

EL ROBO CON HOMICIDIO (ART. 165, CODIGO PENAL)

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La figura delictiva del *robo con homicidio* se halla contemplada por el artículo 165 del Código Penal; cuyo texto, recordamos, establece que “Se impondrá reclusión o prisión perpetua o reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio”.

Este delito ha tenido una variada evolución legislativa. El primer Código Penal argentino sancionado por el Congreso de la Nación (ley 1920 del año 1886), basado en el Código Penal español de 1870 (art. 516, inc. 1º, y éste en su predecesor de 1848, art. 425, inc. 1º), dispuso en el título de los delitos contra la propiedad que “el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con presidio por tiempo indeterminado o por 10 a 15 años: 1) Si con motivo u ocasión del robo resultase un homicidio” (art. 187). Este ordenamiento, asimismo, nada decía sobre el homicidio agravado *criminis causa* que, sabemos, ocurre “Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (art. 80, inc. 7º, Código Penal).

El Proyecto de Código Penal de 1891 (Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo), en cambio, tras mantener este tipo de robo (art. 200, inc. 1º) y reducir sen-

siblemente su penalidad (3 a 15 años de presidio), postuló además la figura del homicidio *criminis causa* (art. 111, inc. 4º), de redacción muy semejante a la actual arriba transcripta; inspirándose la Comisión, sabemos, aunque en verdad nada dijo al respecto, en el Código Penal italiano de 1889 (art. 366, incs. 5º y 6º). El Proyecto, asimismo, determinaba para el homicidio simple, recordamos, una pena de 10 a 25 años de penitenciaría (art. 110), como presuponiendo, para fijar una pena tan baja en el *latrocinio* (actual art. 165, Código Penal), que el homicidio se cometía allí un tanto culposa o preterintencionalmente. Explicando la diversidad de ambas modalidades, la Comisión de 1891 acotaba respecto de este robo con homicidio que “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 caso de que el homicidio fuese medio de consumir 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 nº 4 del artículo 111, removiendo toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión. Si estas razones valen para el caso más grave no hay por qué insistir en cuanto a los otros dos” (p. 185 de la edición oficial).

Con posterioridad, la ley 4189 (año 1903) de reformas al Código Penal introdujo una variante fundamental puesto que derogó el artículo 187 citado del código de 1886, para implantar, en cambio el homicidio “conexo” (art. 17, inc. 3º, “b”), con redacción similar a la ahora vigente (art. 80, inc. 7º).

El Proyecto de 1906 (fuente directa del texto actual), a cargo de Rodolfo Rivarola, Francisco Beazley, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía, conservó al homicidio *criminis causa* y reincorporó al robo calificado por muerte, con pena idéntica a la del homicidio simple (10 a 25 años de penitenciaría), a través de sus artículos 83 y 180, respectivamente; este Proyecto de 1906, sin embargo, nunca fue tratado por el Congreso de la Nación.

El Código Penal de 1921 (ley 11.179), siguiendo al Proyecto de 1917 (Comisión presidida por Rodolfo Moreno), estatuyó a ambas figuras simultáneamente, imponiendo prisión perpetua para el homicidio *criminis causa*, 10 a 25 años para el *latrocinio* (nuestro actual art. 165) y 8 a 25 años para el homicidio simple. Respecto de las concordancias, se citaron los códigos penales alemán (art. 251); húngaro (art. 349, *in fine*); belga (art. 474); español (art. 516, inc. 1º); chileno (art. 433, inc. 1º); Proyecto de Carlos Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, parágrafo 1, art. 1º; Proyecto de Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y José Agustín García (art. 313); Código Penal de 1886 (art. 187, inc. 1º); Proyecto de 1891 (art. 200, inc. 1º); Proyecto de 1906 (art. 180).

El Proyecto de Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez (año 1937) propuso en su momento, recordamos, sistematizando solamente el homicidio *criminis causa*, que “Se impondrá reclusión perpetua al que matare a otro en alguno de los siguientes casos... 3º Cuando el delito se cometiere para preparar, facilitar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para un tercero, o por no haber obtenido el resultado que se propuso al cometer el otro delito” (art. 116).

José Peco, por su lado, en su proyecto del año 1941 propugnó que “Se aplicará privación de libertad perpetua, o privación de libertad de diez a veinticinco años, si concu-

rriesen circunstancias importantes de menor peligrosidad, al que matare a otro en alguno de los casos siguientes: ...6° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito; asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haber podido conseguir el fin propuesto con el delito anterior” (art. 112).

El proyecto de Sebastián Soler del año 1960, análogamente, sanciona con reclusión perpetua al que matare “...8° Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar su resultado o procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, consiguiendo así únicamente al homicidio *criminis causa* (art. 111, inc. 8°, conforme un texto muy similar, vemos, al del art. 80, inc. 7°, Código Penal).

Todo este periplo de reformas, por último, llega a nuestros días con el decreto-ley 4778/63. (art. 8°), ratificado por ley 16.478, que abrogó la disposición en todos sus términos; recobrando la misma su vigencia a través de la ley 16.648 del año 1964, que en artículo 1° derogó la muy poco anterior reforma al Código Penal relacionada.

Allí se consolidó, en suma, el actual texto, salvo la modificación efectuada por la ley 21.338 (año 1973) que introdujo la pena alternativa de “reclusión o prisión perpetua”, agravando así, notoriamente, la posible sanción al hecho (arribando la pena a una fórmula que podríamos llamar “mixta”, en relación a los homicidios simple y calificados contemplados por los artículos 79 y 80 del Código Penal).

II. DERECHO COMPARADO

Son numerosos los ordenamientos extranjeros que sistematizan por separado al homicidio *criminis causa* y al robo con homicidio, tal como se ha estructurado en el Derecho argentino.

Así por ejemplo, el Código Penal brasileño: "...Si el homicidio se comete: ...Para asegurar la ejecución, la ocultación, la impunidad o ventajas de otro delito" (art. 121, 2º, V, y art. 157, 3º).

El Código Penal boliviano, por su lado, establece que "Son asesinos: los que matan a otra persona ...7º Con el fin de cometer cualquier otro delito o con el de castigar la resistencia que en la ejecución de éste oponga la persona asesinada, o con el de impedir que estorbe o embarace la misma ejecución, o que lo descubra, o detenga al delincuente después de cometido"; y "Los salteadores y ladrones que de cualquier modo maten para robar o hurtar o en el acto de hacer el robo o hurto, o después para encubrirlo o salvarse, serán castigados como asesinos..." (arts. 483 y 488).

El Código Penal colombiano: "El homicidio toma la denominación de asesinato... si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere ...Para preparar, facilitar o consumir otro delito" (art. 363, 3º).

El Código Penal costarricense: "... Al que matare a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o sus cooperadores" (art. 184, 3º).

El Código Penal ecuatoriano: "Es asesinato... el homicidio que se comete... como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito; o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber tenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible" (art. 426, 9º, texto de acuerdo con la ley de 16 de noviembre de 1940).

El Código Penal panameño: "...Para preparar, facilitar, o consumir otro delito, aunque este último no se consume". "Inmediatamente después de haber cometido otro delito, para asegurar el proyecto deducido de él, o porque no se pudo alcanzar el fin propuesto, o para ocultar el delito o suprimir sus huellas, o para procurar de cualquier otro modo la impunidad del culpable mismo o de un tercero" (art. 313, e) y f).

El Código Penal paraguayo: "...Para robar, transportar o defender la cosa sustraída, procurarse la impunidad o por no haber podido realizar el fin propuesto" (artículo 338, 3°);

El Código Penal de Puerto Rico: "Todo asesinato... cometido al perpetrarse... robo" (art. 201).

El Código Penal uruguayo: "...Para preparar, facilitar o consumir otro delito, aun cuando éste no se haya realizado". "Inmediatamente después de haber cometido otro delito, para asegurar el resultado, o por no haber podido conseguir el fin propuesto, o para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes" (art. 312, 4° y 5°).

El Código Penal cubano, asimismo, se enrola en estas tendencias dicotómicas (arts. 431, inc. 7°, y 517, inc. 1°).

Otros ordenamientos, a semejanza de la legislación española que relacionáramos en cuanto a los antecedentes legislativos argentinos, contemplan genéricamente esta figura del homicidio resultante del robo: el Código Penal chileno: "El culpable de robo... etcétera... "Cuando con motivo u ocasión de robo resultare homicidio" (art. 433, 1° y ley 5507 de noviembre 9 de 1934); el Código Penal guatemalteco: "El culpable de robo... etcétera... Cuando con motivo u ocasión de robo resultare homicidio..." (art. 383, 1°); el Código Penal hondureño: "El culpable de robo... etcétera... cuando con motivo u ocasión de robo resultare homicidio" (art. 499, 1°); el Decreto mejicano sobre salteadores de caminos o en despoblado, de octubre 7 de 1943: "Se castigará... al salteador en camino o en despoblado. ... Si comete homicidio" (art. 1°, a); el Código Penal salvadoreño: "El culpable de robo... etcétera... cuando con motivo u ocasión de robo resultare homicidio" (art. 457, 1°); el Código Penal nicaragüense: "El robo... etcétera... Si con motivo u ocasión de robo resultare homicidio" (art. 469, 1°).

El Código Penal francés (art. 304, conforme texto ley 28 de abril de 1832), a su turno, dispone que “El homicidio llevará consigo la pena de muerte, cuando haya precedido, acompañado o seguido a otro crimen. El homicidio llevará consigo igualmente la pena de muerte, cuando haya tenido por objeto sea preparar, sea facilitar o ejecutar un delito, sea favorecer la fuga o asegurar la impunidad de los autores o cómplices de ese delito”. Esta ley francesa, además, fue, recordamos, fuente directa del Código Penal haitiano: “El homicidio llevará consigo... cuando haya precedido, acompañado o seguido a otro crimen o delito” (art. 249), y del Código Penal dominicano: “El homicidio se castigará... cuando su comisión preceda, acompañe o siga a otro crimen” (art. 304, conforme texto de la ley 896, del 26 de abril de 1935).

El Código Penal español estatuye que “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado: 1º Con la pena de reclusión mayor a muerte, cuando con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio” (art. 501). Y el Código Penal italiano, por su lado, prevé en su artículo 576, inciso 1º, al homicidio perpetrado “con el concurso de alguna de las circunstancias indicadas en el número 2) del artículo 61”, considerando en esta última norma como circunstancia agravante común el “haber cometido la infracción para realizar u ocultar otra, o para conseguir o asegurar para sí mismo o para otras personas el producto, el provecho o el precio o la impunidad de otra infracción”.

Y el Código Penal alemán, por último (conforme las reformas de 1941 y de 1953), sabemos, establece que “El asesino será castigado con reclusión perpetua. Es asesino el que mata a un hombre... o para posibilitar u ocultar otro hecho punible” (art. 211) (1).

(1) Antecedentes históricos y de Derecho comparado de esta figura que nos ocupa pueden verse en Raúl Pedro Granoni, voz *Latrocinio*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bs. As., 1978, t. XVII, p. 827; Rodolfo Moreno (h), *El*

III. TERMINOLOGIA

Considerando que estamos en presencia de un delito contra la propiedad en el que accidentalmente se consuma un homicidio, la denominación común de “robo con homicidio”⁽²⁾ asoma como la más didáctica aunque, tal como veremos luego, la fórmula puede llegar a padecer ciertos defectos científicos (por ejemplo en cuanto a si este *nomen iuris* comprende o no al hurto, si debe tratarse de un robo consumado o basta que sea tentado, etc.). De todos modos, es clásica aquí, sabemos, la denominación de *latrocinio* (del latín *latrocinium*).

Esta voz “latrocinio”, empero, en cuanto pretende designar al robo con homicidio que nos ocupa, escapa y bastante a su semántica común; que es la de “Hurto o costumbre de hurtar o defraudar en sus intereses a los demás” (*Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, Madrid, 1970, p. 789).

Algunos autores antiguos, incluso, sin descartar a este “latrocinio” prefieren al término también castizo de “ladrocinio”⁽³⁾, no faltando tampoco fuentes que llaman *latro-*

Código Penal y sus antecedentes, Bs. As., 1923, t. V, p. 135; Jorge D. López Bolado, *Los homicidios calificados*, Bs. As., 1975, p. 263; Ricardo Levene (h), *El delito de homicidio*, Bs. As., 1977, p. 271; Enrique Ramos Mejía, *Estudios de Derecho penal*, Bs. As., 1947, p. 221; ¿*Homicidio agravado o robo con homicidio?*, en J.A., 1946-IV-734; Eugenio Cuello Calón, en su *Derecho penal. Parte especial*; Barcelona, 1975, t. II, p. 871, comenta el texto del Código Penal español (art. 501, 1º), prácticamente idéntico, aquí, al argentino.

(2) Fórmula empleada, vg., por Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*, Bs. As., 1969, t. V, p. 504; Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1970, t. IV, p. 256; Ricardo C. Núñez, *Delitos contra la propiedad*, Bs. As., 1951, p. 210; Justo Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal*, Bs. As., 1979, vol. II, p. 64, bien que empleando asimismo la fórmula, indistintamente, de “robo calificado por homicidio”. La expresión “robo seguido de homicidio”, también habitual, es defectuosa ya que no necesariamente ese ha de ser el orden cronológico de los hechos. Mario M. Mallo emplea la fórmula “homicidio con ocasión de robo” (*Código Penal argentino*, Bs. As., 1951, t. III, p. 57).

(3) Vide ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1875, p. 837.

cinio a lo que nosotros conocemos como homicidio *criminis causa* o *por conexión* (art. 80, inc. 7º, Código Penal) (4).

IV. CONCEPTO; DISTINCIONES CON EL HOMICIDIO CALIFICADO "CRIMINIS CAUSA"

El Derecho argentino, al contemplar el homicidio agravado por conexidad (art. 80, inc. 7º, Cód. Penal) y este robo con homicidio que nos ocupa (art. 165, Código Penal), impone una adecuada distinción de ambas figuras. Así, un mismo hecho podría en abstracto encuadrar en una u otra modalidad delictiva; sólo el aspecto subjetivo, fundamentalmente, señalará la diferencia del caso, obviamente que sensible, por de pronto, en orden a la pena a aplicar.

En este orden de ideas, la doctrina tradicional ha sentado, correcta y sintéticamente, que si el agente ha matado para robar el hecho es homicidio calificado *criminis causa* o por conexidad con otro delito (art. 80, inc. 7º, Código Penal); pero si al robar ha matado, el hecho debe ser juzgado como el robo calificado o con homicidio que prevé el artículo 165 de la ley de fondo (5).

La carga subjetiva del autor, así, será la determinante de que un hecho quede atrapado por una figura u otra. Comparando las dos normas que hemos relacionado, puede sostenerse que "la regla es que corresponden a la primera los casos en los cuales el ladrón ha vinculado ideológicamente el homicidio con el robo, sea como medio para cometerlo, ocultarlo, asegurar sus resultados o su impunidad, sea como

(4) Se trata, en verdad, de la terminología carrariana, que define al *latrocinio*, recordamos, como "omicidio commesso per fine di lucro", con elementos esenciales: "cioè il lucro come fine; la uccisione come mezzo" (*Programma del Corso di Diritto Criminale*, Florencia, 1925, *Parte speciale*, vol. I, p. 293); también denominan "latrocinio" a nuestro homicidio calificado (art. 80, inc. 7º, Cód. Penal) Granoni, *op. y loc. cit.*; Núñez, *op. y loc. cit.*

(5) Ver Digesto La Ley, t. VI, p. 720, sum. 720. Diversa casuística jurisprudencial, asimismo, en Carlos J. Rubianes, *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, ts. 2-5. Marcelo R. Valotta, *Delitos cometidos con ocasión del robo*, en La Ley, 152-630.

manifestación de despecho... Por el contrario, el artículo 165 comprende los homicidios que son un resultado accidental de las violencias (comprendido el uso de medios hipnóticos o narcóticos, C. P. art. 78) ejecutadas con motivo u ocasión del robo. El homicidio es aquí un suceso eventual que altera el designio del ladrón y que resulta, o de las violencias físicas ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o para preparar su impunidad; o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón (*verbi gratia*, si la reacción de la víctima del robo motivó la violencia defensiva del ladrón); o, en fin, de las violencias desenvueltas por la víctima o terceros a raíz de las violencias del autor, pues la ley, a diferencia de lo que dispone respecto de las lesiones (art. 166, inc. 1°), no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucho más amplitud, que el homicidio resulte del robo. El tipo del artículo 165 es incompatible con la preordenación del homicidio respecto del robo..., pero no lo es con el dolo del homicidio simple” (6).

Analizando sobre todo desde el punto de vista histórico la estructura compleja o pluriofensiva (delito contra la persona y contra la propiedad) de este robo con homicidio y su comparación con el homicidio por conexión, el doctor Jacinto A. Malbrán en su momento, en voto en minoría, señalaba en sentencia que urge recordar: “La contradicción legal, dije en mi voto en disidencia causa ‘Blanco y otro’, de fecha 2 de julio de 1946, siguiendo el voto en disidencia del doctor Alegre en su sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 14 de noviembre de 1940, se explica por la distinta afiliación que tienen ambas disposiciones y por la interpretación que se ha dado al ar-

(6) NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1967, t. V, ps. 230-231. En cuanto al homicidio como modalidad preterintencional, ver Roberto A. M. Terán Lomas, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., 1980, t. II, ps. 25 y sigtes.

título 200 del *Proyecto* de 1891, considerado erróneamente como antecedente legal del actual artículo 165.

“El artículo 80, inciso 3º (*recuerde ahora el lector que dicho inciso equivale al 7º actual*), que ya existía en el Código Penal francés de Luis Felipe, del 28 de abril de 1832 (art. 304), tiene por antecedente más directo, según Raffo de la Reta, al artículo 366 del Código italiano (t. II, p. 136) y ateniéndonos a las normas de la doctrina a ese respecto, Crivellari dice (t. VI, p. 472, nº 19) que esta agravante se inspira en el fin que el culpable se ha prefijado; el lucro como fin propuesto y el homicidio como medio, conclusión a la que se ajusta Carrara (cap. 1186).

“La del artículo 165 viene del Código de 1886, que lo reprimía con pena paralela a presidio por tiempo indeterminado o de 10 a 15 años tomando la disposición de los códigos españoles de 1850 (art. 425, inc. 1º), donde se lee ‘será condenado a muerte si con motivo u ocasión del robo resultara un homicidio’ y de 1879 (art. 516, inc. 1º). Fue incorporado al *Proyecto* de 1891, manteniendo la definición legal del delito, con una modificación, que ha sido indudablemente la causante de la confusión que ha traído a la jurisprudencia la interpretación de la norma actual, la que se aparta de su modelo, al considerarse generalmente, tanto por la doctrina nacional como por la jurisprudencia, que el artículo 165 debe ajustarse al criterio de la *Exposición de Motivos* del *Proyecto*, cuando es precisamente el único que no puede ser tenido en cuenta, porque responde a una orientación que ha sido desechada por el legislador actual, apartándose por completo del antecedente nacional de 1886 y del extranjero.

“En la *Exposición de Motivos* (p. 161, ed. oficial), la comisión explica la modificación que ha hecho al antiguo artículo 187 del Código de 1886, aclarando respecto del caso más grave de los enunciados por él ‘si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio’, que la nueva disposición

que se introduce (art. 200) se refiere al caso de que el homicidio fuera un resultado accidental del robo y no al de que fuera un medio de consumarlo, ocultarlo o asegurar sus resultados o la impunidad, porque 'para estos casos la disposición del artículo 111, inciso 4º (análogo al art. 80, inc. 7º actual), resuelve toda duda que pudiera suscitarse', y dice después, 'referida la disposición a un caso accidental es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza o inflexibilidad, dándole la expresión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley pueda prever con precisión'.

"La pena la limitaron entre los tres y los quince años de penitenciaría.

"Indudablemente la Comisión del 91 legisló el homicidio en ocasión del robo, creando en realidad una figura nueva para referirla exclusivamente a un caso accidental o lo que es lo mismo a la muerte por culpa o imprudencia o con dolo preterintencional en que habrían incurrido los autores.

"Pero este criterio fue implícitamente desechado al legislarse primero la Ley de Reformas 4189, de 1903 que derogó posiblemente con buen criterio en su artículo 22 al artículo 187, inciso 1º del Código de 1886, sin considerar la innovación propuesta por los proyectos de 1891. De este modo la figura del homicidio del artículo 200 del último proyecto desapareció, puniéndose el homicidio en robo con arreglo a las normas generales del artículo 17.

"El de 1906 y luego el de 1916 incluyeron de nuevo la figura especial, pero sin explicaciones elevando la pena fijada por el proyecto del 91 a 10 años de prisión como mínimo y 25 años como máximo, superior al mínimo del homicidio simple del actual artículo 79.

"Como se ve, la figura de 1891, tal como fue concebida, ha sido extendida, comprendiendo el actual artículo 165 a todos los homicidios con motivo u ocasión del robo, sean culposos, preterintencionales o dolosos, por cuanto el *maximum* de la pena de veinticinco años así lo demuestra.

“De lo expuesto se aprecia la distinta interpretación que puede darse a esta última disposición.

“a. Por un criterio restrictivo de interpretación la norma comprende sólo el homicidio accidental (*Proyecto* de 1981).

“b. Por un segundo criterio —máximo— la disposición comprende todos los casos de homicidio en robo, aun los reflexivamente preparados por el delincente.

“c. Por un criterio intermedio, que a mi juicio es el que debe prosperar, se distinguen dos soluciones: 1º) Si el homicidio es preordenado al robo y se comete como medio del evento lúcro, con el mayor desprecio por la vida humana, corresponde claramente el tipo del artículo 80, inciso 7º; 2º) Si la muerte es un resultado previsible pero eventual que no ha entrado en los planes del autor del robo, debe reprimirse conforme al artículo 165.

“Cuando el delincente obra movido en realidad por un dolo indeterminado, la acción homicida no está excluida del pensamiento inicial, no obstante tratarse de un evento previsible, pero tampoco se trata de un acto premeditado sancionado expresamente por el artículo 80 y, en todo caso, la extensión de la pena del artículo 165 permite una adecuada represión” (La Ley 50, 1, con nota a fallo de Ricardo C. Núñez que elucida cuestiones de absorción y de concurso real, titulado *Calificación del homicidio por el hurto*).

Cuando esta resbaladiza figura del artículo 165 del Código Penal comenzó a ser estudiada por la doctrina, se vio al homicidio cometido durante el robo como una “consecuencia accidental”, tal como parecía postular la *Exposición de Motivos del Proyecto* de 1891, que ya hemos recordado precedentemente. Así, Moreno (7), Díaz (8), González (9), Gómez (10)

(7) *Op. cit.*, p. 135.

(8) DÍAZ, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1928, p. 354.

(9) GONZÁLEZ, Juan F., *El Código Penal y la jurisprudencia*, Bs. As., 1934, t. II, p. 99.

(10) GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, Bs. As., 1940, t. IV, p. 136.

y Oderigo (¹¹), entre otros, se pronunciaron por esta hermenéutica.

Fue Ramos, de todos modos, uno de los primeros en preguntarse algo esencial: los alcances del término "homicidio" dentro de este artículo 165 del Código Penal (¹²). El tema padece aquí lo suyo de vidrioso.

Por empezar, pensamos que la víctima del homicidio en cuestión sólo se concibe sean el sujeto pasivo del robo o sus allegados físicamente próximos o las personas que salen en defensa de la víctima (relación ideológica).

Es que el agente, cuando procura consumar el robo base de la figura, concibe o debía concebir de alguna manera (por ejemplo a título de dolo eventual o de culpa con representación) el resultado "muerte". Así, si asalta a punta de revólver o con violencia física a un anciano, o a quien sabe cardíaco, etc. Pero lo que importa en este orden de cosas es que el resultado fatal haya sido de alguna manera previsible: quien arranca una cartera a una joven que fallece de un síncope por la impresión perpetra únicamente un robo (art. 164, inc. 2º, Código Penal), asomando como impune el resultado insólitamente letal. Es decir, el autor, aunque no haya preordenado el crimen homicida (caso del art. 80, inc. 7º), debe de alguna manera imaginarse que su acción, que su delito contra la propiedad, puede desembocar, por fatalidad, en una consecuencia de muerte: sea porque quizás deba emplear su arma para repeler una legítima agresión de la víctima, sea porque la violencia física que va a imprimir a su gestión puede también acarrear un occiso. De lo contrario, estamos en el terreno de lo atípico.

Ello no significa que descartemos a la posibilidad del homicidio culposo; por ejemplo al asaltar y huir, al agente se le escapa un disparo de consecuencias mortales; siempre en relación a las posibles víctimas que hemos señalado, ya

(¹¹) ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, Bs. As., 1957, p. 236.

(¹²) RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho penal*, Bs. As., 1937, t. V, p. 186.

que si se trata de otras tenemos únicamente un concurso material entre un robo y un homicidio culposo (art. 84, Código Penal). De allí que no conforme la opinión de Laje Anaya cuando apunta que si “incluso por imprudencia, uno de los sujetos mata a su compinche, esa muerte transforma al robo en robo con homicidio” (13).

En efecto, pensamos que no: allí habría solamente hechos independientes propios del concurso real (art. 55, Cód. Penal): un robo (simple o calificado, conforme sus modalidades) y un homicidio culposo. Pero nunca el tipo del artículo 165 del Código Penal.

Esta inteligencia de la figura que comentamos posiblemente lleve lo suyo de heterodoxa. Pero se basa, urge acotar, en la teoría de la culpabilidad penal. No se nos escapa que el Código Penal determina ciertas figuras de mera responsabilidad objetiva en donde sólo importa el resultado (vg. homicidio o lesiones en riña, art. 95). Y tampoco podemos dejar de reconocer que el artículo 165 es notoriamente hospitalario al emplear el verbo “resultare”, como si lo único que le importara a la norma para funcionar es el resultado “muerte”, cualquiera haya sido la causa.

Sin embargo, reiteramos, el caso más común hace trepidar esta dogmática: el autor arrebató una prenda a una joven a quien no conoce en plena calle, y la misma fallece en el acto de un síncope (no tiempo después, puesto que allí se interrumpiría la relación de causalidad).

Si el agente conocía la cardiología de su víctima, obviamente que podía y debía representarse el resultado letal, y entonces deviene evidente el encuadramiento del hecho en esta figura del robo con homicidio. Pero quedemos en el caso de que no la conocía: ¿hay allí un “homicidio”? Ya hemos aceptado que la ley, al hablar de “resultare”, atiende —parece— más a lo objetivo que a lo subjetivo. Pero también advertimos que la palabra “homicidio” tiene para el Código Penal una insoslayable carga de dolo, puesto que en los tipos

(13) *Comentarios... cit.*, p. 68.

penales que prevén la muerte preterintencional o culposa nunca se utiliza ese término (arts. 82, 84, 85 incs. 1º y 2º, 106, 107 y 124, Código Penal).

Así las cosas, en este dolo adventicio del artículo 165 el agente debe de alguna manera imaginar el resultado fatal, y serle el mismo indiferente; y si la muerte de la víctima ocurre fuera de toda previsión o razonabilidad (vg. asustado por el asalto tropieza, cae y se desnuca), no pensamos, concluimos, que puede operar un tipo legal tan drástico y severo como el abordado. Pero ello no quita, cabe señalar, que la cuestión sea realmente opinable, y que común interpretación dogmática que se atiene solamente a un resultado objetivo (con prescindencia de la entidad y de la razonabilidad de las relaciones causales) es bien defendible atento al texto de la norma; pero quizás esta interpretación se vería más prevalente si la redacción final del art. 165 dijera “resultare una muerte”.

En cuanto a la inserción de las fórmulas “motivo u ocasión” (14), es cierto que también coadyuvan a la teoría de la responsabilidad objetiva prescindente de la culpa subjetiva. Conformándose, en suma, un tipo penal breve pero de espectro interpretativo sumamente conflictivo (15).

V. HURTO Y ROBO TENTADO

La redacción del artículo 165 que comentamos alude solamente a la hipótesis de un *robo*. ¿Pero qué sucedería si el

(14) MANIGOT, Marcelo A., en su *Código Penal anotado y comentado*, Bs. As., 1978, t. I, p. 548, equipara ambos vocablos. En los hechos, en general, está bien esta equivalencia; que de todos modos no es inexorable porque el agente, por ejemplo, puede matar a un policía que trata de detenerlo antes de la “ocasión” del robo, habiendo entonces aquí sólo *motivo* en acto y *ocasión* en potencia.

(15) El tema de la “violencia” tal vez coadyuvaría a resolver este problema de la culpa, llevando la solución a cada caso en particular.

delito contra la propiedad es solamente un hurto? Núñez, aquí, admite la presencia de la figura en cuestión (16).

En este supuesto, dogmáticamente opinamos que no, que la norma no funciona, ya que el hurto es género y el robo especie; y si el texto habla únicamente de “robo”, no podemos remontarnos de lo particular a lo general en detrimento de la metodología precisamente dogmática. Ello también abona nuestra tesis anterior en relación a la culpa, puesto que si bien es lo común no todos los casos planteables han de llegar con la violencia propia del robo (violencia física, armas, etc.).

En cuanto a si el robo fue solamente tentado y no consumado, es vidriosa la aplicación de la norma ya que la misma habla de “robo”, palabra que debe interpretarse técnicamente, y que en principio, al no distinguirse, debe ser consumado. Sin embargo, en último análisis, el robo tentado también encuadraría en la previsión legal si coincidimos que robo es género y robo consumado y robo tentado son meras especies, ya que no podemos aludir a un “delito de tentativa” sino más bien a una “tentativa de delito”. Así las cosas, la voz “robo” comprendería, ideológicamente, al hecho consumado o al meramente tentado (17).

VI. COMUNICABILIDAD

Buena parte de la doctrina sostiene que “el agravante del robo seguido de homicidio es atribuible a todos los partícipes y no solamente a quien causó la muerte” (18). No

(16) NÚÑEZ, Ricardo C., *Calificación del homicidio por el hurto*, nota a fallo cit.

(17) Admitiendo también la tentativa, ver Núñez, *Derecho penal argentino* cit., pág. 231; La Ley 21-831; J.A. 1960-I-552.

(18) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos *Código Penal comentado*, Bs. As., 1970, t. III, p. 232; con la tesis de la no comunicabilidad, Francisco Blasco Fernández de Moreda, *Homicidio “criminis causa” y robo con homicidio. Autoría, participación y comunicabilidad de las circunstancias fácticas del delito*, en La Ley 130-335; Juan F. González, *El robo con homicidio*, en La Ley 32-1010; La Ley 1976-A-327; J.A. 1966-IV-110.

compartimos esta postura que creemos sin fundamento se aparta de los principios generales de la participación criminal (arts. 45-49, Código Penal). Aquí también la fórmula *prima facie* objetiva del “resultare” debe ceder ante los lineamientos básicos de la comunicabilidad, ya que sistemáticamente o teleológicamente el tipo penal que nos ocupa no autoriza tal apartamiento.