



HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO

Por Alexis L. Simaz.

Art. 165: *“Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.*

1. INTRODUCCIÓN.

El art. 165 del Cód. Penal es una de las normas con más dificultades interpretativas en nuestra legislación penal, quizás la que más problemas ha ocasionado tanto en la doctrina y jurisprudencia argentina como así también en los países que la han regulado.

En nuestro derecho la situación es aún más complicada ya que dentro del art.80 inc.7º legislamos el latrocinio, lo cual provoca graves problemas en su distinción con el art.165.

También existen dificultades en lo que hace a la correcta interpretación histórica de sus antecedentes por su complejo origen legislativo tanto en nuestro país como en el extranjero, su naturaleza jurídica, el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos del delito, los tipos de homicidios que quedan comprendidos en el delito, la autoría y participación criminal, la posibilidad de tentativa, su constitucionalidad, la cuestionable posición de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y otros problemas más que iremos mencionando a lo largo del presente trabajo.

Pensamos que es de utilidad al menos plantear y tratar de dar alguna solución a las innumerables dudas que suscita esta disposición.

2- EL TERMINO LATROCINIO.

Carrara¹ expresa que en italiano se llama latrocinio al homicidio cometido con fin de lucro, definición que toma de Boehmer quien halla dos elementos en este delito, el lucro como fin y el homicidio como medio; la intención de dar muerte ocupa el primer puesto, porque la intención de despojar es casi secundaria en estos delitos. Es también necesario según el Maestro² que el homicidio esté preordenado al robo; sin embargo esto es discutido por Carpzovio y la casación de Florencia. Carrara contesta a ello que lo importante es tener en cuenta el fin: si el ladrón ha dado muerte para asegurar el fruto del robo, es reo de latrocinio; si dio muerte por haber sido amenazado, o por temor de su propia persona, es reo de robo con homicidio³.

¹ Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1957, Vol.1.3. p.s.233/34 (1186)

² Carrara, Ob. Cit. pag.235/36.(1189)

³ Ob. Cit. p.236 nota 1 ver critica al fallo de la corte de casación de Turín.



Concluye que el título latrocinio pertenece al orden de los homicidios, porque el medio prevalece sobre el fin: y el robo lo califica, no en cuanto su materialidad, sino en cuanto intervino como fin determinante para el homicidio⁴

En el derecho antiguo se llamaba latrocinio a una de las modalidades del homicidio “criminis causa”, el que se cometía para robar y ésta es la expresión que la mayoría de la doctrina toma en nuestro derecho y que consideramos correcta⁵.

3. EL ART.165: TEXTO, TERMINOLOGIA CORRECTA: CONCEPTO

Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión de un robo resultare un homicidio.

El origen legislativo de este delito es bastante ambiguo.

Encontramos expresiones tales como “robo calificado por homicidio”⁶; o “robo seguido de homicidio”⁷ que según Chiappini⁸ puede inducir a equívoco ya que no necesariamente ese ha de ser el orden cronológico de los hechos; también se suele mencionar la expresión “homicidio con ocasión de robo”⁹ o como lo llama Rodolfo Moreno¹⁰ y Juan P. Ramos¹¹ (“homicidio cometido con motivo u ocasión de robo”). Alfredo Molinario¹² y Eusebio Gómez¹³ lo denominan como “homicidio resultante con motivo u ocasión de robo”, el Dr. Millán lo denomina “robo con más resultado homicidio”¹⁴.

La mayoría de la doctrina coinciden en denominarlo “robo con homicidio”¹⁵

⁴ Ob. Cit. P.236 (1190)

⁵ Cf. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 3ª edición, Edit. TEA, Bs.As.1970, Soler, t.III, p.41; Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Edit. Lerner, Córdoba, 1977, t.III, v.I, p.51; Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Edit. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1969, t.V, p.547. En sentido contrario Guillermo Pablo Desimone que llama latrocinio a la figura contenida en el art. 165, ¿Homicidio criminis causa o latrocinio? L.Ley t.1994-B.

⁶ Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial 5ª edición, Edit. Astrea, Bs.As.1995, t.I, p.454.

⁷ Vázquez Iruzubieta, Carlos, Código Penal Comentado, Edit. Plus Ultra, Bs. As. 1970, t.III, p.231.

⁸ Chiappini, Julio O., El robo con homicidio, J.A. 1982-4, p.671.

⁹ Mallo, Mario, Código Penal Argentino Comentado, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1951, t.III, p.57

¹⁰ Moreno(h), Rodolfo. El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi editor, Bs.As. 1923, t.5 p.135.

¹¹ Ramos, Juan P., Curso de Derecho Penal, 3ª edición, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As. 1944, t.6 p.42.

¹² Molinario, Alfredo J., El libro II del Código Penal Argentino, La Plata 1943, p.58, Sin editorial.

¹³ Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores S.R.L, Bs.As. 1941, t.IV p.136

¹⁴ CCC, Capital, 18/9/959, “Amarillo, Carlos I. y otros” LL. T.98, p.324.

¹⁵ En sentido coincidente Soler, Op. Cit., t. IV, p.,256; Núñez, Ricardo, Delitos contra la Propiedad, Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L, Bs. As. 1951, p.210; Tozzini, Carlos A. Los delitos de hurto y robo, Edit. Depalma, Bs. As. 1995, p. 282; Fontán Balestra, Op. Cit., t.V, P.545; Laje Anaya, Justo, Comentarios al Código Penal, Edit. Depalma, Bs.As. 1979, vol.II p.64; Blasco Fernández de Moreda, Francisco, Homicidio criminis causa y robo con homicidio. Autoría, Participación y comunicabilidad de las circunstancias fácticas del delito, L.L. t.130 p.335 ; González, Juan F., El robo con homicidio, La Ley t.32, sección doctrina, p.1010; Ramos Mejía, Enrique, Estudios de Derecho Penal, Edit. Ideas, Bs. As. 1947, p.223; Levene (h), Ricardo, Manual de Derecho Penal Parte Especial, 2ª edición Edit. Zavalia, Bs. As. 1978, p.320; Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal conforme al texto de 1944, Edit. Bosch, Barcelona, t.II 1957, p.804, t.II vol. 2.2, 1964 p.797; Terán Lomas, Roberto A.M. Derecho Penal Parte General, Edit. Astrea, Bs. As. 1980, t.II, p.43; Puig Peña, Federico, Derecho Penal Parte Especial, 6ª edición, Edit. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1969, t.IV, p.189. Sin perjuicio de las objeciones de Julio Chiappini, Op. Cit. p.671, donde manifiesta que si bien esta de acuerdo con esta denominación



Sin embargo, creemos más ajustada la denominación “Homicidio con motivo u ocasión de robo” porque de lo contrario (robo con homicidio) pareciera ser que lo preponderante es el robo y no el homicidio, lo que como veremos más adelante da lugar a algunos autores a interpretarlo como que la única acción descrita en el tipo penal es la de apoderarse. Preferimos esta expresión por considerarla terminológicamente más correcta y acorde a la postura general que desarrollaremos en el resto de este artículo. Cabe aclarar que no pretendemos entrar en rigorismos terminológicos, por lo cual también se pueden llegar a admitir otras expresiones como por ejemplo la más generalizada que es la de “robo con homicidio”.

4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

En primer lugar debemos aclarar que el análisis sobre el bien jurídico lo abordaremos como una cuestión pretípica.

La finalidad del derecho penal en un estado democrático es la de brindar seguridad jurídica en sus dos aspectos: 1- el objetivo consistente en la preservación de ciertos bienes que posibilitan su realización, 2- el subjetivo que significa la posibilidad de disponer de esos bienes.¹⁶

Según Jescheck¹⁷ el punto de partida y pensamiento rector de la formación del tipo es el bien jurídico. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el derecho penal otorga su protección.

El objeto de la tutela jurídico-penal en este caso es básicamente doble: la propiedad y la vida.

Ahora bien ¿existe una prevalencia de alguno de los bienes protegidos por las figuras descriptas por el tipo penal del art. 165 ? Obviamente que sí: la vida!!!.

Pero ¿por qué se encuentra el art. 165 dentro del título de los delitos contra la propiedad?

Quizás sea por razones político-criminales, para establecer una lucha más eficaz contra la criminalidad patrimonial violenta o quizás sea porque en este complejo la idea generadora del delito es el robo y no el homicidio.

En este caso como dice el Vives Antón¹⁸ adhiriendo a la opinión de Muñoz Conde -que compartimos plenamente-, en el ámbito de las representaciones subjetivas lo principal es el ataque al patrimonio, siendo secundario el atentado contra la vida, sin embargo el ordenamiento jurídico no se atiene en este caso a las configuraciones jurídicas del delincuente y otorga una protección jurídica directa a estos bienes por considerarlos desde esta perspectiva como principales, dada su relevancia por sobre la propiedad.

puede padecer de algunos defectos técnicos, verbigratia si esta comprendido o no el hurto, si se trata de un robo consumado o basta que sea tentado.

¹⁶ Cf. Niño, Carlos, Conferencia dictada en Mar del Plata el día 30/9/94.

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4º edición, Edit. Comares, Granada 1993, p.231.

¹⁸ Vives Antón, T.S. (coord.), Cobo del Rosal, M., Boix Reig, J., Orts Berenguer E., Carbonell Mateu, J.C., Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p.823.



En nuestro derecho la mayoría de la doctrina y jurisprudencia¹⁹ entiende que se trata de un delito contra la propiedad .

Núñez²⁰ dice que del artículo se desprende una ofensa contra la propiedad como hecho principal y una ofensa contra las personas, no menos grave, como resultado y agrega que esta principalidad se desprende de que ha sido legislado dentro de los delitos contra la propiedad. La Cámara Nac. C. y C. sala de la Cámara , sostuvo que “... el núcleo de esta figura está constituido sobre la idea de la protección patrimonial...”²¹

Sin embargo Puig Peña²² admite la mayor importancia del bien jurídico vida.

Soler²³ si bien lo trata en el capítulo de los robos agravados, admite que esta división de bienes jurídicos es de carácter objetivo y tiene la importancia de agrupar los hechos señalando la escala de valores sociales y sus jerarquías; basta comparar las escalas penales del bien jurídico vida con las del bien jurídico propiedad para establecer al primero como más importante.

Por lo tanto si observamos que la penalidad del art.165 C.P. (10 a 25 años) es mayor a la del propio homicidio simple (8 a 25 años), superable por muy pocas figuras, como los homicidios calificados del art.80 o el art.124 del C.P., nos damos cuenta del interés de la ley y del legislador de preservar el bien jurídico vida.

En la causa Pozzán, Sergio (voto de la minoría)²⁴ se dijo “... si bien el art. 165 CP. está ubicado dentro de los “delitos contra la propiedad” resulta indudable que el bien jurídico al que se otorga prevalencia es la vida sobre el patrimonio...”

Por lo tanto pensamos que si bien el art. 165 se halla ubicado dentro del título delitos contra la propiedad, lo que en realidad se intenta proteger es principalmente el bien jurídico vida.

5. NATURALEZA JURIDICA.

5.1. DELITO CALIFICADO POR EL RESULTADO.

¹⁹ Ver repertorio de J.A 1994,ps.1216 (S.C.B.A, 30/3/93 - Pozzán, Sergio A. Voto de la mayoría); (S.C.B.A, 20/4/93, Villalba, Jorge L. 1994-I-335); también CNCrim. y correc., sala de la cámara, diciembre 18-967. L.Ley 131-72; ver Chiappini, Op. Cit. p.671; en igual sentido Ramos, Nuñez, Soler y F. Balestra.

²⁰ Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.217.

²¹ L.Ley 131-72, 12/IX/67. En general es el criterio que sigue gran parte de la doctrina española, entre otros Jiménez de Azúa; Antón Onea; Sánchez Tejerina, Cuello Calón; Rodríguez Muñoz; Rodríguez Ramos.

²² Puig Peña, Op. Cit. p.189 reconoce si bien en el Código español esta ubicado entre los delitos contra la propiedad es mayor la importancia del bien jurídico de la vida. En igual sentido voto del Dr. Rodríguez Villar donde dice “... Aún cuando el art 165 C.P este ubicado dentro de los “Delitos contra la propiedad” resulta indudable que el bien Jurídico al que se otorga prevalencia es la vida...”(S.C.B.A, 11/2/92- Sánchez, Juan R. J.A 1996-I).

²³ Op. Cit., t.3, p.3 y ss.

²⁴ S.C.B.A 30/3/93, J.A. Rep. 1994, n°3, p.1216.



Esta clase de delitos se caracteriza por un tipo básico que es doloso y un resultado o consecuencia que lo cualifica, sin que sea necesario que se requiera culpabilidad, pues en estos casos se incluye hasta la muerte ocurrida por caso fortuito.²⁵

Es muy ilustrativo el comentario que hacía Antón Oneca²⁶ de las consecuencias que acarrea considerar el delito de robo con homicidio como delito calificado por el resultado. El autor español entendía que a favor de esta opinión puede aducirse el verbo “resultare”, con lo cual las consecuencias prácticas serían: 1) que el precepto se aplicaría a aquellos casos en que el resultado muerte apareciese enlazado con el robo sólo por un nexo causal, abarcando de esta forma supuestos de caso fortuito, con la única limitación de la teoría de la causación adecuada; 2) los casos en que la producción de la muerte fuere dolosa o culposa se subdividían en dos opiniones a) Si seguimos a Löfler quien sostenía que los delitos calificados por el resultado por la muerte de un hombre (excepto el asesinato) eran figuras especiales respecto a los correspondientes delitos contra la vida (dolosos) habría que negar toda posibilidad de concurso entre el robo con homicidio y el delito de homicidio porque *lex specialis derogat lege generali* b) Si por el contrario sostenemos la tesis de Frank que niega la tesis anterior y sostiene que no son tipos especiales porque falta el dolo respecto al resultado muerte, entonces se llega a la conclusión de que en caso que se produzca un robo con homicidio doloso, éste concursara idealmente o realmente con el homicidio doloso. (este criterio es el que comparte Antón Oneca y Rodríguez Muñoz). c) En un tercer criterio se sostiene que en el caso de que se produzca un resultado doloso no puede haber un delito calificado por el resultado, por lo tanto con este argumento de exclusión no puede haber concurso de delitos.

Sin embargo como dice Antón Oneca el hecho de considerar a este delito como calificado por el resultado tiene dos inconvenientes: el primero es que el código español habla de homicidio y no como lo ha hecho en otros delitos cualificados por el resultado de muerte, ya que el caso del homicidio entraña culpabilidad sea dolosa o culposa, en cambio el caso de la muerte carece de toda valoración jurídica. Al incluir la palabra homicidio pareciera que el legislador solo considera incluidas las muertes dolosas y culposas.

El segundo inconveniente que recalcan Antón Oneca y Rodríguez Muñoz es que de admitir esta tesis, en caso de que se cometa un homicidio doloso habría que castigar por separado la pena del homicidio doloso y la del robo, teniendo de esta forma una pena inferior.

Zaffaroni²⁷ expresa que se pretende dividir a las figuras complejas en preterintencionales y calificadas por el resultado o hacer de las segundas el género de las primeras. Sin embargo esta expresión pareciera tener una reminiscencia de responsabilidad objetiva.

Por lo tanto es preferible distinguir entre figuras simples y complejas abarcando en estas últimas los casos de preterición, culpa compleja y doble resultado doloso.

²⁵ Cf. Martínez González, María Isabel, El delito de robo con homicidio, Edit. Bosch Barcelona, 1988, p.109; Antón Oneca, J., Rodríguez Muñoz, José A., Derecho Penal Parte Especial, Edit. Gráfica Administrativa, Madrid 1949, t.II. p.361.

²⁶ Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Op. Cit. t.II, p.361.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Edit. Ediar, Bs. As. 1981, t. III. ps. 427 y ss.



En Alemania el §56 del StGB (sancionado el 4/8/1953) estableció que el resultado que aumenta la pena sólo puede ser cargado, por lo menos, a título culposo, con lo cual dejó zanjada la cuestión sobre los delitos “calificados por el resultado”, al menos estricto sensu, que constituyen un supuesto de responsabilidad objetiva.²⁸

La pregunta que se hace Zaffaroni es si existen delitos calificados por el resultado estricto sensu en el Código Penal Argentino. Obviamente que no, pues de la interpretación del art.19 de la Constitución Nacional surge que las responsabilidades deben ser atribuibles al menos a título culposo.

Por lo tanto adoptamos la postura de Zaffaroni en cuanto consideramos que las figuras delictivas pueden ser simples y complejas y dentro de esta última se puede subdividir en las que exigen preterición, culpa compleja y las de doble resultado doloso; y asimismo deseamos la expresión de delito calificado por el resultado por considerarla atezada y con implicancias de responsabilidad objetiva.

Sin embargo al no haber un acuerdo doctrinario respecto de la clasificación de los delitos preterintencionales, complejos y calificados por el resultado, nos vemos obligados a distinguir entre delitos “calificados por el resultado” estricto sensu y lato sensu, descartando la existencia de los primeros por imperativo constitucional (art.19 C.N.).

5.2. DELITO COMPLEJO.

Dentro de las clasificaciones de los tipos penales encontramos diferentes posturas de lo que debe entenderse por un delito complejo.

Así, Jescheck²⁹ distingue entre delitos simples y compuestos en razón del número de bienes jurídicos que se protegen. En igual sentido se expresa Zaffaroni³⁰ aunque en vez de utilizar el término compuesto, como lo hace el jurista alemán, utiliza el término complejo.

Según Zaffaroni, esta clasificación carece de importancia práctica ya que por ejemplo el castigo del homicidio podría proteger no sólo la vida sino también el interés demográfico de un Estado.

En un criterio diferente al de Jescheck, Maurach³¹ entiende por delito compuesto (o de varios actos) aquellos en los que concurren varias acciones en una determinada sucesión (así el robo se compone de coacción agravada y de un hurto)

Beling³² entendía por delito complejo al constituido por dos o más acciones, sin importar que éstas aisladamente sean o no figuras delictivas.

²⁸ Mas extensamente en Jescheck, Tratado, Op. Cit. ps.235/36 Ello también está contemplado expresamente en el Código Penal Español de 1995 (art.5) que sigue la línea de su anterior (art.1 y 6 bis b.). En nuestro derecho ello surge de una interpretación sistemática del Código Penal que en la parte especial siempre exige al menos una responsabilidad culposa y de la propia C.N. (art.19).

²⁹ Op. Cit., p.239.

³⁰ Tratado, Op. Cit. t.III, p.257.

³¹ Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal, traducción de Juan Córdoba Roda, 2ª edición, Edit. Ariel, Barcelona, 1962, t.I. p.278.

³² Beling, Ernst von, Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo, Traducción de Sebastián Soler, Edit. Depalma, Bs. As. 1944, p.47.



En la doctrina nacional Creus³³ opina que en el caso del delito complejo lo que la ley hace es unir en un delito (disponiendo una pena) plurales conductas cuya ocurrencia separada constituyen delitos autónomos (cada uno con su pena).

Moreno Rodríguez³⁴ lo define como “el que está encuadrado en más de una norma penal y que fue cometido en miras de un solo objetivo”.

Sin embargo, creemos que sin entrar en rigorismos terminológicos es necesario distinguir como lo hicimos más arriba entre delitos complejos y delitos compuestos, ya que a veces - en especial en la doctrina española - ambos conceptos aparecen erróneamente considerados como sinónimos.

Delito compuesto es, como se dijo, aquél que protege más de un bien jurídico; en cambio el delito complejo es aquel en que de la unificación de dos infracciones que individualmente consideradas constituyen delitos autónomos, nace una nueva figura delictiva superior en gravedad que si se toman cada una aisladamente.³⁵

Esto no se debe confundir con los delitos plurisubsistentes los cuales se integran con varios hechos, pero que tomado cada uno aisladamente no constituye una infracción, como por ejemplo el ejercicio ilegal de la medicina que requiere habitualidad, pues un solo hecho no tipifica esta conducta.

Por lo tanto creemos que debe entenderse por delito complejo al integrado por dos o más acciones que individualmente consideradas constituyen un tipo delictivo independiente.³⁶

Ahora bien ¿Cual es la razón por la cual se crea esta figura compleja?

Por un lado se podría sostener que implica una criminalidad más grave de lo que se obtendría de la suma aritmética de las penas de las dos figuras en juego (homicidio y robo)

Por otra parte como dice Martínez González³⁷ si el único criterio para crear un delito complejo fuese la simple comisión de dos hechos por un mismo sujeto activo, entonces no se explicaría el por qué no tenemos un código plagado de tantos de ellos como combinación de tipos penales cupiesen; la razón de ello - como dice la autora española - estriba en que en estos casos se requiere una conexión especial entre ambos delitos, pues de lo contrario no se configura el complejo, resolviéndose la cuestión por un simple concurso de delitos.

Sin embargo si bien no dudamos que en este caso estamos en presencia de un delito complejo, concordantemente con lo dicho en el capítulo del fundamento de la agravación creemos que ello obedece puramente a razones de prevención general, ya que no advertimos una mayor criminalidad o un mayor grado de reproche de quien mata dolosamente con motivo u ocasión de robo de quien comete un robo un día y al día siguiente un homicidio simple. Obviamente que quienes incluyen el homicidio culposo y el preterintencional en el art.165 van a tener una incongruencia aún mayor en este tema.

³³ Creus, Carlos, Doctrina de la Suprema corte de Buenos Aires sobre el homicidio como agravante del robo, publicado en LA LEY 1993-E, pag.154

³⁴ Moreno Rodríguez, Rogelio Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales, Edit. Depalma, Bs. As. 1974.

³⁵ Cf, Soler, Op. Cit. t. II. p.200; Martínez González, Op. Cit. p.105. Es el criterio que predomina en la doctrina española.

³⁶ En igual sentido Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General, Temis, Bogotá, 1965, p.549.

³⁷ Op. cit. p.106.



También en la doctrina nacional se admite en general que se trata de un delito complejo.³⁸

Al parecer de Soler³⁹ nos encontramos en presencia de un delito calificado por el resultado. En igual sentido parecería enrolarse parte de la jurisprudencia dentro de la cual encontramos la Suprema Corte de Buenos Aires.⁴⁰

Terán Lomas⁴¹ sostiene que “...se trata de un tipo complejo, y que no puede en verdad englobarse en los delitos calificados por el resultado...”.

Compartimos la opinión de Bacigalupo⁴² que sostiene que en realidad el delito complejo no es una categoría autónoma sino una figura técnicamente defectuosa de regular el concurso de delitos.

Más allá de las objeciones políticos-criminales y dogmáticas que se puedan hacer al legislador, lo cierto es que estableció este delito complejo defectuoso integrado por dos infracciones: el robo y el homicidio, y que integran un solo tipo penal.

Concluimos pues que el art.165 del Código Penal Argentino es un delito de estructura compleja formado por dos tipos delictivos: el homicidio y el robo; y que por razones político-criminales el legislador ha aunado en un solo tipo penal, ya que más allá de que considero al igual que Bacigalupo que en el fondo los delitos complejos son formas técnicamente defectuosas de legislar un concurso de delitos, debemos interpretar de la forma más coherente posible la regulación del legislador.

Cabe acotar que de todos modos cada una de las figuras que lo integran conservan sus características especiales al igual que si se consideraran individualmente.

6. ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS, DERECHO COMPARADO VIGENTE.

La fuente de nuestro art.165 es el Código español de 1870 (art.516 inc.1º) que copiaba al Código de 1848 (ref. 1850, art.425 inc.1º) cambiando únicamente la numeración. Por otro lado el art.80 inc.7º es de fuente italiana, más específicamente, proviene del art. 366 inc.5 y 6 del Código Penal Italiano de 1889. Lo curioso de esto es que ni en la legislación española se contemplaba una figura similar al la del homicidio “criminis causa” ni el derecho italiano una norma similar al robo homicida.

³⁸ Ver Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit. p.217; Blasco Fernández de Moreda, Op.cit. p.339; Juan F. González, Op. Cit. p.1010; Ramos Mejía, Op. Cit., p224; Terán Lomas, Op. Cit. t.II p.43; C.C Cap., 21/12/62 LL, 111-874. , Mallo Mario, Op. Cit., t.III, p.59. En sentido contrario Uslenghi, cree que es un delito simple que solo contempla la conducta de para quien, con motivo u ocasión de robo, resulta un homicidio cometido por otro, el homicidio es solo el resultado preterintencional y es por eso que no se puede hablar de delito complejo. Uslenghi, Eduardo P., El delito de robo con resultado homicidio, J.A. 1997-I, p.867.

³⁹Op. Cit., t.IV nº114-I. En opinión coincidente Federico Puig Peña Op. Cit. p.190, habla de una “responsabilidad por el resultado”.

⁴⁰ S.C.B.A, p. 38329, 27/4/93, voto del Dr. Ghione, carátula: L., H. F. -, F. A. C., C. O. s/robo. Ver también votos de la mayoría en causas: Pozzán, Sergio y Villalba, Jorge.(J.A Repertorio 1994-II, síntesis ps.1216/17 y la C.Crim. y Correc. Quilmes, sala II, noviembre 25-993. - Ocaranza, Carlos D. L.Ley Buenos Aires 1994 p.100.

⁴¹ Para un mayor estudio sobre el tema ver Terán Lomas, Op. Cit., t.II ps.2 a 44. En igual sentido votos de la minoría en causa Pozzán, Sergio y Villalba, Jorge en J.A Repertorio 1994-II síntesis, ps.1216/17 y voto de Rodríguez Villar en Sánchez, Juan J.A t.1996-I, síntesis p.200.

⁴²Bacigalupo Z., Enrique, Manual de Derecho Penal parte general, 3ªreimpresión, Edit. Temis, Colombia, 1996, p.220.



La evolución en nuestro derecho es la siguiente:

ARTICULO 80 INC.7	ARTICULO 165
Proyecto de 1891, art.111 inc.4. Ley 4187, art. 17 inc.3º. Proyecto de 1906, art.84 inc.3. Proyecto de 1917, art.80 inc.3. Código de 1922, art. 80 inc.3. Proyecto de 1937, art.116 inc.3 Proyecto de 1941, art. 112. Proyecto de 1951, art.168. Proyecto de 1953, art.133 inc.6. Proyecto de 1960, art. 111 inc.8. Proyecto de 1979, art.117 inc.7.	Proyecto Tejedor, pte.II, libro I, tit. VIII, §1, art.1. Proyecto de 1881, art.313. Código de 1886 art.187 inc.1. Proyecto de 1891, art.200 inc.1. Proyecto de 1895, art.224 inc.1. Proyecto de 1906, art.180. Proyecto de 1917. art.165. Código de 1922. Art.165. Proyecto de 1937, art.218. Proyecto de 1951, art.235.

Podemos sintetizar como principales antecedentes de ambas figuras en el continente europeo los siguientes:

ANTECEDENTES DEL ART.165	ANTECEDENTES DEL ART. 80 INC.7
Cód. Alemán (1871) §251 Cód. Español (1870) art. 516 inc.1 Cód. Belga. (1867) art. 474. Cód. Húngaro (1878) art.349 inc.2	Cód. Francés (ley de 1832) art.304. Cód. Italiano (1889) art. 366 in.5 y 6. Cód. Alemán (1871) §214. Cód. Holandés.(1881) §288.

Dentro de las legislaciones americanas podemos citar como antecedentes o referencias del derecho comparado los siguientes:

SIMILAR AL ART.80 INC.7	SIMILAR AL ART.165	DOBLE VIA
Cód. Boliviano (1834) art.481 Cód. Brasileño (1830) art.271. (latrocinio) Cód. Brasileño (1890) art.359	Cód. Costarricense (1887) art.516 inc.1 Cód. Chileno (1874) art. 433 inc.1.	Cód. Brasileño (1940) arts.121 y 157. Cód. Costarricense (1941) arts.184 y 270 inc.1



(latrocinio) Cód. Colombiano (1887) art.586. Cód. Colombiano (1936) art.363 inc.3 Cód. Dominicano (1884 mod. en 1935). Art.304 Cód. Haitiano (1835) art.249. Cód. Nicaragüense (1891) art. 350 regla 6.(latrocinio) Cód. Panameño (1922) art.313 inc.e. Cód. Paraguayo (1922) art.338 inc.3 Cód. Peruano (1863) art.232 inc.4. (latrocinio) Cód. Peruano (1926) art.152. Cód. Portorriqueño (1902) §201.(latrocinio) Cód. Uruguayo (1889) art.320 inc.4. Cód. Uruguayo (1933) art.312 inc.4 y 5.	Cód. Guatemalteco (1889) art. 377 inc.1. Cód. Guatemalteco (1936) art. 388 inc.1 Cód. Hondureño (1906) art.499 1° Cód. Mexicano (1871 y mod. de 1943) art.404. Cód. Nicaragüense (1891) art.469 inc.1. Cód. Salvadoreño (1904) art.457 inc.1	Cód. Cubano (1936) arts.431 inc.7 y 517. Cód. Ecuatoriano (1938) arts.426 inc.8 y 528 inc.4° in fine. Se podría incluir al Código Nicaragüense que contiene el homicidio con motivo u ocasión de robo y el latrocinio.(arts. 469 inc.1° y 350 regla 6 respectivamente.
---	---	---

6.1. CODIGOS LATINOAMERICANOS ACTUALES.

El Código Boliviano mantiene con una redacción más moderna el homicidio “criminis causa” y sigue sin contemplar figura similar a nuestro art.165.

El Código Brasileño mantiene su misma redacción (art.121 inc.2° V y art.157 inc.3°)

El Código Colombiano introduce en el artículo 324 inc.2 una redacción diferente aunque similar a nuestro art.80 inc.7. No contempla figura similar al art.165.

El Código Penal Costarricense modifica aunque con una redacción similar el art.184 por el artículo 112 (figura similar al homicidio “criminis causa” de nuestro código). No contempla una figura similar al artículo 165 de nuestra legislación, figura que sí contemplaba el código penal de 1941.

El Código Penal Cubano de 1979 modifica la redacción de su anterior en lo referente al homicidio “criminis causa” y deroga el homicidio con motivo u ocasión de robo.



La nueva reforma de 1988 mantiene inalterable el contenido del código anterior aunque cambia la numeración(art.263 inc.f).

El Código Penal Chileno sigue manteniendo la misma redacción contemplando sólo el delito de homicidio con motivo u ocasión de robo.

El Código Penal Dominicano mantiene la misma redacción contemplando sólo el homicidio “*criminis causa*”.

El Código Ecuatoriano actual sigue contemplando la doble vía, estableciendo en el art.450 inc.9 una figura similar al art.80 inc.7 de nuestro código y en el art.552 inc.4° in fine una figura similar a nuestro art.165.

Es curioso lo que sucede con el Código Guatemalteco pues las legislaciones anteriores no contemplaban el homicidio “*criminis causa*”, cosa que ahora sucede; por otro parte los códigos de 1889 y 1936 contemplaban el homicidio con motivo u ocasión de robo en la actualidad derogado.

Los Códigos Penales Haitiano (similar al art.80 inc7) y Hondureño (similar al art.165) mantienen su redacción original.

El Código Mexicano derogo su artículo 404 que contenía una figura similar a nuestro art.165.

El Código Penal Peruano de 1991 mantiene la redacción de su anterior aunque modificando la numeración por el art.108 inc.2 (figura similar al art.80 inc.7).

El Código Penal Panameño de 1982 (art.132 inc.5 y 6) mantiene una redacción similar al código de 1922 (art.313 inc. e y f) (80 inc.7).

El Código Venezolano sigue sin legislar ninguna de las dos normas aún después de la reforma de 1978.

El resto de los códigos se mantienen sin modificaciones.

6.2. SISTEMA DE LA DOBLE VIA.⁴³

El Código Alemán de 1871 con sus sucesivas reformas contemplaba la doble vía (§214 y §251), aunque a diferencia de nuestra legislación en la actualidad el §251 habla de muerte negligente.

Los Proyectos Argentinos de 1891 y 1906 también establecían este sistema.

El Código Penal Argentino de 1922 inicia por primera vez el sistema de la doble vía exigiendo dolo en ambos casos, aunque más remotamente podemos citar como antecedente el Código Nicaragüense de 1891 que contemplaba la doble vía legislando por un lado una de las variantes del homicidio “*criminis causa*” (el latrocinio) y por el otro el homicidio con motivo u ocasión de robo.

⁴³ Entendemos por sistema de la doble vía a aquellas legislaciones que contemplan simultáneamente el homicidio “*criminis causa*” o mas específicamente el latrocinio por un lado y el homicidio con motivo u ocasión de robo por el otro.



Es seguido por los Códigos Penales de Brasil (1940), Costa Rica (1941), Cuba (1936) y Ecuador (1938).

Los Códigos de Costa Rica y Cuba ya no contemplan el homicidio con motivo u ocasión de robo.

Más recientemente el Código Portugués (1982) se enrola en este sistema, pero siguiendo al derecho alemán, ya que habla en el art.306 inc.4 de muerte con grave negligencia.

Sintetizando, en la actualidad en el mundo, vemos que tienen prevista la doble vía: Alemania, Argentina, Brasil, Ecuador, Nicaragua (latrocinio y homicidio en ocasión de robo) y Portugal.

Chile, El Salvador, Filipinas y Honduras contemplan figuras similares a nuestro art.165.

Como se ha observado, al ser nuestro código el primero en legislar la doble vía, nos provoca graves problemas interpretativos, sobre todo en materia de distinción, ya que no existen antecedentes a los cuales recurrir.

7. TIPICIDAD.

7.1 TIPO OBJETIVO.

Creemos que en este caso se impone además de una interpretación sistemática, una interpretación restrictiva por tratarse de un tipo más gravoso que en cualquiera de los casos en que se dé un concurso real entre un robo y un homicidio, salvo claro está los homicidios agravados regulados por el artículo 80 en sus 7 incisos.

Si bien en este delito existen dos acciones - la de matar y la de apoderarse- la acción primigenia es la de robar. En este sentido coincidimos con Soler en que la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio, pero de ello no se desprende que sea la única acción y que la muerte se produzca como una consecuencia accidental del robo, es necesaria otra acción que es la de matar.

Ahora bien ¿en qué contexto se tiene que producir el homicidio con referencia al robo para que se dé el complejo?

Descartamos el caso de que la persona mate primero y luego se apodere de algo ya que en estos casos o bien quedan atrapados en el art.80 inc.7º o en todo caso se resuelven por un concurso real.

El homicidio doloso (art.79) tiene que resultar ya sea motivado por el robo o en ocasión del mismo, es decir debe haber un comienzo de ejecución del robo, no bastando meros actos preparatorios; debiendo producirse luego, la muerte dolosa.

Por otra parte no varía la interpretación el hecho de considerar como sinónimos a los términos motivo u ocasión, ya que lo importante es que se produzca el homicidio en el contexto del robo, lo cual en este aspecto está denotando una conexidad temporal. sin importar que este homicidio surja como una



coyuntura o no, ya que cuando hablamos de coyuntura nos referimos a ocasionalidad, lo cual es plenamente compatible con el dolo. Lo que no podemos hacer es interpretar la palabra motivo - como lo hace Bustos Ramírez- en el sentido de una relación de finalidad pues ello implicaría dar cabida a los supuestos de homicidio anteriores al robo.

Aquí lo que importa es que se den dos elementos respecto al homicidio, uno positivo, es decir que se cometa un homicidio doloso; y otro negativo, que es que no se trate de los regulados en el art.80 inc.7°, obviamente que todo ello se tiene que dar dentro de una conexidad temporal que nos indica el mismo artículo: “con motivo u ocasión de robo”.

Es por ello que no estamos de acuerdo con la posición doctrinal de R. Devesa y Soler en que el verbo resultar hace referencia a una relación de causalidad, en el sentido de que el homicidio resulta del robo en el sentido de permitir cualquier resultado muerte.

Por lo tanto quedan comprendidos en la norma del art.165 todos los homicidios motivados u ocasionados desde el comienzo de ejecución de un robo ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas y como límite máximo hasta la consumación del robo. Pues una vez consumado el mismo el homicidio subsiguiente será para asegurar los resultado o procurar la impunidad (art.80 inc.7°) o en todo caso concurrirá realmente con el robo.

Esto no se contradice con nuestra postura en materia de “iter criminis” en el sentido de que se tienen que consumir ambas figuras para que el complejo se dé, pues si por ejemplo una persona se está apoderando de un automóvil bloqueándole a su dueño toda posibilidad de disposición, pero sin llegar a una disposición material de la misma y comete un homicidio, sólo habrá homicidio con motivo u ocasión de robo si el ladrón homicida logra la disposición material, real y efectiva de la cosa, pues en caso contrario se tendrá que resolver como concurso real.

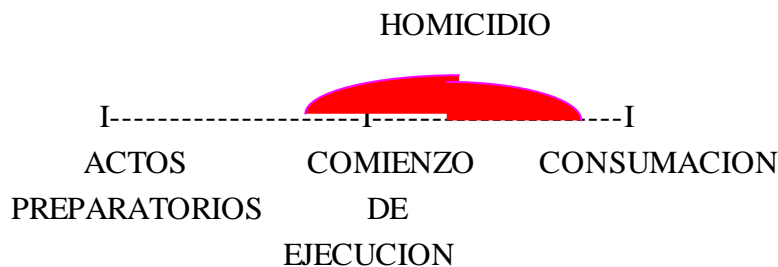
Obviamente que nuestra posición no surge de una interpretación literal de la norma, pero si hacemos una interpretación sistemática nos damos cuenta de que la tentativa del complejo es inadmisibles y que por otra parte entre exigir que el homicidio se consume y el robo se consume o quede en grado de tentativa para que se dé el complejo nos parece más justo exigir la consumación de ambos delitos. Más aún, cuando no existe ninguna disposición legal que establezca que si el robo queda en grado de tentativa y el homicidio se consuma, la figura se dé igual, como ocurría en el Código Penal Español.

También queremos acotar que el tipo penal del art.165 es mucho más amplio que el 166 inc.1° en donde se establece que se aplicará la pena de prisión o reclusión de 5 a 15 años si de las violencias ejercidas para realizar el robo se causare algunas de las lesiones de los arts.90 o 91 del C.P.; claro que de ello no podemos derivar que cualquier tipo de muerte permita la consumación del complejo, ya que como dijimos existen varios elementos que no permiten hacer este razonamiento como lo son el término homicidio, la correcta interpretación de los términos motivo, ocasión y resultare, la proporcionalidad en materia de penalidades, etc.



Es por eso que en estos casos no corresponde apresurarnos y conformarnos con una interpretación meramente gramatical que provoca confusiones e injusticias, sino que debemos interpretar la norma en forma restrictiva y sistemáticamente con el conjunto de las normas penales y el derecho vigente.

Sintetizando, para nosotros tanto el motivo como la ocasión implican una conexidad temporal dolosa, en donde el homicidio se tiene que haber cometido entre el comienzo de ejecución del robo y su consumación, exigiéndose además la consumación de ambas conductas para que se dé el complejo. Por lo que si el homicidio se comete en los actos preparatorios del robo o con posterioridad a la consumación del mismo, el hecho va a quedar atrapado, en la mayoría de los casos por el art.80 inc.7º o en todo caso se dará un concurso real.



7.1.1. SUJETO ACTIVO Y PASIVO (DELIMITACION).

El sujeto activo en este caso lo podríamos catalogar como calificado o mejor dicho mixto, pues sólo lo puede ser el autor del complejo quien los es del robo y del homicidio, es decir que primeramente tiene que haber un comienzo de ejecución en el robo y luego cometer el homicidio, si no hay comienzo de ejecución en el robo no se puede cometer un homicidio con motivo u ocasión de robo. Por lo tanto no serán autores del complejo quienes no hayan participado (como autores o partícipes primarios) en la comisión del robo aunque maten con motivo u ocasión de aquél. Esto no obsta a que sea autor de robo con homicidio aquel sujeto que intimida con un arma a la víctima -mientras otro se apodera de la cosa- y luego da muerte .

En este aspecto se asemeja a lo que Soler llama delitos mixtos, ya que tiene características de los delitos especiales y propios como por ejemplo el caso del art.243 del C.P. En el caso del art.165 cualquiera en principio puede cometerlo pero sólo será imputable el complejo a quién además de ser autor, coautor o partícipe primario del robo lo sea del homicidio, por lo que quizás sea más correcta la terminología de delitos mixtos.

El problema se presenta en relación al sujeto pasivo, ya que a menudo como se ve en la doctrina y jurisprudencia, es muy difícil establecer parámetros objetivos y razonables acerca de la adecuada delimitación de cuando se es o no sujeto pasivo de este delito complejo.



La lectura de la norma parece indicar que el tipo penal tiene una redacción (a diferencia del art.166 inc.1º) bastante amplia, pero ello no nos puede llevar a incluir cualquier tipo de muerte ocurrida con motivo u ocasión de robo. Una interpretación armoniosa ya nos limita muchos casos injustos mediante la exigencia del dolo en el homicidio y la correcta interpretación de los términos motivo, ocasión y resultare, pero el problema se presenta en general en el caso de muertes de terceros, es decir ¿Que pasa si entra un tercero ocasionalmente en un restaurante que está siendo asaltado y lo matan, que pasa si interviene un policía ante un pedido de socorro y también es muerto o ante la huida después de un asalto se atropella dolosamente a un transeúnte, para evitar ser atrapado?. O por otra parte ¿Hasta que momento se puede cometer el homicidio para que el hecho quede encuadrado en el art.165? ¿Que pasa en los casos que se comete un robo con fuerza en las cosas y cuando el ladrón sale del lugar del hecho es sorprendido por el dueño o un tercero a quien le da muerte? ¿Que sucede en el caso de que uno de los ladrones desiste de su acción y los otros ladrones para vencer su oposición le dan muerte?

Respecto del robado no existe problema, sin embargo tanto la jurisprudencia argentina como la española ha admitido que se trate de alguien de su círculo, incluso de personas que pasaban circunstancialmente por el lugar y que no eran sujetos pasivos del robo y hasta de casos en que la muerte era de policías o cómplices del robo. Este objetivismo extremo en la interpretación de la norma en especial hecho por la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As. llevó y aún lleva a consecuencias absurdas y a la atribución de una verdadera responsabilidad objetiva.

Creemos que únicamente pueden ser sujetos pasivos de este delito el titular del bien jurídico tutelado y el que sufre la conducta delictuosa aunque no sea titular del bien jurídico (es decir los que son sujetos pasivos del robo). Se podría llegar a plantear la duda en el caso de los terceros ocasionales o que salen en defensa de la víctima, pero si consideramos que en este tipo de delitos tiene que existir una contrapartida entre el sujeto activo y pasivo, el tercero que no es paciente del robo es decir que no sufre la acción del robo no puede ser sujeto pasivo del complejo, pues sólo es del homicidio, por lo tanto el sujeto activo cometerá robo y homicidio en concurso real.

Extender mas allá de estos límites el concepto de sujeto pasivo implica en la mayoría de los casos la aplicación lisa y llana del versari in re illicita; con lo cual estaríamos ampliando la punibilidad a casos de muertes remotas.

Breglia Arias⁴⁴ manifiesta que se ha dicho que, el resultado muerte ubica la conducta del ladrón en el art.165, no importa que el mismo devenga directamente de su accionar (muerte de la víctima o de un tercero) o indirectamente (muerte de una persona que no sea él, ocurrida por la acción de la víctima o de un tercero al defenderse de su accionar, incluso el codelincuente). Chiappini⁴⁵ critica esto, con razón, diciendo que sólo se concibe que la víctima del homicidio sea el sujeto pasivo del robo, o sus allegados físicamente próximos o las personas que salen en defensa de la víctima.

⁴⁴Breglia Arias, Omar; Gauna, Omar R., Código Penal y leyes complementarias 2ªedición, Astrea 1987, p. 557.

⁴⁵ Citado por Breglia Arias y Gauna, Ibídem. p.557.



Sintetizando creemos que el tema es muy vidrioso y que en estos casos debe priorizarse una interpretación restrictiva, coincidiendo con Chiappini que sólo quedarían incluidos en el complejo los casos en que la víctima del homicidio sea el sujeto pasivo del robo. sus allegados físicamente próximos o las personas que salen en defensa de la víctima (pero que son pacientes del robo). Claro que todo ello se tiene que quedar dentro de un determinado contexto, es decir que el homicidio se debe cometer sobre los sujetos pasivos mencionados, pero entre el comienzo de ejecución del robo y hasta que se consume. Esta interpretación aleja toda posibilidad de incluir casos como cuando un policía mata justificadamente a un “compinche” del robo o cuando la misma víctima del robo se defiende y mata a uno de los ladrones. Casos en los cuales parte de la jurisprudencia ha calificado conforme al art.165 lo cual es realmente irrazonable e implica retornar a los tiempos del versari.

Quizás sea entrar en algunos casos -como cuando el ladrón mata dolosamente a un tercero- sea entrar demasiadas sutilezas⁴⁶, pero preferimos dejar el tema planteado.

7.1.2. CONCLUSION DE TIPO OBJETIVO

Concluimos pues que, el tipo objetivo del art.165 se compone de una acción de robo (apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas) y otra acción u omisión -esta última poco probable- de homicidio (matar a otro ser humano) con la producción de sus respectivos resultados (apoderamiento y muerte), siempre que medie un nexo causal entre ambas conductas, y además una relación típica de conexión que debe existir entre el robo y el homicidio.

Este homicidio doloso tiene que resultar ya sea motivado por el robo o en ocasión del mismo, es decir que tiene que cometerse entre el comienzo de ejecución del robo y su consumación, pues si se comete antes o después no hay delito complejo. Lo importante es que se produzca el homicidio en el contexto del robo, sin importar que el mismo surja como una coyuntura o no, ya que dicho término no implica accidentalidad sino mas bien ocasionalidad..

Aquí lo que importa es que se den dos elementos respecto al homicidio, un positivo es decir que se cometa un homicidio simple y otro negativo es que no se trate de los homicidios agravados o atenuados que de ocurrir quiebran el complejo.

Por otra parte se debe respetar la estructura y características de ambos delitos como si los consideráramos independientemente a cada uno.

7.2. TIPO SUBJETIVO.

⁴⁶ Aunque dos años mas dentro del minino de la escala en la vida de una persona creemos que no lo es.



Como se ha venido delineando, de acuerdo a nuestra posición es necesario que exista dolo tanto en el momento de apoderarse como en el momento de matar, pues la dirección final de la acción está dirigida en un primer momento al apoderamiento y en un segundo a dar muerte a otra persona.

Entendemos por dolo el querer realizar el tipo objetivo guiado por el conocimiento, es la voluntad realizadora del tipo objetivo⁴⁷.

El dolo está comprendido por dos aspectos, uno cognoscitivo y otro conativo.

7.2.1. ASPECTO COGNOSCITIVO.

El dolo requiere el conocimiento efectivo y actual o actualizable de los elementos descriptivos, elementos normativos, previsión de la causalidad y del resultado.

Tanto el robo como el homicidio son elementos normativos pues ambos aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social⁴⁸; en este caso se refiere a dos conceptos jurídicos propios que sólo puede ser aprehendido mediante un proceso intelectual, ya que el tipo legal no dice el que se apoderare o el que matare, sino que remite a conceptos estrictamente jurídicos como lo son el robo y el homicidio, conceptos que son definidos por la ley penal en los arts. 164 y 79 respectivamente. Por lo tanto el sujeto debe conocer estos elementos normativos (robo y homicidio) con todos sus elementos (en el caso del robo debe saber que se apodera ilegítimamente de cosa mueble total o parcialmente ajena con fuerza en las cosas o violencia en las personas y en el caso del homicidio debe saber que mata a otra persona (ser humano)).

A esto le agregamos que el sujeto tiene que haber previsto la causalidad y el resultado en ambas acciones (la de apoderarse y la de matar).

Es curioso que a diferencia de la mayoría de los tipos penales en los cuales el verbo es el que denota la acción descripta, en este caso el mismo (RESULTARE) sólo brinda una determinación de una relación de conexión entre ambos delitos, pues las acciones descriptas son definidas por los elementos normativos que remiten a otros tipos legales (art. 164 y 79)

7.2.2. ASPECTO CONATIVO.

Respecto del robo sólo es admisible el dolo directo, el sujeto quiere en este caso directamente el resultado.

Respecto del homicidio admitimos también el dolo directo, el dolo indirecto que se da cuando el resultado es consecuencia necesaria de los medios elegidos y el dolo eventual que se da cuando el sujeto

⁴⁷Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal parte general, 6ª edición, Edit. Ediar, Bs. As., 1994, p.404.

⁴⁸Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 3ª edición, Edit. PPU, Barcelona, 1990, p.225, quien cita a Engisch.



se representa la posibilidad de resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta elegida.⁴⁹

Un ejemplo de robo con homicidio con dolo directo puede ser el caso de que la víctima o un tercero saca un arma amenazando al ladrón o directamente le dispara al ladrón, el cual reacciona matándolo.

Como ejemplo de dolo indirecto podemos citar el caso de un sujeto que entra a robar a un restaurante y cuando se esta apoderando de las pertenencias de algunas personas, ve en el fondo del mismo que varias personas se mueven rápidamente, ante esto el mismo dispara una ráfaga de tiros que hiere a algunas de ellas y mata a otras.⁵⁰

Por último podemos dar un ejemplo en el caso de que haya dolo eventual, supongamos que un sujeto asalta a otro y ante un insulto de la víctima lo golpea fuertemente en la nuca con su revólver causándole la muerte.⁵¹

7.2.2.1. LOS DIFERENTES CRITERIOS EN CUANTO A LOS TIPOS DE HOMICIDIOS QUE SE INCLUYEN EN EL ART.165

Sebastián Soler⁵² dice que se trata de un delito de resultado preterintencional y agrega que la muerte debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales bajo la forma de responsabilidad culposa, ergo quedarían incluidos los homicidios culposos y preterintencionales.

Carlos Nuñez⁵³ opina que el art. 165 se refiere al caso de que el homicidio es un resultado accidental del robo, de acuerdo a esta posición quedan incluidos en la figura el homicidio culposo, preterintencional y el doloso pero no el preordenado.

Para C. Creus⁵⁴, Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna⁵⁵ quedan comprendidos todos los homicidios que no caen en la previsión del art.80 inc.7 y aceptan también que pueda derivar del ejercicio de la fuerza en las cosas y le agrega el cometido con la llamada culpa inconsciente.

⁴⁹ Ver Zaffaroni, Manual, Op. Cit., p.420.

⁵⁰ Consideramos que en este caso que el ladrón realizo una conducta que provoco u resultado que fue consecuencia necesaria de su accionar (Hacer varios disparos contra la muchedumbre). Por lo tanto no es un caso de dolo eventual en el cual el sujeto se representa la posibilidad de la muerte y no obstante obra; aquí el resultado fue consecuencia necesaria de su accionar.

⁵¹ Creemos que este es un caso en que existe un homicidio con dolo eventual y no de un homicidio preterintencional, pues en este caso el sujeto se represento la posibilidad de que por el tremendo golpe efectuado en la nuca de la persona asaltada la misma falleciera.

⁵² Op. Cit. t.IV p.256/57. En igual sentido: López Bolado, Jorge D., Los homicidios calificados, Edit. Plus Ultra, Bs. As. 1975, p.266; Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario 15/X/40 causa “Teves Lauro, Agapito” (J.A, t.73, ps.16 a 18).

⁵³ Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.212/213 (n°76) y Tratado Op. Cit., t.IV p.231. Cf. a Blasco Fernández de Moreda, Op. Cit., ps.344/45; fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario 17/III/53 causa “Roman, Elpidio” Juris, vol.4, ps.221 y ss. Ver también causa “Lara, Atilio y otros” 29/V/56, C. de la Cap. Federal, Sala de la Cámara, J.A 1958-II, ps 51 a 61. Y voto del Dr. Millán en causa “Amarillo, Carlos I. y otro” del 18/IX/50, L.L, t.98 p.325.

⁵⁴ Op. Cit., t.1 p.456.

⁵⁵ Op. Cit., p.258.



En opinión coincidente con la de Fontán Balestra⁵⁶ pensamos que haciendo una interpretación sistemática de la ley, y parangonando las escalas penales esta disposición se refiere al homicidio simple, de lo contrario caeríamos en el absurdo de poder aplicar en el caso de un concurso real de un robo simple (cuya escala es de 1 mes a 6 años) y un homicidio culposo (cuya escala es de 6 meses a 3 años) una pena mínima de 6 meses, y una pena máxima de 9 años; y en el caso de resolverlo como robo con homicidio la escala va de diez a veinticinco años. Finalmente F. Balestra⁵⁷ dice que se enrola en un criterio intermedio y distingue dos soluciones:

a) Si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del elemento de lucro, con el mayor desprecio por la vida humana, corresponde aplicar el art.80 inc. 7.

b) Si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe aplicarse el art.165.

En el punto 8 al tratar la distinción con el homicidio “*criminis causa*” desarrollaremos extensamente este tema, sosteniendo en líneas generales la tesis que propugna Fontán Balestra, aunque con algunas variaciones en ciertos aspectos que más adelante puntualizaremos.

7.2.2.2. LIMITE MINIMO Y MAXIMO.

Como lo he expuesto retiradamente solo el homicidio doloso es atrapado por el complejo quedando fuera del mismo los homicidios culposos, preterintencionales y en riña. Pero por otra parte es posible que el homicidio sea doloso pero se halle agravado por alguno de los supuestos del art.80, en cuyo

⁵⁶ Op. Cit., t.V ps.548 y ss. En igual sentido Juan P. Ramos Op. Cit., t.VI, p.43, y Fernández, Alberto, Algunas consideraciones en torno a la muerte en ocasión del robo, E.D. t.134, p.946/47. Cf. a Ocampo, Oscar M. R., Análisis Comparativo de los artículos 80, inc.7. y 165 del C.P. Argentino. en Derecho penal Revista de doctrina y jurisprudencia, t.1 n°5, Bs.As. 1969. Tozzini, Op. Cit. p.388. Ver también causa “Tito, Antonio”, 30/VII/91, Sala VII de la C.C. y C. de la Cap. Federal, votos de Dres.Navarro y Piombo en B. de J. año 1991, n°4, p.354. Es coincidente la posición de Vázquez Iruzubieta, Op. Cit., t.III. ps.232/33. Es interesante el voto de Rodríguez Villar donde dice “...la figura prevista en el art.165 del C.P. se refiere a un delito complejo de robo y homicidio simple, pues la gravedad de la escala penal contenida en esa disposición así lo indica; de allí que el “resultado” de homicidio que contempla el precepto en cuestión no puede aludir a un homicidio preterintencional ni a uno culposo en términos de los arts. 81 inc.1 letra “b” y 84 del Código de Fondo...” (C., V. H. s/robo-privación ilegítima de la libertad. L.Ley t.1990-B p.369; A y S t.1989-IV p.186; J.A t.1990-II p.459.

⁵⁷ Op. Cit. t.V, p.552. Dentro de esta misma postura aunque mas restrictiva encontramos a Donna, Edgardo y Goerner, Gustavo, Una nueva aportación para la interpretación del art.165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad, La Ley, 1992-A, Sección doctrina, ps.834/35, que sostienen que el dolo directo sería para el art. 80 inc.7 y el dolo directo, indirecto y eventual para el art.165, dejando de lado la culpa que de ocurre habría robo en concurso real con homicidio culposo. Es interesante e ilustrativo citar de este comentario el siguiente fragmento que en mi opinión respalda aún mas mi postura: “...Sostener entonces que el homicidio que agrava el robo puede ser el culposo, no aparece coherente, toda vez que el Código Penal, racionalmente, no puede establecer penas mas severas para un resultado culposo que un doloso, sin quebrar todo el sistema de sanciones que trae; lo mismo acontece si contemplamos el mínimo de la pena: por ejemplo, si en ocasión de un robo su autor produce por negligencia la muerte de una persona, el mínimo de la pena a aplicar serían 10 años (art.165); si en otra hipótesis el mismo sujeto primero roba y recién al día siguiente mata, conforme a las reglas del concurso real, el mínimo de pena es de 8 años(arts.55 y 79)...”



caso no rige el complejo sino que habrá un concurso real entre el robo y el homicidio agravado por algunas de las circunstancias que prevén cualquiera de los siete incisos.

Con lo cual solo queda atrapado por el complejo el homicidio simple (art.79 CP.).

7.2.3 RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El derecho penal primitivo se caracterizaba por responsabilizar a los individuos por la sola producción de un resultado y restarle importancia al aspecto subjetivo de la conducta. Esto producía y lamentablemente sigue produciendo en algunos casos (SCBA) una atribución de responsabilidad objetiva que viola el principio “nullum crimen sine culpa”.

De este modo se estaría creando una tercera forma de tipicidad junta a la dolosa y culposa que podríamos denominar fortuita.

Queremos aclarar como bien lo dice Zaffaroni⁵⁸ que no sólo hay responsabilidad objetiva en el caso que se pena una conducta sólo porque se ha causado un resultado, sino también en los casos en que se agrava la pena por ese mismo motivo.

Esto se relaciona directamente con el viejo principio romano llamado “versari in re illicita” que implica que aquel sujeto que esté haciendo algo no permitido, y por puro infortunio o accidente causa un resultado antijurídico también debe responder por él. Este principio que se encuentra abandonado por la mayoría de los estados, tiene sin embargo algunos ecos en una minoritaria jurisprudencia de nuestro país y en especial últimamente en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Es interesante hacer breve referencia a la jurisprudencia de la SCBA que por ejemplo sostuvo en diversas causas lo siguiente “Resulta irrelevante el estudio del grado de participación que le cupo respecto del homicidio cometido a cada uno de los intervinientes en un asalto, ya que basta que la muerte se produzca con motivo u ocasión del robo para que queden incursos en la figura del art.165 del Cód. Penal, todos los partícipes del desapoderamiento violento ya que el grado de participación debe analizarse con relación al robo y no respecto a la muerte.”⁵⁹

Es interesante analizar el caso “Galván”⁶⁰, que se trataba de la muerte de uno de los partícipes del robo por parte del personal policial, en donde la Corte Provincial por primera vez, con el voto del Dr. Ghione sostuvo estos argumentos:

- 1 1-El texto en cuestión no distingue en tanto se refiere a “un homicidio”.

⁵⁸ Manual, Op. Cit., p.442.

⁵⁹ (SC Buenos Aires, agosto 15-978. - ,Aliano, Jorge E. y otros) DJBA, 116-2 - (Idem. Mayo 3-988 - C. López, Jorge O. y otro;) DJBA, 139-4569 (Idem. Mayo 2-989 - Spinalli, Vicente A. y otros) DJBA, 138-3381 (Idem abril 20-993 - Villalba, Jorge L.) LA LEY, 1993-E, 158 con nota de Carlos Creus.

⁶⁰ SC Buenos Aires, agosto 15-978. - ,Galvan, Ines, JPBA, t.63, año XVIII, ps.224 y ss.



2-Si el homicidio se produce con “motivo u ocasión” de un robo, el mayor daño jurídico derivado de la pérdida de una vida no disminuye porque en el contexto del robo se intercale una causa de justificación a favor del autor del homicidio.

3-Mediante la expresión “resultare un homicidio” el texto penal independiza el concepto de este homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo. Y aquí la Corte hace un análisis de los tipos penales en que la ley restringe su poder calificante, los tipos en que la autonomía se presenta sólo respecto de los sujetos pasivos y el caso del art. 165 en que en cierta forma se amplía la calificante.

Esta posición de la Corte es mantenida en casos posteriores como por ejemplo en “Cufre” (LL. 1990-B-369), “Guíñez” (LL. 1991-B-185), “Domínguez” (DJBA, 14//8/991, p.3657), “Pozzán” (LL. 1993-E-154), “Villalba” (LL. 1993-E-157), entre otros. En sentido contrario se expuso en varias de estas causas el Dr. Rodríguez Villar

Esta postura lleva al absurdo -como bien lo dice el Dr. Silvestrini⁶¹ en su voto de 2º instancia en la causa “Galvan”- de que se llegara a aplicar el art.59 inc.1º CP. (extinción de la acción penal por muerte) por la propia muerte del ladrón a quien se le imputa el art.165 por el hecho de su propia muerte.

Queremos destacar que en el caso “Galvan” el homicidio era atípico o en todo caso como dice Donna y Goerner⁶² justificado, y lo que no se entiende que lo que es atípico y en todo caso justificado para algunos no lo sea para otro, esta interpretación de la Corte implica lisa y llanamente la aplicación del versari y consecuentemente el desconocimiento al principio de culpabilidad.

Por otra parte es incorrecta a nuestro juicio la postura de la Corte que entiende que la ley no distingue en tanto se refiere a un homicidio, el mismo como lo hemos dicho es un elemento normativo del tipo y como tal significa la muerte dolosa o para quienes tienen una mayor amplitud en la interpretación culposa, pero en ningún caso el intérprete puede darle una interpretación libre, pues le está vedado al ser un elemento normativo que en este caso requiere una valoración jurídica. La cuestión sería diferente si en vez de homicidio dijera muerte (elemento descriptivo), aunque a nuestro entender también sería necesario que la conducta sea dolosa o al menos culposa, ya que esto viene impuesto por la Constitución Nacional.

Pero también existe violación constitucional al principio de legalidad al sostenerse que el texto penal independiza el concepto de homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo.⁶³

Pese a ser reiterativos queremos recalcar que si bien hay que reconocer que la lectura gramatical de la figura nos permitiría una interpretación amplia - a diferencia del art.166 inc.1º, que la restringe las lesiones a las derivadas de las violencias ejercidas por el robo - como para dar cabida a diferentes tipos de situaciones. Ello está referido a que el homicidio puede resultar como consecuencia de un robo con violencia en las personas o fuerzas en las cosas, a eso se debe a la amplitud de la oración; pues de lo contrario, una rígida interpretación gramatical nos conduciría a un objetivismo extremo como ha ocurrido

⁶¹ Citado por Tozzini, Op. Cit., p.290.

⁶² Op. Cit. 836/7.

⁶³ Cf. Donna y Goerner, Op. Cit., p.837.



en España, el Reino Unido y también en nuestro país. Si sostenemos ello habría que penar al autor del robo como autor del delito del homicidio con motivo u ocasión de robo (art.165) si en el momento del robo, se cae una lámpara y mata a una persona o en la misma circunstancia una bala perdida mata a su compinche o si una de las víctimas del robo sale corriendo a buscar ayuda y se muere a consecuencia de caerse del ascensor.

En estos casos como bien lo dice Quintano Ripolles⁶⁴, la interpretación sistemática y la dogmática culpabilística deben prevalecer sobre cualquier tipo de interpretación gramatical y objetivista.

Por ultimo creemos -al igual que el Rodríguez Villar- que el art.165 describe una conducta delictiva destinada a un solo autor, y cuando intervine más de uno para determinar el grado de responsabilidad hay que recurrir a las normas generales sobre participación criminal (Libro primero, título 7°).

8. DISTINCION ENTRE EL ART.165 Y 80 INC.7° DEL CP.

Creemos que es atinada la postura del Dr. Alegre expresada en el caso “Ruiz y Ayala, Mario” fallado por la SCBA en el año 1940⁶⁵; es aquí donde por primera vez se marca una diferencia tajante entre ambas figuras delictivas.

Su posición en líneas generales consistía en hacer una referencia histórica de los antecedentes del art.165, llegando a la conclusión de que interpretar esta norma conforme al Proyecto de 1891 es un error, ya que este proyecto corresponde a una orientación propia y peculiar que fue desechada por el legislador argentino. De esta forma -como expresa el Dr. Alegre-, con dicho Proyecto el legislador se aparta de su antecedente argentino (art.187 inc.1°, Cód.1886) y extranjero (art.425 inc.1° del Cód. Español de 1848, ref.1850).

Recordemos que el Proyecto de 1891 establecía una pena relativamente más benigna que el Código de 1886, ya que si bien mantenía la definición legal del delito, cambiaba el criterio en cuanto a la gravedad relativa de las penas, pues establecía una pena inferior al robo con homicidio (3 a 15 años) y una pena superior para el caso del homicidio simple (10 a 25 años). De lo cual se infería que el homicidio con motivo u ocasión de robo se trataba de un homicidio culposo o preterintencional, pues de lo contrario se veía beneficiado en materia de penalidad quien cometía un homicidio simple con motivo u ocasión de robo del que cometía sólo un homicidio simple.

Por otra parte esta es la interpretación que se imponía de la propia exposición de motivos del Proyecto de 1891 donde se decía: “El caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguna, el del número primero, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al

⁶⁴Quintano Ripolles, Antonio., Tratado de la parte especial del derecho penal, dos volúmenes, 2ª edición, puesta al día por Carlos García Valdés. Edit. Revista del derecho privado Madrid 1977, p.410/11.

⁶⁵J.A. T.73, ps.65/70.



caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo; no al caso de que el homicidio fuese un medio de consumar el robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto, pues, para estos casos, la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4° del artículo 111, removiendo, así, toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a toda las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión. Si estas razones valen para el caso más grave, no hay porqué insistir en cuanto los otros dos⁶⁶

Pero en el año 1903 la ley de reformas N°4189 que seguía en líneas generales el proyecto de 1891, no sólo no legisló sobre este delito, sino que abrogó el art.187 del Código de 1886 que establecía dicho delito.

El Proyecto de 1906 estableció una penalidad idéntica (10 a 25 años) tanto para el homicidio simple (art.83) como para el homicidio con motivo u ocasión de robo (art.180).

Posteriormente el Proyecto de 1916 que se inspiró en el de 1906 repitió textualmente ambas disposiciones que mencionamos en el párrafo anterior, pero disminuyó en dos años el mínimo de la pena para el caso del homicidio simple.

Todo esto demuestra -como lo dice el Dr. Alegre- que el criterio de “accidentalidad” empleado por los proyectistas de 1891 fue desechado por nuestro legislador. Por lo menos como lo interpretan algunos autores en el sentido que lo entienden como sinónimo de un homicidio causal o involuntario. Ya que por otra parte como los sustentan otros autores (entre ellos Alegre) se debe interpretar el término “accidentalidad” simplemente como un hecho no previsto.

Sin embargo más allá de los diversos criterios que podemos encontrar en la doctrina en cuanto a la interpretación de este vocablo, lo cierto es que para que se dé el tipo legal del art.165 es necesario que el homicidio se produzca con motivo u ocasión de robo, pero además de este contexto es imperioso que el mismo sea doloso, pues ésto deviene impuesto de una interpretación sistemática de la ley y de la comparación de las escalas penales, pues de lo contrario como ya se vio conduciría a una desproporción total en materia de penalidades.

Esta línea interpretativa iniciada por Alegre es seguida por el Dr. Malbrán en la causa “Mitolo”⁶⁷ (de la CNCC de La Capital) donde sustentando una postura similar adhiere a un criterio intermedio en donde distingue dos soluciones: 1) si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del evento de lucro corresponde aplicar el tipo del art.80 inc.7°. 2) si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe reprimirse conforme el art.165.

⁶⁶ Proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1891, 2° edición, Bs. As. 1898, p.161.

⁶⁷ LL. t.50, ps.10 y ss.



Este criterio es compartido en la doctrina por Fontán Balestra quien al igual que nosotros desarrolla una interpretación sistemática.⁶⁸

Esta postura parece ser apoyada por el Dr. Alberto Millán in re “Amarillo”⁶⁹ fallado por la CNCC de La Capital en el año 1959, sin embargo dos años mas tarde en el caso “Lavandaio”⁷⁰ el magistrado sostiene una postura abarcativa de todo tipo de homicidio en esta norma penal.

Resulta muy clarificadora la opinión del juez de 1º instancia, Dr. González Millán en el caso “Lara”⁷¹, quien sigue una argumentación similar a la del Dr. Alegre agregando entre otras cosas que si hacemos un examen general del catálogo de penas que establece nuestro código, esto nos demuestra que en todos los casos en que el legislador ha creado figuras complejas ha tenido en cuenta las reglas del concurso material de delitos, véase como ejemplo el art.166 inc.1º con relación al monto resultante en caso de concurso real o el caso de violación con relación a la misma figura seguida de muerte que establece el art.124. Esto lo lleva a considerar al magistrado que en el caso del art.165 lo que el legislador ha querido es ampliar el mínimo de la pena con respecto al homicidio simple en dos años, ya que en lo que respecta al máximo la misma no puede superar los 25 años porque es divisible.

Por lo expuesto podemos concluir en este aspecto que el art.165 contempla el caso del homicidio doloso del art.79 únicamente, ya sea con dolo directo, indirecto o eventual; quedando el dolo directo solamente para el caso del art.80 inc.7º⁷². Por otra parte más allá del argumento de las escalas penales, en el caso de la inclusión del homicidio culposo tendríamos un obstáculo más, que es que la ley penal utiliza en todos los delitos culposos una terminología precisa, es decir algunos de estos términos: negligencia, imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo (arts. 84, 94, 177, 189, 196, 203, 223, 254, 255, 262 y 281 del C.P.).

Respecto del art.80 inc.7 no compartimos la opinión del Dr. Alegre como así también de gran parte de la doctrina de exigir que el homicidio tenga que ser cometido de forma reflexiva, premeditada, deliberada y resuelta de antemano; esto no es exigido por la ley, la misma sólo exige que se dé una relación subjetiva, es decir que el homicidio se cometa para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados, etc. En este aspecto es muy claro Nuñez⁷³ cuando expresa en su Tratado "No es necesaria, sin embargo, una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano. La ley sólo exige que, en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o la malquerencia producida por el engaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivo específicamente determinantes del homicidio. Esto no requiere, indefectiblemente, premeditación o reflexión, sino sólo decisión, la que puede producirse incluso de improviso en la ejecución del hecho mismo ... entre las tres formas hay una relación de más a menos: la preordenación ha sido premeditada si el designio de matar con el fin delictivo o

⁶⁸ Tratado, Op. Cit. t.V, ps.548 y ss.

⁶⁹ LL. t.98, ps.324 y ss.

⁷⁰ LL. t.103-767.

⁷¹ JA. 1958 -II ps.51 y ss.

⁷² Cf. Donna y Goerner Op. Cit., p.834.

⁷³ Tratado, Op. Cit., t.III ps.54/55.



de matar por despecho delictivo fue concebido de antemano fríamente y seriamente ejecutado. La preordenación ha sido reflexiva si antes o durante la ejecución del homicidio ha sido resuelta mediante una consideración detenida aunque no fría. La preordenación ha sido, finalmente, simplemente resuelta cuando el autor, sin deliberación alguna, se ha determinado a matar para o por uno de los motivos señalados en la ley".

Imaginemos el caso de que una persona va a asaltar un banco en el momento que está cerrado, pensando que no se encuentra nadie en el mismo, pero al llegar descubre que frente a la caja fuerte donde se halla el dinero está parado un custodio; frente a esta situación el sujeto decide matar a la persona para poder consumar el hecho, estamos en presencia de un homicidio "criminis causa"!!!, pese a no haber una acción reflexiva o resuelta de antemano⁷⁴; por otra parte el disvalor de acción es el mismo si el hecho se hubiere resuelto un mes, un día o una hora antes o en el mismo momento del hecho, porque lo que importa en este caso es la relación subjetiva específica que se produce.

Cabe agregar que en el caso del art.80 inc.7 se refiere a dos supuestos diferenciables, el primero al caso de conexión final que se da cuando se mata para preparar, facilitar o consumar otro delito, en este caso no es necesario que el otro delito tenga comienzo de ejecución. También el hecho puede estar consumado y cometerse el delito para asegurar los resultados o la impunidad. (aunque la hipótesis pueda darse en sentido inverso). En este caso el delito puede ser culposos, siendo imposible en caso contrario.

El caso de que el homicidio sea causalmente o impulsivamente conexo se da cuando se mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar el otro delito. Este caso a diferencia del anterior requiere que se haya intentado otro hecho.

Recordemos que en el caso que el otro delito se consume o se intente va a concurrir realmente con el homicidio; pues en esta situación, a diferencia del art.165 no estamos en presencia de un delito complejo, sino de dos delitos independientes, el de robo y el de homicidio.⁷⁵

Por lo tanto si bien adherimos a la postura sustentada por los Dres. Alegre, Malbran y F. Balestra entre otros, no compartimos el criterio de considerar como el eje de la distinción de ambos delitos a la premeditación, primero porque creemos que no siempre es necesaria para que se dé el tipo del art.80 y segundo porque si bien pensamos que en ambos delitos los homicidios son dolosos, en el caso del art.80 además del dolo directo se exige una especial relación subjetiva que es que el homicidio se cometa para o por alguno de los motivos que establece la norma; en cambio en el supuesto del art.165 lo que se exige es que la conducta homicida sea dolosa y que la misma se dé en el contexto del robo, es decir con motivo u ocasión de aquél, pero nunca en forma premeditada, sino en forma eventual, ocasional o simplemente no prevista, pero siempre dolosamente. De esta forma quedan atrapadas las demás conductas dolosas en el supuesto del art.165 con una penalidad menor.

⁷⁴ Obsérvese que incluso en el ejemplo que brindamos ha habido un comienzo de ejecución del robo, y no obstante es claro que existe homicidio "criminis causa", pues se mata para robar, pese a no haberse resuelto de antemano al robo la acción homicida.

⁷⁵ Todo según la posición de Soler, Op. Cit, t.III, p.42 y ss.



Por ultimo deseamos aclarar ciertos argumentos que utiliza el Dr. Soler⁷⁶ y que a nuestro criterio son erróneos; el ilustre jurista entiende que el término “resultare” es característico de las figuras calificadas por el resultado y preterintencionales, esto lo deduce de figuras que él considera que son similares como por ejemplo los arts. 85 inc.2° (si el hecho fuere seguido de muerte), art.100 inc.3° (si se produjere la muerte), art.106 in fine (si ocurriese la muerte), art.186 inc.5° (si el hecho fuese causa inmediata de la muerte), art.191 (si resultare la muerte). Obsérvese que de todos los ejemplos dados por Soler sólo en el último se menciona el término “resultare”; lo que sí aparece mencionado en todos los casos es la palabra muerte, pero paradójicamente el art.165 es el único en que no encontramos esta palabra, sino la de homicidio; de lo cual se deduce que se está refiriendo a un homicidio doloso, pues cuando la ley se ha querido referir a un homicidio culposo o preterintencional ha utilizado diversos verbos con el término muerte o los términos negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia.⁷⁷

En lo que estamos de acuerdo con Soler es en considerar que en la figura del art.165 la acción tanto objetiva como subjetivamente tiende al robo y no al homicidio, contrariamente a lo que ocurre en el caso del art.80, inc.7°. Pero de ello no se puede derivar como lo hace el insigne penalista que la única acción es la de robo, pues sino transformaría al delito complejo en un delito calificado por el resultado stricto sensu que sólo castigaría la ocurrencia de una muerte, lo cual como vimos en el punto 6 es violatorio al art.18 de la C.N., ya que no se respeta el principio de culpabilidad.

Por otro lado, del hecho de que la acción primigenia tienda al robo no se puede inferir que estemos en presencia de un robo agravado, pues aquí hay dos conductas y la que tiene un bien jurídico de mayor importancia es la de matar.

Como dijimos más arriba el hecho que este delito esté ubicado en el capítulo de los delitos contra la propiedad se puede deber a que se otorgó preeminencia para su clasificación a la acción primigenia o a razones de política criminal, pero de ninguna manera al bien jurídico primordial.

En el año 1993 la SCBA, dijo en el caso “Flores”⁷⁸ que en cuanto a la escala penal prevista en el art.165 la misma es razonable aún si la muerte es culposa, pues si por ejemplo se comete un robo con armas o en despoblado y en banda la escala es de 5 a 15 años y si es de automotor va de 9 a 20 años. Recordemos que el delito de robo de automotor fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de la Nación dado su irrazonabilidad en materia punitiva y que actualmente se encuentra derogado. Por otra parte, y a pesar de que la Corte Provincial no explica que pasa con la desproporcionalidad que ocurre con otros tipos de robos como los del arts.164 o 167 en sus cuatro incisos (los cuales tienen un pena menor), es de notar que aún en el ejemplo que da el máximo tribunal es también desproporcionada la pena ya que de concursarse realmente estos delitos daría una escala de 5 a 21 años.

Por otra parte queremos aclarar que en el caso del art.165 el término resultare está denotando un amplitud mucho mayor que en el caso del art.166 inc.1° el cual habla de las violencias ejercidas para

⁷⁶ “In re” Agapito, JA., t.73 ps.17/18.

⁷⁸ Flores, Antonio, JA, III-1994, p.49.



cometer el robo, si se causare algunas de las lesiones previstas en los arts. 90 o 91 del C.P.; con lo cual en principio cualquier homicidio doloso cometido con motivo u ocasión de robo, ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas quedaría atrapado por el art.165 del C.P.(obviamente menos los del art.80 inc.7º). Sin embargo como lo hemos visto en el capítulo referente a los sujetos activos y pasivos (punto 8.1.4) ello no es tan así, ya que de su correcta interpretación junto a la de la autoría y participación criminal que trataremos en el punto 12 surge que existen casos en que no obstante haber un robo y en el mismo contexto temporal un homicidio el hecho no cabe encuadrarse conforme el art.165.

HOMICIDIO “CRIMINIS CAUSA” (ART.80 INC.7): PREORDENACION PREMEDITADA, REFLEXIVA O SIMPLEMENTE RESUELTA; DOLO DIRECTO.

HOMICIDIO CON MOTIVO U OCASIÓN DE ROBO (ART.165): DOLO DIRECTO, INDIRECTO O EVENTUAL, HOMICIDIO EVENTUAL O NO PREVISTO, NUNCA PREMEDITADO.

9. AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL.

De acuerdo a las posibilidades que se pueden dar en este delito complejo podríamos dividirla en cuatro.⁷⁹

Cabe aclarar que cuando nos referimos a los partícipes lo hacemos en el sentido estricto, es decir referido a los instigadores, cómplices primarios y secundarios.

La dificultad del análisis se nos presenta cuando por ejemplo una persona es autor o coautor del robo y luego partícipe del homicidio o viceversa; pues a título de que debe responder. Mas aún si su complicidad ya sea en el robo o en el homicidio es secundaria, la situación se complica por la graduación de la pena.

El problema surge porque a nuestro criterio no podemos definir la autoría o participación del complejo por la acción de apoderarse o la de matar sino que tenemos que considerar ambas, pues como venimos diciendo no es autor del complejo quien sólo lo es del robo.

Creemos que este delito se puede dar en los casos en que el autor o coautor del robo lo es a la vez del homicidio o en los casos en que existe una complicidad primaria o secundaria pero en ambos delitos y de igual grado. Todos los demás casos se deben resolver por las reglas del concurso real.

Supongamos que alguien que presta una ayuda necesaria para cometer un delito pero que no toma parte en la ejecución y luego mata dolosamente donde sus compinches están consumando el robo. O por ejemplo el caso de una persona que es cómplice secundario de un robo pues vigila la puerta de entrada

⁷⁹ Obviamente de acuerdo a nuestra postura no incluimos la posibilidad de que el autor o partícipe del robo no lo sea en el homicidio como lo hace parte de la jurisprudencia que pese a ello imputa el complejo.



y ante la llegada de la fuerza policial dispara por un instinto de conservación, pero dolosamente da muerte a uno de los policías. Otro caso similar a éste puede ser el del cómplice secundario que lo único que tiene que realizar es la huida con los ladrones en forma más rápida y que ante la orden de un policía para que se detenga lo pisa dándole muerte en forma dolosa. Este ejemplo se puede invertir y pensar que una persona es autor de un robo y luego en ese contexto participa como cómplice secundario del homicidio.

Respecto de la instigación es muy difícil sino imposible que se pueda brindar un ejemplo de alguien que instigue a ambos delitos en relación de motivo u ocasión, sin embargo se podría dar el caso de que alguien que es autor del robo luego se determine a matar a otro que comete un injusto o un delito.

Los ejemplos que estamos dando - algunos por cierto no muy frecuentes en la práctica - nos llevan a concluir de no es posible que se den en el complejo casos en que una persona es autor del robo y participe del homicidio o viceversa, o supuestos en que una persona sea cómplice primaria de una de las acciones del complejo y secundaria de la otra. Una razón de elemental lógica nos dice que no sabemos a título de qué responsabilizar al agente en estos casos.

Creemos que en estos supuestos habrá que concursar realmente ambos delitos y se responderá por ejemplo, por autor de robo y participe del homicidio en concurso real o viceversa, o como participe del robo y participe del homicidio en concurso real, caso este último menos frecuente⁸⁰.

Pensar de otra manera conduciría a cosas sin sentido pues en los ejemplos mencionados ¿sería autor o participe del complejo? ¿Qué es lo que lo determinaría? ¿El robo o el homicidio?. No debe confundirse con el hecho de que en este delito la acción primigenia conduce a robar porque ella no es la única acción que existe en el complejo, simplemente es la primera que pasa por la mente del reo. Es por ello que no podemos circunscribir todo el problema de autoría y participación al robo, pues aún cuando el Código Penal así lo estableciera expresamente - cosa que no lo hace - ello implicaría considerar al art.165 como un delito calificado por el resultado en sentido estricto pues bastaría que se realiza el robo como para imputar la muerte (salvo que se estableciera expresamente que la muerte debiera causarse dolosamente), cosa que no sólo malinterpreta el Código Penal sino también viola el principio de culpabilidad.

Por lo que venimos exponiendo pensamos que la llamada teoría del dominio del hecho nos brinda una adecuada solución en los supuestos de autoría, con lo cual en los casos que un sujeto sea autor directo del robo y del homicidio responderá por el complejo, en los casos de coautoría paralela en el robo y luego del cual se mata sin plan previo cada uno responderá por lo que hizo. En el caso del autor mediato difícilmente se le podrá imputar el complejo por lo que sólo responderá por el robo ya que el homicidio deviene ocasional, salvo que se pueda comprobar que la muerte sea consecuencia de la negligencia del autor mediato en mandar a un sujeto con una potencialidad suficiente como para poder matar⁸¹; en cuyo caso responderá por ambos delitos en concurso real (ya que el homicidio es culposo).

⁸⁰ Dentro de este grupo encontramos los casos de los cómplices primarios y secundarios que lo resolvemos de la siguiente manera; si se es cómplice primario o secundario de ambas conductas se responde por el complejo pero con la disminución del art.46 en caso de complicidad secundaria; pero si la complicidad se da en una acción como primaria y en la otra como secundaria rige en este caso el concurso real de delitos.

⁸¹ Cf. Fernández, Algunas consideraciones... Op. Cit., p.948



Cabe agregar que en los casos de coautoría funcional cada uno responde por su intervención en el plan y si los mismos planearon el robo sólo responderán por el mismo, único hecho que dominaban funcionalmente, sin perjuicio de que si algunos de los coautores funcionales luego mata dolosamente responda por el complejo.

Queremos aclarar que el caso del partícipe y del coautor funcional hay que verlo en el caso concreto, pues el “campana en algunos casos puede ser coautor y en otros partícipe secundario; con lo cual si la labor del “campana” en la ejecución del hecho fue primordial, y luego realizó un homicidio doloso responderá por el complejo pero si sólo facilitó la consumación del hecho y luego mata responderá por el delito de robo en grado de partícipe secundario y por el delito de homicidio en concurso real. Lógicamente que si el “campana” no mata ni tiene ninguna participación tenga o no el dominio del hecho nunca podrá responder por la muerte.

Creemos que no es un problema de comunicabilidad o no de las circunstancias agravantes, porque en este caso lo que se trata de imputar es un conducta que no se hizo. pues como dice Bettiol “...en el delito complejo las **acciones** son tantas cuantas son las tipicidades que se funden en la tipicidad legal que prevé el nuevo delito o califica una agravante...”⁸²

Queremos agregar que el caso del que comete robo y no toma parte en la ejecución de la muerte no se le puede imputar el complejo a título de culpa ya que además de la crítica que le hicimos a la inclusión dentro del complejo de los homicidios culposos, no puede haber participación culposa en delito doloso pues sólo es posible la dolosa en delito doloso.

Pero en el caso de que una banda que en un banco mata a cuatro personas y luego la misma huye en un automóvil que maneja un chofer que lo está esperando para la huida, éste no puede responder por el delito complejo, aunque sea partícipe primario o coautor del robo, pues no aportó nada para que se produzca la muerte. Rige en este caso el art.47.

Opinamos que estamos ante un tema muy vidrioso y poco tratado por la doctrina argentina o al menos de manera superficial. Por otra parte la misma no se pone de acuerdo, ni siquiera en puntos mínimos. Es así que por ejemplo Nuñez consideraba que la participación en general (comprendiendo tanto la autoría, coautoría, complicidad, etc.) se debía buscar en referencia al acto del apoderamiento. Esto creemos que es un error del maestro cordobés, puesto que de ello hace derivar que cualquier muerte ocurrida con motivo u ocasión de robo se pueda imputar al que sólo participó (en sentido amplio) en el robo, pensamos que esta referencia implica atribuir una responsabilidad netamente objetiva en nuestro derecho penal. El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo no es un robo agravado por el resultado muerte sino un delito complejo que se caracteriza porque el autor del mismo realiza las dos acciones típicas en forma tal que del robo ocurra un homicidio con motivo u ocasión. Por lo que del hecho de que esté ubicado en el capítulo de los delitos contra la propiedad o de que la acción primigenia sea la de robar no se puede inferir que la única

⁸² Cito a través de Scime, Salvador Francisco, ¿Es factible la tentativa en el homicidio con motivo u ocasión de robo?, L. Ley 1994-A, p.352.



acción en este delito sea la de apoderarse pues ello implicaría interpretarlo como un delito calificado por el resultado en sentido estricto lo cual resulta repugnante a nuestra Constitución Nacional y Pactos Internacionales.

Autores como Fernández, Donna, Goerner, Tozzini y Creus han pregonado interpretaciones más garantistas que hemos expuesto más arriba entendiendo en general salvo éste último que la imputación del homicidio debía ser dolosa y que tanto los autores como los coautores y partícipes sólo responden en la medida de sus propios hechos en el atentado contra la vida.

Párrafo aparte merece el tratamiento del tema por parte de nuestra jurisprudencia donde se sostuvieron todo tipo de argumentos como por ejemplo que bastaba que objetivamente ocurra el homicidio con motivo u ocasión de robo (CSN, 1941, Gómez Primo ; SCT, 1942, Cisterna) o siguiendo el criterio de Nuñez que para aplicarse las reglas de participación debía estarse conforme al robo (CNCC, 1959, Amarillo), también se ha sostenido que el que emplea armas de fuego asiente a todas sus consecuencias (CNCC, 1971, Langoni) pues así lo indica la lógica y la experiencia (TSC, Torres, 1972) lo cual no resiste el menor análisis científico, ya que esta posición reduce todo a la simple experiencia de la percepción judicial al mejor estilo lombrosiano. También se ha llegado a decir que como el tema de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes sólo rige para el caso de los cómplices (CNCC, sala II, 1991, Ponce), si se comete un homicidio con motivo u ocasión de robo los cómplices del robo sólo responderán por el mismo y los autores y coautores responderán también por el homicidio cometido por un “compinche”; lo cual pese a compartir o no la interpretación del art.47 viola el principio de culpabilidad abiertamente, pues del hecho de que no se pueda aplicar dicha norma a los autores o coautores no se puede deducir que en el caso del delito complejo se aplique con el solo fundamento dogmático de que la comunicabilidad de las circunstancias agravantes sólo rige para el supuesto de complicidad, pues si el autor o coautor del robo no tuvo la menor responsabilidad en la muerte que se produce con motivo u ocasión del mismo, como le podemos imputar esa muerte ¿Mediante la aplicación del viejo principio romano del versari?

Posiciones más garantistas y respetuosas del principio de culpabilidad encontramos en jurisprudencia que ha sostenido que los coimputados tienen que haber tenido “in mente” el hecho o al menos previsto (SCT., 1980, Aguilera) o en el caso en que se resolvió que la participación en el robo no implica una prueba indubitable del asentimiento de cualquier violencia como para aplicar el art.165 (CFed. La Plata, 1990, Ríos).

Tampoco ha sido muy clarificadora la jurisprudencia de nuestra Corte Provincial, en especial en los últimos años y sobre todo a partir del caso “Galvan” (1987) en donde se condenó por el complejo al “compinche” del robo de quien fuera muerto por un agente policial, criterio que sostiene hoy en día la mayoría de la Corte con la sola disidencia del Dr. Rodríguez Villar⁸³ y que significa establecer sobre todo en estos casos una responsabilidad objetiva en el derecho penal argentino. Pareciera diferente la situación cuando la Corte castiga por el art.165 los resultados culposos en los cuales pensamos que lo que existe es una pena desproporcionada respecto de las escalas penales como lo hemos dicho más arriba; pero no deja



de ser un caso de responsabilidad objetiva también; aunque la Corte entienda que no existe desproporción en las escalas penales cuando se comete un robo con armas o realizarlo en despojado y en banda o en el caso del robo automotor y un homicidio culposo.

No obstante la Corte omite en su análisis la inclusión del robo simple que concursado con el homicidio culposo daría una pena mínima de 6 meses y una máxima de 9 años, lo cual es absolutamente desproporcionado en relación a la escala del complejo.

Opinamos que también hay una desproporción manifiesta en los casos de robo con armas o en despojado y en banda, pues de existir un concurso real entre éstos y el homicidio culposo la pena mínima sería de 5 años y la máxima de 18 años lo cual también es desproporcionado.

Por último, el caso del robo automotor que cometido con armas llega a una escala de 9 a 20 años podría ser más razonable, pero la Corte Suprema de la Nación lo ha declarado inconstitucional justamente por su irrazonabilidad en materia punitiva⁸⁴. Posteriormente fue derogado por la ley 24.721.

Más profundo y fecundo ha sido el análisis en la doctrina y jurisprudencia española donde Antón Oneca y Rodríguez Muñoz ya se preguntaban porque la jurisprudencia no aplicaba el complejo respecto a los cómplices pero si a los coautores del robo y más en la actualidad Vives resolvió correctamente la cuestión sosteniendo que el partícipe (en sentido amplio) sólo puede responder por su propia culpabilidad, imputarle un homicidio doloso a quien no ha querido matar importa caer en un “versarismo”.⁸⁵

Otro tema que queremos remarcar es que la muerte de los autores o partícipes del robo puede ser justificada o no.

En el caso de que la misma no esté justificada sólo responderá por el complejo el que ha matado dolosamente y obviamente sea autor del robo. En el caso de la muerte justificada ya sea por un tercero o el paciente del robo, los autores del apoderamiento no responderán por la misma.

Sólo de esta forma se puede respetar el principio de culpabilidad.

Finalmente queremos comentar que el Tribunal Supremo de Córdoba, en un caso que se trataba de la muerte de uno de los coautores del robo en manos de la víctima del mismo, en donde la Cámara se había hecho eco de la **teoría de la imputación objetiva** diciendo que la muerte fue producida como consecuencia de una situación de riesgo creada por el apoderamiento ilegítimo que realizó Moyano, resolvió -pensamos que correctamente- que en este caso no era viable aplicar dicha teoría ya que existía en esta situación una conducta permitida por el derecho realizada en su propia defensa, pues la víctima de la sustracción había matado justificadamente a uno de los coautores del robo.⁸⁶

Como hemos visto el análisis de este capítulo ha sido muy denso y problemático, ello es debido a que para la adecuada interpretación de la norma convergen distintos temas como la delimitación correcta en cuanto a los sujetos activos y pasivos de este delito, la indivisibilidad del mismo, la naturaleza

⁸⁴ JA, 1989-IV, ps.164 y ss. In re “Martínez José” con nota de Francisco D’Albora.

⁸⁵ Mas datos se pueden obtener en Martínez González, Op. Cit., ps.203/10.

⁸⁶ T.S.J., Sala Penal, Sent. n°15, 15/6/93. Causa: “Moyano, Carlos Eduardo”. L.L.C., t.1993, fallo N°1418, ps. 814/16.



del delito, la interpretación de los arts.47 y 48, el reciente problema de la introducción de la teoría de la imputación objetiva, el problema de la atribución de una responsabilidad objetiva y el principio rector de culpabilidad.

De acuerdo a nuestra hermenéutica consideramos que el complejo se da en los siguientes casos:

1) Cuando se es autor/coautor del robo y autor/coautor del homicidio

2) Cuando se es partícipe del robo y partícipe del homicidio, pero con la exclusión de los casos de complicidad en los cuales se da que en el mismo complejo existe una complicidad primaria y otra secundaria, no así los casos en que son de igual grado que sí quedan incluidas en el complejo.

De la adecuada interpretación sistemática -que hemos intentado líneas atrás- de todos estos temas puede surgir una interpretación correcta que teniendo como base rectora el principio de culpabilidad y proporcionalidad y razonabilidad de las penas pueda dar una justa solución a un problema que pareciera no encontrarla nunca.

Claro que nuestra postura tiene puntos flacos pero ello quizás se deba a la redacción de la norma. Nos gusta más la idea de que únicamente se pueda configurar el complejo cuando se es autor o coautor de ambas acciones, pero en nuestro afán no podemos desobedecer el mandato de otras normas penales como lo son las contenidas en las reglas de participación criminal.

Una cosa que no debemos olvidar es que el dolo es de carácter personal, de forma tal que si alguien ha matado con motivo u ocasión de robo en forma dolosa no extiende la responsabilidad a los demás.

Esperemos que este intento halla sido al menos un aporte para una futura discusión en la doctrina y jurisprudencia argentina.

10.TENTATIVA

En este tema existen dos posturas en la doctrina y jurisprudencia argentina que pasaremos a detallar:

10.1. CRITERIO DE LA ADMISION DE LA TENTATIVA.

Ya en el año 1948 Mario Mallo⁸⁷ se expresaba a favor de la tentativa del complejo con una penalidad de 5 a 16 años y 8 meses. Pero no daba ningún tipo de fundamento.

Sin embargo, es en el año 1991 donde se retoma esta postura en la opinión de la SCBA⁸⁸, criterio que es mantenido en sucesivos fallos -al menos por la mayoría- hasta la actualidad.⁸⁹

⁸⁷Op. Cit. t.III, p.59.

⁸⁸ SCBA, causa n° 37.818, 15-10-91, "E., J. M. y otros."



Los argumentos que utiliza la Corte son los siguientes:

1-que estamos en presencia de un delito contra la propiedad, más específicamente un robo calificado.

2- la Corte tiene un criterio amplio en cuanto a la admisión de todo tipo de homicidio .

3-también entiende que no existe razón para no aplicar el art. 42 del código penal a la llamada parte especial, ya que los tipos de la parte especial sólo describen conductas consumadas.

4-al mismo tiempo hace excepción al término homicidio por considerarlo un elemento normativo del tipo y por lo cual el mismo debe consumarse para que se dé la figura, cosa que no ocurre con el robo que es la acción descripta por el tipo penal.

Todo esto le da pie a la mayoría de la Corte para sostener que es jurídicamente imposible declarar consumado un acto meramente tentado por el solo hecho de haberse perfeccionado un elemento normativo de la figura y no la acción descripta. Sin embargo se le presenta el problema que de acuerdo a este criterio cuando ocurre con motivo u ocasión de una tentativa de robo un homicidio simple (art.79), la penalidad resulta inferior a la del homicidio simple solamente. Este desconcierto en materia punitiva es solucionado por la Corte concursando idealmente el art. 79 con el art. 165; solución que como expresa Creus⁹⁰ es dogmáticamente incorrecta puesto que si la ocasión y el motivo para castigar el resultado ya se dan en el proceso ejecutivo del robo (sin que se requiera su consumación) es evidente que la ley no quiere punir en los términos de la tentativa dicha ocasión o motivo. Piénsese en el caso de que se pretendiera calificar al apoderamiento con armas de una cosa como robo con armas en concurso ideal con robo(arts. 164, 166 inc. 2 y 54 del CP). Aquí lo que existe es un concurso aparente.

Cabe acotar que dentro de la misma Corte el Dr. Rodríguez Villar no comparte este criterio porque entiende que el bien jurídico al que se otorga prevalencia en este tipo penal es la vida, por lo que si el homicidio se ha consumado es indiferente que el robo haya quedado en grado de tentativa a los efectos del perfeccionamiento de la figura.

10.2.CRITERIO DE LA INADMISIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

Este criterio -contrariamente al anterior- no admite la posibilidad de tentativa en el complejo y pregona que en caso de que el homicidio se consume, independientemente de lo que ocurra con el robo, el hecho queda consumado. Obviamente tiene que haber al menos un principio de ejecución en el robo.

⁸⁹ Pozzán, Sergio, La Ley 1993-E-154; Villalba, Carlos, La Ley 1993-E-158, ambos con nota de Carlos Creus; Bazan, Mario, La Ley 1994-A-347 con nota de Francisco Salvador Scime; Flores, Antonio, JA-III-49; Guardia, Hugo C., JA-1997-II-498.

⁹⁰ Creus, Carlos, Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires... Op. Cit., p.155.



Ya en el año 1940 la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso Ruiz y Ayala, en un voto del Dr. Alegre entendió que no era necesario la consumación del robo para que se produzca el complejo, posteriormente la Cámara Nacional Criminal y Correccional “in re” Amarillo del año 1959 se expidió en sentido coincidente; criterio que mantiene en la actualidad la sala I en autos “Campos, Néstor U.” del año 1991. Tanto el Tribunal Superior de Córdoba como el de Chubut y más actualmente el de Río Negro han adoptado el mismo criterio. También en un fallo del año 1995 de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal “in re” Guardia siguió esta postura.

En doctrina comparten esta posición la mayoría de los autores.⁹¹

Creus⁹² y Scime⁹³ quienes se ocuparon específicamente en sus trabajos sobre el tema, adhieren a esta posición pero por razones diferentes. El primero de ellos entiende que en el supuesto del art.165 la ley desconoce la posibilidad de tentativa en cuanto requiere la ocurrencia del resultado muerte como homicidio, por otra parte -dice el autor- no es el único caso en que la ley excepciona implícitamente la extensión modal de la tentativa. Por otro lado Scime (con cita de Jeschek) opina que el homicidio no es un elemento normativo del tipo y que la concreción o consumación del mismo no requiere que el robo se haya consumado, pues lo único que exige el tipo conforme a su estructura jurídica y gramatical es la consumación del homicidio.

Cabe agregar que en el derecho español -fuente directa de nuestro art.165- no existía problema alguno ya que el art.512 del C.P. (hasta su derogación en el año 1995) declaraba consumado este delito cuando se producía el resultado lesivo para la vida, aunque no se haya perfeccionado el robo⁹⁴. Esto constituía - a decir de Rodríguez Devesa- una excepción a las normas generales sobre consumación de delitos complejos, ya que si no existiera la norma en cuestión, necesitaría para producirse el delito la consumación de cada uno de los elementos que lo integran.⁹⁵

10.3. OPINION PERSONAL: ¿UNA TERCERA POSIBILIDAD?

No compartimos la postura de la SCBA por varias razones:

⁹¹ Podemos citar entre otros a Nuñez, Delitos contra la propiedad, Op. Cit., p.218; Chiappini, Op. Cit., p.675; Ocampo, Op. Cit., p.404; Tozzini, Op. Cit., p.291; Breglia Arias y Gauna, Op. Cit., p.557; Estrella, Estrella, Oscar Alberto, Godoy Lemos, Roberto, Código Penal Parte Especial, Edit. Hammurabi, Bs. As.1996, t.II, p.389.

⁹² Op.cit. ps. 153/57.

⁹³ Op.cit. ps. 347/54.

⁹⁴ Esta solución brindada por imperativo legal era aceptada por la generalidad de la doctrina española como por ejemplo T.S. Vives, Muñoz Conde y Cuello Calón. En contra Juan Bustos Ramírez opinaba que el precepto ampliaba notablemente la punibilidad mas halla de lo deseable en un Estado de derecho, por razones preventivo-generales, Manual de derecho penal parte especial, 1ªedición, Edit. Ariel, Barcelona 1986, p.211.

⁹⁵ Rodríguez Devesa, José María Derecho Penal Español Parte Especial, 9ªedición Impresiones en Artes Graficas Carasa, Madrid, 1983, p.422. Es curiosa la opinión de Martínez González que sostiene que si ambos delitos quedan en grado de tentativa y existe una relación típica de conexión entre ambos, se da el complejo en grado de tentativa, Op. Cit. ps.212/13.



1° Porque el hecho que entienda que el homicidio es un elemento normativo del tipo⁹⁶, no puede derivar en que la acción descripta sea una sola (la de apoderarse), porque el robo es tan elemento normativo como éste ultimo, ya que en ambos casos no basta para su comprensión su simple acepción gramatical, pues ninguno de los dos expresan una realidad naturalística aprehensible a los sentidos, sino que aluden a una realidad determinada en este caso por una norma jurídica.⁹⁷ Por lo que en este supuesto la acción descripta es doble: por un lado la de apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena con fuerza en las cosas o violencia en las personas y por el otro la de matar ilegítimamente a otro ser humano. El hecho que la acción primigenia sea la de apoderarse no se puede derivar en que sea la única y que se describa -como pareciera creer la Corte Provincial- un delito calificado por el resultado, en el cual lo único que importa es la producción dolosa del robo. En este caso no estamos frente a una situación similar al robo por uso de armas o por que es en banda, ni tampoco frente a un robo que se agrava por la muerte de una persona con motivo u ocasión de él. No estamos frente a un robo agravado sino a un delito complejo en el cual el bien jurídico vida es prevalente sobre el bien jurídico propiedad.

2° Otra inconsecuencia de la Corte -como ya hemos hecho referencia- es el problema que se le origina en materia de penalidades, pues de acuerdo a esta postura quien comete un homicidio simple con motivo u ocasión de una tentativa de robo se ve beneficiado con una escala menor de quien comete un homicidio simple. Esto lo trata de solucionar -incorrectamente a nuestro entender- aplicando las reglas de concurso ideal a los arts.165 y 79.

3°Por último, es una regla general que en los delitos complejos se tienen que consumir ambas conductas para que se produzca, salvo que una disposición legal disponga expresamente lo contrario (como ocurría en el derecho español).

Pensamos que es mucho más fundada la postura de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que conciben que en caso de que el homicidio se consume y el robo quede en grado de tentativa el complejo se da igual.

Sin embargo es posible delinear un tercera interpretación -a nuestro criterio más justa que las impuestas 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 no encontrar doctrina y jurisprudencia en que nos podamos apoyar al respecto.

Esto se debe a las siguientes razones:

- 1)Dentro de las interpretaciones posibles, ésta es la más favorable para el imputado.
- 2)Una interpretación teleológica nos indica que si la ley hubiese querido punir la tentativa del complejo, lo hubiese previsto

⁹⁶ Según Jescheck son premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de la norma, se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, lo conceptos referidos al valor y los conceptos referidos a sentido; Op. Cit., p. 244.

⁹⁷ Cf. Mir Puig, Op. Cit, ps.224/25.



expresamente, ya que en este caso no nos sirve la regla general del art.42, pues no sabemos si penar como tentativa del complejo al caso en que se tentó el robo y se consumó el homicidio, o al que se tentó el homicidio y se consumó el robo, o al que se tentaron ambos; hubiese sido necesario que la ley lo aclare -como sí lo hacía el Código Penal Español- ya que la tentativa descrita en la parte general no está prevista para un delito complejo, ya que como sabemos en el delito complejo son varios los tipos penales que se funden en uno solo, pero que individualmente conservan sus características propias; en el fondo, como bien dice Bacigalupo, el delito complejo no es otra cosa que una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso de delitos, pero que por su particular estructura no admite la tentativa.⁹⁸

3) Por otra parte interpretarlo en forma diferente implicaría adelantar el momento consumativo del delito, sin que exista una norma específica que lo disponga (art.512 C.P.E.), sino simplemente una solución dogmática muy discutible, que pretende resolver una cuestión engorrosa, sin respetar las reglas generales en materia de tentativa.

4) Por último, en materia de penalidades existe una desproporcionalidad manifiesta en la postura que admite la tentativa del complejo (que algunas veces la jurisprudencia utiliza para paliar la desproporción punitiva que ocurre cuando al ladrón que se le imputa el complejo no tuvo ninguna participación en el homicidio o se le reprocha el mismo a título culposo), en especial cuando el homicidio es doloso⁹⁹, 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 años en caso de que se consumen tanto el robo como el homicidio y de 8 a 25 años cuando se consume el homicidio y el robo quede en grado de tentativa¹⁰⁰ 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 le otorgamos la razón a la Corte Provincial al decir que de acuerdo a la posición contraria se estaría declarando consumado un hecho meramente tentado. Pero lo que no compartimos con la Corte es en aplicar la tentativa a todo el complejo, pues de esta forma se vería favorecido quien comete un homicidio simple con motivo u ocasión de una tentativa de robo de quien sólo comete un homicidio

⁹⁸ Bacigalupo, Op. Cit., p.220.

⁹⁹ Único homicidio que admitimos dentro del complejo; contrariamente a lo que opina gran parte de la doctrina y jurisprudencia que incluyen los culposos y preterintencionales

¹⁰⁰ No mencionamos el caso inverso, es decir cuando el robo se consuma y el homicidio queda en grado de tentativa pues en esta hipótesis no existe la menor duda -ni siquiera en la doctrina y jurisprudencia con una interpretación amplia- de que no hay complejo.



simple, y además porque desconoce la regla general de que en los delitos complejos no se puede admitir la tentativa.

Por todo lo expuesto creemos que nuestra postura es la más justa. En relación con 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 en relación a la segunda posición -que la consideramos mucho más coherente que la anterior-, que no explica cómo se puede entender que el complejo se consuma cuando una de sus acciones descriptas quedó en grado de tentativa, ofrecemos la ventaja de establecer una diferencia en materia punitiva según el robo se haya consumado o no..

Claro que somos conscientes de que se nos puede cuestionar que al exigir la consumación de ambas conductas perdería sentido la aplicación de la figura circunscribiéndola a un mero concurso de delitos. Ello no es así ya que la penalidad es más severa que la que resulta de un concurso real entre el robo y el homicidio, claro que ello sólo se debe a razones preventivo-generales. Por otra parte, en un tipo penal tan ambiguo e impreciso, es sensato tratar de buscar la interpretación más favorable para el imputado, mientras no exista una derogación del mismo.

11.PENALIDAD.

Salvo el período en que estuvo vigente la ley 21338 (1976/1984) en que se castigaba con reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 el complejo siempre mantuvo la penalidad de 10 a 25 años de prisión o reclusión lo cual visto desde las llamadas “teorías de la pena” y considerando la interpretación más garantista posible (es decir incluyendo en el complejo sólo el homicidio doloso) llegamos a la conclusión de que el mayor agravamiento de 2 años en el mínimo se debe exclusivamente a razones de prevención general negativa, lo cual no compartimos pues pregonamos que el derecho penal sólo debe intervenir en la forma menos dañosa posible, en forma subsidiaria y proporcional, es por eso que nos enrolamos en una prevención general positiva limitadora del ius puniendi estatal.

Si bien lo anterior es en cierto modo “tolerable”, no se concibe por ejemplo que en caso de un homicidio culposo (6 meses a 3 años) cometido con motivo u ocasión de un robo simple (1 mes a 6 años) sea castigado con la pena de 10 a 25 años cuando en un concurso real entre ambas figuras nos da un mínimo de 6 meses y un máximo de 9 años. Interpretar la norma de este modo implica una desproporcionalidad e irrazonabilidad inusitada en un sistema penal respetuoso de las garantías constitucionales.

Esta inflación punitiva quizás se deba a la ineficacia de los órganos estatales en la realidad cotidiana, lo cual es volcado por el legislador al Código Penal, como en el caso de la ley 21338 en donde se estableció para el complejo la pena de prisión o reclusión perpetua, pudiendo aplicarse incluso la reclusión por tiempo indeterminado, ésto era agravado por parte de cierta jurisprudencia que incluía en la norma el homicidio culposo y el preterintencional.



La pregunta que nos hacemos es si debemos resignar garantías y derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Pactos Internacionales como por ejemplo la razonabilidad en materia punitiva o el principio de culpabilidad, para la adecuada represión de estos delitos. ¿La represión mayor y desproporcionada nos asegura que este tipo de delitos disminuirá?

Obviamente que la experiencia nos demuestra lo contrario. Y por otra parte si la ineficacia en los órganos policiales, judiciales y legislativos la pagamos resignando garantías individuales quizás el día de mañana cualquiera de nosotros probablemente se encontrará imputado por la comisión de este delito.

Una solución que al menos aportaría algo, es explicitar en la ley que se refiere a un homicidio doloso, o como lo hizo la ley española que reformó el Cód. Penal en el año 1983, establecer penas diferentes cuando se trata de un homicidio doloso y uno culposo¹⁰¹, aunque finalmente el legislador español con buen tino decidió derogar la centenaria figura compleja en el año 1995.

12.EL PLANTEAMIENTO DE SU INCOSTITUCIONALIDAD: ¿INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA O ARBITRARIEDAD EN SU INTERPRETACION?

Hay quienes sostienen que el art.165 es inconstitucional como el Dr. Daniel Adler¹⁰² quien manifiesta que esta norma es violatoria a los arts.14, 18, 28, 33 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional, en especial a los principios de legalidad, razonabilidad de las penas y culpabilidad.

El Dr. Adler entiende que el art.165 se ha convertido en un cajón de sastre donde van a parar cuantas muertes directa, indirecta o causalmente vinculadas con un robo se han producido, lo cual es gravado por los grandes esfuerzos dogmáticos para desentrañar los alcances de esta norma, que lleva a sanciones de la gravedad del art.165. Es hora de comenzar a sospechar sobre la legitimidad constitucional de la misma pues para casos en los cuales el homicidio es culposo o se le carga la muerte al compinche del homicida prevé una pena irrazonable y consagra un supuesto de responsabilidad objetiva.

Sigue diciendo el mencionado autor que el art.5 inc.6° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, lo cual es contradictorio con el art.165 que pena en forma excesiva a tal delito en especial cuando la tipicidad del homicidio es culposa, con lo cual es irrazonable la pena.

Pero lo central de esta postura - creemos - está en que el autor considera que la norma es también inconstitucional aún para los casos en que el homicidio sea doloso, pues la seguridad jurídica no puede depender sólo del criterio interpretativo de los jueces y la doctrina, máxime en normas con semejante pena. Con motivo u ocasión de robo han respondido penalmente los partícipes por la muerte de sus

¹⁰¹ Aunque como lo explica Bacigalupo también originaba desproporciones en relación a la normativa del Código Español en referencia a las 4 incisos del art.501 entre sí y el resto del Código. Op. Cit., p.251.

¹⁰² Posición que sostiene en un trabajo inédito de investigación de la UNMDP.



compinches en manos de la policía o los partícipes como coautores o los ejecutores de hechos culposos con penas propias de tipos culposos, lo cual no es admisible y razonable a la luz del principio de legalidad, razonabilidad de las leyes y de culpabilidad.

Por lo que concluye el autor que la falta de precisión típica, la ambigüedad semántica y falta de certeza legal resultan violaciones concretas al principio de legalidad por lo que debe declararse la inconstitucionalidad del art.165 del C.P.

Cabe acotar que en lo referente a la tipicidad culposa, el autor también puntualiza la violación al principio de culpabilidad y la atribución de una responsabilidad objetiva.

Dentro de esta posición merece un comentario aparte la postura de la Corte Suprema de la Nación en especial en la causa “Martínez”¹⁰³ y “Gómez”¹⁰⁴ donde se declaró la inconstitucionalidad del art.38 del decreto-ley N°6582/58 de automotores.

Los fundamentos de la mayoría del Tribunal Supremo fueron en síntesis los siguientes:

1- Que según la exposición de motivos de este decreto el objetivo perseguido por la norma era otorgar una especial protección a los vehículos automotores, dado que poseían un valor económico de importancia.

2- Que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

3- Que si bien no parece objetable “prima facie” que el legislador contemple el mayor valor económico de los bienes a los fines de otorgarle una protección especial, sí lo es el de haber circunscripto ese trato preferencial al caso de los automóviles, excluyéndose irrazonable y arbitrariamente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que poseen igual y aun mayor valor económico que aquéllos.

4- Que por otra parte la garantía de igualdad no exige del legislador una “simetría abstracta” ni tampoco una perfección matemática.

5- Que la norma en cuestión ha tenido como resultado que el acusado se le haya aplicado una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre los demás objetos muebles, sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple, debiéndose tomar en cuenta la jerarquía del bien jurídico protegido en este último caso, ya que la vida humana constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes.

6- Tales circunstancias ponen en relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts.28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado.

¹⁰³ JA, 1989-IV, ps.164 y ss. con nota de Francisco D’Albora.

¹⁰⁴ JA, 1989-IV, ps.170 y ss. con nota de Francisco D’Albora.



La minoría de la Corte Suprema sostuvo:

1- Que según el mensaje de elevación del art.38 del decreto-ley 6582/58 para elevar la escala penal de la figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos y el elevado valor económico que representaban buscándose revertir el incremento en las sustracciones que se efectuaban.

2- Que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es una acto de suma gravedad institucional ya que las leyes gozan en principio de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Únicamente cuando la repugnancia de la norma sea manifiesta, clara e indudable será pasible de la declaración de inconstitucionalidad.

3- Resulta propio del poder legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, de tal suerte que el único juicio que le corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

4- Que no se observa que la norma en cuestión lesione el principio de legalidad, ya que en ella se ha dado cumplimiento a la exigencia de “ley anterior” del art.18, al estar precisados los hechos punibles y las penas a aplicar.

5- Debe desestimarse el planteo referente a la conculcación de los principios de humanidad y personalidad de la pena pues no se establece que el art.38 del mencionado decreto establezca pena de tormento, azotes u otros sufrimientos derivados de su aplicación (Pensamos que esta interpretación de los principio de la humanidad y personalidad de las penas es demasiado escueta).

6- La norma no viola la garantía de igualdad pues ella no puede reconocerse en una forma rígida y absoluta, sino la igualdad para casos idénticos que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de los que se concede a otros en idénticas circunstancias, pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, que es lo que ocurre en el caso en cuestión pues la norma sólo establece una distinción objetiva referente a hechos y no a personas.

7- Que la mayor incriminación penal del robo de automotores reposa no sólo en el elevado valor económico de esos bienes y su movilidad sino en la mayor necesidad de prevención y en la especial circunstancia de desprotección en que se encuentran los automóviles.

8- El juicio de razonabilidad de las penas no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los delitos distintos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener como resultado de tal comparación la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes, pero de ningún modo cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad.



9- Que resulta claro que la única interpretación posible es la que el Tribunal ha buscado hacer derivando la razonabilidad de la ley penal de conformidad con las normas de mayor jerarquía constitucional que la fundan y limitan; la proporcionalidad de las penas no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige una mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho.

10- Que debe destacarse que el apelante intenta comparar una figura agravada con una figura simple, y no el robo de automotor con armas con el homicidio agravado, que prevé como única la superior sanción de reclusión o prisión perpetua (art.80 C.P.).

Dos años más tarde el mismo Tribunal con otra integración en la causa “Pupelis” se expidió por la constitucionalidad del art.38 del decreto-ley 6582/58 con fundamentos similares a los desarrollados anteriormente en el voto de la minoría.

No vamos a hacer un análisis específico del fallo, ya que ello se ha hecho seguramente en mejor forma por las notas publicadas por los Dres. D’Albora y Spolansky. Sin embargo hemos creído útil extraer los argumentos del más alto tribunal del país en materia de constitucionalidad, en un tema de cierta similitud que el que hemos venido desarrollando, y hacer notar que en primer lugar la minoría y luego la mayoría se preocupan por conservar la validez de las normas dictadas por el Congreso y que la declaración de inconstitucionalidad de las mismas debe hacerse como última ratio.

En resumen, la posición que plantea la inconstitucionalidad de la norma lo hace en base a los arts. 14, 16, 18, 19, 28, 31 y 33 de la C.N. teniendo en cuenta principalmente la violación al principio de legalidad.

Otra posibilidad que se presenta -a la cual adherimos- es la de declarar la inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria en el caso concreto, ya que la misma desvirtúa o distorsiona preceptos constitucionales mediante una incorrecta interpretación que de ella se hace. Lo que opinamos es, que frecuentemente en el caso concreto sucede que la errónea interpretación de los jueces y tribunales, considerando que hay responsabilidad por el delito complejo cuando el homicidio que se comete es a título culposo, o atribuyendo responsabilidades objetivas a los coautores o partícipes del robo; es lo que provoca que la sentencia sea arbitraria, y no la dificultad dogmática que presenta la norma o la falta de precisión típica. Pues de no pensar así habría que declarar la inconstitucionalidad de por lo menos un tercio del Código Penal, porque las normas son ambiguas o tienen dificultades semánticas o contradicciones entre sí u opiniones totalmente contrarias en la doctrina. Es cierto que este artículo ha dado enormes dificultades de interpretación pero también es cierto que en algunas sentencias se ha interpretado esta norma de una forma totalmente equivocada y desarmónicamente en torno al resto del Código Penal, a punto tal de que existen sentencias que consideran autor de robo con homicidio a quienes cometen un robo, y sin tener nada que ver en el homicidio se les imputa la muerte de un compinche en manos de la policía o de la propia víctima; ello escapa a todo criterio razonable y de todo plano de discusión medianamente coherente, pues ni el tipo penal



lo dice, ni surge del juego armónico del Código penal. ni surge tampoco de los principios constitucionales que imperan en el derecho penal.

Entonces, ¿la equivocada o errónea interpretación de los jueces debe solucionarse con la inconstitucionalidad de la norma?. Más allá de que la misma tenga dificultades en la interpretación y de que sea aconsejable su derogación por vía legislativa como lo pregonamos. Obviamente que no es necesaria la declaración de inconstitucionalidad porque entre varias interpretaciones posibles podemos elegir la que más resguarde los principios constitucionales y que a la vez conserve ciertas pautas de razonabilidad, cosa que hemos tratado de hacer en la exposición de este libro con numerosos errores seguramente pero tratando de que el art.165 sea lo más razonable posible al sostener por ejemplo que el único homicidio que se incluye es el doloso o que la tentativa del complejo no es posible.

En unas pocas palabras ¿será necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 165 cuando por ejemplo se pena al coautor del robo como responsable del complejo por el homicidio culposo de la víctima en perjuicio de un compinche suyo? o ¿no será más acertado preguntarse si esa sentencia que ha dictado el juez o tribunal no viola principios constitucionales y principios reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art.75 inc.22) como el de razonabilidad de las penas, el de culpabilidad, el de igualdad ante la ley y tribunales de justicia, el de supremacía constitucional de los tratados por sobre las leyes, etc.?

Pues si cada vez de que existen varias interpretaciones totalmente disímiles de una normas vamos a declarar la inconstitucionalidad de la misma nos quedaríamos con cien o ciento cincuenta artículos en nuestro código de fondo. Nadie declararía la inconstitucionalidad del homicidio simple si mañana a un juez se le ocurriría penar con dicha norma al médico que negligentemente mata a quien está operando o al automovilista que circula prudentemente y no obstante embiste y mata a un peatón, pues tal sentencia es arbitraria en su concepción y de manera alguna podemos hablar de que el art.79 del C.P. sea inconstitucional.

Es por ello que creemos que una solución posible es declarar la inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria cuando por ejemplo su interpretación sea irrazonable, viole el principio de culpabilidad, haya una desproporción manifiesta en materia punitiva, se viole el principio de igualdad, etc.

Néstor Sagües¹⁰⁵ dice que algunas veces la Corte Suprema ha dicho que la inconstitucionalidad investigada puede derivar de dos razones: a) porque la norma infraconstitucional sea, en sí, opuesta a la Constitución Nacional (norma inconstitucional), b) porque la interpretación (“inteligencia” o “entendimiento”) de esa norma, tal como consta la resolución impugnada por medio del recurso extraordinario, se halle en conflicto con la Ley Suprema (interpretación inconstitucional). Esta doble posibilidad de cuestionar la constitucionalidad ha sido objetada por Imaz y Rey y aceptada por Strohman dice el constitucionalista adhiriendo a éste último.

¹⁰⁵ Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, 2ª edición, Edit. Astrea, Bs. As. 1989, t.II, ps.136/37.



La tesitura de Imaz y Rey no ha tenido mayor éxito ante la aparición de la doctrina de las sentencias arbitrarias que generan una cuestión federal y que es una sentencia inconstitucional que vulnera los principios constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio. Podemos hablar en este caso de una cuestión federal constitucional directa (una sentencia colisiona con la constitución).¹⁰⁶

Creemos que en el caso del art.165 la arbitrariedad puede aparecer generalmente por cuatro motivos: 1) Apartamiento inequívoco de la solución normativa para el caso. 2) Sentencias que exceden el límite propio de la razonabilidad (quizás el caso más frecuente) 3) Carencia de fundamentación. 4) Fallos que padecen omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que los invalidan como actos judiciales, o de groseros errores jurídicos.¹⁰⁷

Para terminar recordemos que la propia Corte de la Nación ha dicho que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una “interpretación constitucional” de la ley, si existen varias interpretaciones posibles como ocurre en el art. 165 debe adoptarse la que preserva y no la que destruye.¹⁰⁸

Es por ello que creemos que la interpretación que hemos desarrollado sobre el delito complejo resguarda plenamente los principios constitucionales sobre todo en materia de tipicidad, tentativa y participación criminal. Claro está que si una cuestión es opinable, por ese solo hecho no se puede generar la arbitrariedad, siempre y cuando no se aparte de los principios, derechos y garantías reconocidos en la C.N.

Por ejemplo podríamos discutir si el art. 165 admite o no el dolo eventual pero no se puede discutir que la inclusión del homicidio culposo o de las muertes fortuitas en el complejo implican una atribución de responsabilidad objetiva en nuestro derecho penal violatoria de la C.N.

Por lo tanto opinamos que en general las sentencias que atribuyen como integrante del complejo a las muertes fortuitas como la del compinche del robo en manos de la policía, o la atribución del complejo en el caso de que el homicidio sea culposo o preterintencional violan los principios de igualdad, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y supremacía todos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. (arts. 16, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc.22° de la Constitución Nacional; art.11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 7, 10 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; arts. art. 5 inc.3° y 8 inc.2°, 7, 8, 9 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.)¹⁰⁹

¹⁰⁶ Cf. Sagües, Op. Cit. p.157.

¹⁰⁷ Ver Sagües, en lo referente a las clases de interpretación arbitraria que se pueden presentar como por ejemplo la inexacta o la elusiva. Op. Cit. p.258 y ss.

¹⁰⁸ LL. 105-161.

¹⁰⁹ En un criterio similar se ha expresado recientemente Gustavo L. Vitale en las Jornadas del 75° Aniversario del Código Penal, quien sostuvo en su ponencia titulada “Estado Constitucional y Derecho Penal” que la pésima redacción acordada al tipo penal y la errónea interpretación meramente literal que muchos jueces han efectuado de su texto han dado lugar a criterios verdaderamente sorprendentes, por la magnitud de las afectaciones a los derechos humanos que se vienen produciendo. Por otra parte concluye Vitale que este tipo de interpretaciones prioriza el patrimonio sobre la vida distorsionando así la jerarquía constitucional de los valores en juego; en Teorías Actuales en el Derecho Penal, Edit. Ad-Hoc, Bs.As. 1998. Ps.97/98.



13 .A MODO DE SINTESIS.

Entendemos que el término latrocinio se está refiriendo a una de las modalidades del homicidio “criminis causa”, es decir el que se comete para robar. En cambio el art.165 regula el homicidio con motivo u ocasión de robo, en el cual no existe una preordenación en el homicidio.

El bien jurídico prevalente en este delito es la vida, siendo su naturaleza jurídica la de un delito complejo.

El origen legislativo del art.165 es español (CPE. 1870, art. 516 inc.1º), mientras que la fuente del art.80 inc.7º es italiana (CPI.1889, art.366 inc.5º y 6º); sistematicas totalmente diferentes e incompatibles que se copiaron en nuestro Código Penal de 1922, que inicia el sistema de la doble vía.

El tipo objetivo se compone de una conducta de apoderarse de una cosa mueble total o parcialmente ajena, ya sea con fuerza en las cosas o violencia en las personas (robo) y otra conducta que consiste en matar a otro ser humano (homicidio), siempre que en cada caso medie un nexo causal y además una relación típica de conexión entre el robo y el homicidio.

También hay que recalcar que es necesario que el homicidio se produzca en el contexto del robo, respetando siempre las características propias de cada uno como si se trataran de tipos penales independientes.

En lo referente al tipo subjetivo el agente debe conocer los elementos normativos (robo y homicidio) con todas sus características. En lo que concierne al dolo es menester que ambas conductas sean dolosas, admitiéndose tanto el dolo directo, indirecto como el eventual.

No quedan comprendidos en el delito complejo los homicidios culposos, preterintencionales o en riña, como así tampoco los agravados del art.80.

En materia de distinción quedan incluidas en el art.165 todas las conductas ocasionales, o como la llaman algunos incidentales (pero nunca preordenadas) en las cuales el actuar es siempre a título doloso; quedando en el art.80 inc.7º todos aquellos homicidios preordenados (ya sea en forma premeditada, reflexiva o simplemente resuelta) con dolo directo únicamente. En este último caso el autor mata para o por algunos de los motivos que establece la ley, acreditándose un elemento subjetivo específico -impensable en el art.165- que es incompatible con un dolo eventual. Todo esto pensamos que surge de una adecuada interpretación de los antecedentes históricos, de una correcta sistemática y del respeto a los derechos y garantías constitucionales.

En lo que hace a la autoría y participación criminal es criticable la posición de un sector de la jurisprudencia, en donde se encuentra la SCBA, que castiga conforme el art.165 conductas en las cuales el autor del robo no tuvo ningún tipo de participación ni responsabilidad en el homicidio, como por ejemplo los casos en que muere el “compinche” del robo en manos de la propia víctima o de un agente policial, y se le aplica la pena del complejo al otro coautor. Esta interpretación implica caer en un versarismo y se opone abiertamente a garantías constitucionales y principios elementales de un derecho penal moderno respetuoso del Estado de Derecho.



En materia de tentativa hemos adoptado una postura particular al considerar que no sólo no se puede admitir la tentativa en este delito, sino además que únicamente se puede originar cuando el robo y el homicidio se han consumado, pues en caso contrario y pese a haber dolo en ambas conductas se debe resolver por las reglas del concurso real.

Por último entendemos que la norma en cuestión no es inconstitucional, pues dentro de las diferentes interpretaciones posibles, podemos adoptar aquella que no lesione derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional. No obstante de lege ferenda propugnamos que se derogue esta disposición y punir todos los casos según las reglas del concurso, lo cual a los efectos de la graduación de la pena es mucho mas justo y conveniente.