

EL ROBO “EN DESPOBLADO”

(ART. 167, INC. 1º, CODIGO PENAL)

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Esta figura del robo en despoblado se halla prevista, recordamos, por el artículo 167, inciso 1º, del Código Penal: “Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años: 1º) Si se cometiere el robo en despoblado...”

El “despoblado” como elemento objetivo del tipo proviene ya del Proyecto de 1891 (art. 200, inc. 3º), que en su momento suprimió la referencia al complot (“en banda o en complot”) que hacía el Código Penal de 1886 (art. 187, inc. 3º). El Proyecto de Carlos Tejedor, por su lado, usaba la expresión “en despoblado o camino público” (art. 317, inc. 2º), suprimida, en lo atingente al “camino público”, por el citado Código Penal de 1886 y por la ley de reformas N° 4189 (art. 22) del año 1903.

La fórmula del “despoblado”, que nos llega de la legislación española como circunstancia agravante de la responsabilidad penal en el robo, no fue acogida en su momento por los *Proyectos* Coll - Gómez y Soler (1960); el Proyecto de 1951, por su lado, la mantiene pero en combinación con el uso de armas (robo calificado, art. 236, inc. 1º).

Como sea, la figura, en orden al Derecho positivo, ha tenido variaciones diversas; así, la citada ley de reformas

4189 dispuso una modalidad alternativa: “Si el robo se cometiere en despoblado o en banda” (art. 22, letra b, inc. 2º), sentando de esa manera un obvio error de proporcionalidad ya que, inmediatamente, se punía con pena menor al robo en despoblado y con armas y al robo en lugares poblados (que no es motivo de mayor criminalidad) y en banda.

El Código Penal de 1922 (ley 11.179), por su lado, estatuyó la fórmula “en despoblado y con armas” (art. 167, inc. 1º), mientras que el decreto-ley 4778/63 ratificado por ley 16.648, vigente desde el 20 de junio de 1963 al 26 de noviembre de 1964 estableció este tipo: “en poblado, con armas o con intervención de tres o más personas”, en formulación deficiente. La vuelta al Código Penal de 1922 duró, sabemos, hasta el 1º de abril de 1968, fecha en que se derogó el artículo en cuestión mediante la ley 17.567; se retornó luego nuevamente al régimen de la ley 11.719 a través de la ley 20.509; finalmente, culminando por ahora este periplo legislativo, la ley 20.642 (7 de febrero de 1974) suprimió el agregado “y con armas”, conforme texto que no fue ya corregido por la ley 21.338 (año 1976).

II. RAZON DE SER DE LA AGRAVANTE

No hay dudas que la norma, al calificar este tipo de robos, busca una mayor protección penal dado el desamparo que tiene la cosa o la víctima —que no necesariamente ha de estar presente, según veremos *infra*— del hecho. Esa “disminución de la defensa privada sobre las cosas debido al peligro de la soledad del lugar” (1), así, hace que el delito se vea agravado; en suma, se castiga con más severidad punitiva dada la facilidad con que en la especie el ladrón puede procurar su impunidad, y del mínimo riesgo con que obra (La Ley, 24, 789).

(1) NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos contra la propiedad*, Bs. As., 1951, p. 24.

III. CONCEPTO DE “DESPOBLADO”

Alguna doctrina, y no sin cierto desenfado, no se preocupa mayormente sobre esta noción de *despoblado*: “no es necesario insistir, desde que las diferencias entre poblado y despoblado se perciben en los hechos” (2).

El Tribunal Supremo de España señaló en su momento que despoblado es “el lugar donde no hay población ni siquiera concurrencia de gentes”; y que se trata del “lugar desamparado, solo, desierto, sin compañía”; también análogamente, que es “el lugar en cuyos contornos no existe población ni agrupación de casas a menor distancia de doscientos metros” (3).

Afinando un poco más el concepto, cosa de poder resolver las distintas situaciones que la práctica puede presentar, digamos además que para que haya despoblado (a estos fines del robo cualificado que nos ocupa) deben concurrir dos circunstancias: una absoluta, y otra relativa.

La circunstancia absoluta impone que el escenario del delito esté fuera del radio poblado (4). Y la circunstancia episódica o relativa, a su turno, impone que ese escenario, al momento del hecho delictivo esté verdaderamente solitario. Así, quien roba en pleno campamento gitano —por ejemplo— asentado a campo abierto, no cae en la agravante por

(2) MORENO (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., 1923, t. V, p. 141.

(3) Cit. por NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 225.

(4) Se entiende por radio poblado “los lugares habitados de las ciudades, villas, pueblos o aldeas y sus calles, plazas y baldíos inmediatos. La soledad de uno de esos lugares no lo vuelve despoblado” (Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1967, t. V, p. 234). La Real Academia Española, por su lado, define al “despoblado” como “Desierto, yermo o sitio no poblado, y especialmente el que en otro tiempo ha tenido población”; como segunda acepción, da la siguiente: “Circunstancia agravante, de apreciación potestativa, más indicada cuando la soledad se busca o aprovecha de propósito” (*Diccionario*, Madrid, 1970, p. 463). Recuérdese aquí que en la costumbre argentina, en este orden de cosas, la palabra “ejido” (del latín *exitus*, *salida*) quiere decir municipio, poblado o término municipal, mientras que castizamente —y sobre todo en latinoamérica— significa casi exactamente lo contrario: campo común lindante con los pueblos.

faltar, precisamente, la circunstancia relativa, que es la del desamparo.

Despoblado, asimismo y urge aclarar, no quiere decir “descampado”, a campo abierto o raso (cielo descubierto). Así, la figura agravada bien se puede cometer en una casa solitaria en medio de la zona rural: el hecho se cometería entonces en despoblado pero no en “descampado”, puesto que se perpetró en el interior de una vivienda.

Desde luego que no hay ningún tipo de inconvenientes en que este robo en despoblado se cometa con la concurrencia de alguna de las otras conductas previstas por ejemplo en los artículos 166 y 167 del Código Penal, estándose entonces a las reglas del concurso ideal (art. 54, Código Penal) o también del concurso aparente de leyes o de tipo (verbigracia respecto del art. 163, inc. 1º, Código Penal).

Por último, el error de hecho que pueda tener el agente respecto a si el sitio es despoblado, excluye el dolo. Así, si el autor supone que está actuando en despoblado pero en realidad el lugar no lo es (caso de calificación putativa), el delito no se agrava. Es que el Derecho penal, aquí, sanciona no lo que el delincuente cree que comete sino lo que verdaderamente hace. El caso inverso, en cambio, es resbaladizo: el autor cree que está actuando en poblado, pero en realidad, lo está haciendo, objetivamente hablando, en despoblado. ¿Prevalece acá lo subjetivo?

No es fácil la respuesta, y mucho menos la prueba llegado el caso. Empero, quedándonos no más en el problema de fondo, tendríamos dos tesis antagónicas; a saber:

- a) *Tesis benigna*: Señala que por principios generales del dolo la figura no puede abarcar la conducta del autor, ya que éste no se representó a nivel de dolo directo o específico la circunstancia agravante. Por ende, el robo será simple (art. 164, Código Penal); y
- b) *Tesis severa*: Acota, por su lado, que no hay aquí error esencial puesto que escenario poblado o despoblado no

son esenciales a la figura del robo sino modalidades accidentales de la figura principal que es precisamente el robo.

El manejo del dolo pensamos no es aquí idéntico al que por ejemplo dispone el caso del homicidio calificado del artículo 80, inciso 1º Código Penal. En esa figura, bien sabemos, quien mata a su padre no sabiendo que lo es comete sólo homicidio simple; y quien mata a alguien creyendo que es su padre pero en verdad no lo es, también queda en la figura no agravada: el Derecho penal nunca aquí puede ser “idealista”.

Planteadas entonces las dos tesis, preferimos —en una materia opinable— la catónica; creyendo, en efecto, que no hay error esencial en el agente, debiendo así prevalecer el contexto objetivo del hechos, históricamente cometido en despoblado.

IV. NO ES NECESARIA LA PRESENCIA DE LA VICTIMA

Se trata de otro de los conflictivos matices que tiene la figura en estudio.

Planteemos un caso por vía de hipótesis: robo en una casa alejada de toda zona urbana, en finca sin vecinos y deshabitada. Hay violencia en las cosas pero la alternativa amenaza con ser ardua: robo simple o bien calificado (“en despoblado”).

Enrolándose en una de las dos tesis propias en el tema, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario —sala primera— expresó en su momento que “El robo en despoblado —art. 167, inc. 1º, Código Penal— se califica por la situación de desamparo en que se halla la víctima; exigiéndose así, para que se dé la agravante, su presencia al momento del delito” (5).

(5) Ver J.A. 1981-I-472, con nota a fallo adversa, de nuestra autoría; asimismo nuestras *Cuestiones de Derecho Penal*, La Plata, 1982, p. 129.

De las dos opciones que adelantamos, este fallo citado se inclina por la alternativa más benigna para el autor: el robo en despoblado sólo se concibe, a los fines agravantes, si hay presencia de la víctima. No compartimos, *de lege lata* por de pronto, esa postura. Diversas razones nos vuelcan a la discordancia en un asunto que también, urge admitir, tiene lo suyo de opinable.

En primer lugar no hay dudas que si repasamos el antecedente directo de la actual redacción de la norma, anterior a la ley 20.642, sí debe sentarse, sin vacilar, que la víctima era presencia necesaria. Tal aserto se deriva del agregado “y con armas”, ahora suprimido. Lógicamente que estas armas constituían el tipo objetivo penal en cuanto amedrentaban a la víctima... presente durante el delito.

Empero, la supresión —que ya hemos relacionado— de esa parte de la norma, cambia radicalmente la cosa. Volvamos sin embargo a la sentencia apuntada, que no acepta la calificación en cuestión por ausencia —explica— de la *ratio legis*: “La situación de desamparo en que debe encontrarse la víctima no se produce, y no aparece por tal circunstancia configurada la figura” agravada. Esta orientación, como dijimos, bucea en los fundamentos de la disposición. Ya Núñez, bien que comentando el texto derogado, enseñaba que “El robo se comete en despoblado cuando se realiza en un paraje situado fuera del radio poblado, donde sus víctimas no pueden recibir auxilio inmediato de terceros. La calificación atiende a esta dificultad para el amparo mutuo” (6). Soler, por su lado, también se enrola en esta hermenéutica, llevándola incluso —posiblemente influido por el rastreo histórico del canon— a un grado más extremo: el despoblado sólo tiene relación con el robo a viajeros, nunca cuando el hecho se comete en una casa, esté ésta alejada o no de otras (7).

(6) NÚÑEZ, *Derecho penal argentino* cit., p. 234, manteniendo su opinión ya vertida en *Delitos contra la propiedad* cit., p. 224.

(7) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Río de Janeiro, 1978, t. IV, p. 361.

No compartimos, ya hemos dicho, a esta tesitura, exegeticamente hablando. Incluso tampoco desde la óptica finalista, pues no acampamos lejos de Gómez cuando explica que debe considerarse “más peligroso todavía al asaltante de ciudad, que acomete a pesar del auxilio que la víctima puede recibir” (8).

Ya en el fallo de primera instancia, dictado por el doctor Ramón T. Ríos y confirmado en la alzada, se decía —adversamente a nuestra postura— que “En el caso del robo perpetrado con fuerza en las cosas y donde ésta ha logrado la perforación o fractura de la pared, del cerco, del techo o piso, o de la puerta o la ventana, sólo lo agrava el Código cuando el lugar fuera habitado o dependencia inmediata de un lugar habitado. ¿Cómo es posible, entonces, que la misma ley califique ese robo cuando precisamente se comete fuera de la órbita inmediata de lugar habitable alguno? Y no puede argüirse que la figura ha querido contemplar la situación de impunidad y facilidad en la perpetración a causa de la indefensión natural de las cosas ubicadas en sitios despoblados, pues entonces extenderíamos genéricamente una protección que el legislador ha otorgado selectivamente en el artículo 164, inciso 4º (en función del art. 163, inc. 1º) a los ganados, productos separados del suelo y a las máquinas e instrumentos de trabajo. En síntesis: si *dejados en el campo* significa que están ‘fuera del radio poblado y alejado de sitio habitado’ (Núñez, v. 5, p. 191), la interpretación que extendiera a toda cosa sustraída mediante fuerza en lugar despoblado la calificación del robo, dejaría sin aplicación práctica la agravante contemplada en el último inciso del mismo artículo cuando tutela especialmente una serie de objetos taxativamente enunciados. Y el conflicto entre dos normas de igual naturaleza debe resolverse, en lo posible, dando vigencia a ambas al asumir la tarea interpretativa” (9).

(8) GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, Bs. As., 1941, t. 4, p. 261.

(9) Juzgado del Crimen de la 4ª Nom. de Rosario, Protocolo de sentencias, fallo nº 205 de fecha 24 de julio de 1979.

El tribunal de segunda instancia que dictó el fallo que comentamos, en anterior oportunidad también había sostenido la tesis benigna (*vide* Zeus 12, 65; Juris 53, 160). Asimismo, otro tribunal de Rosario (Cám. Apel. en lo Penal, sala 2ª), bien que con una disidencia no fundamentada, se pronunció en el mismo sentido (Juris 52, 32).

La tesis objeto de nuestra crítica, en definitiva, concluye: "Es en el fundamento de la mayor tutela penal donde... han de encontrarse las notas distintivas que buscamos. Si en este caso el robo es agravado porque el amparo de la cosa es menor, debemos considerar *despoblado* a aquel sitio que, en el momento en que se desarrolló la actividad delictiva, reunía características tales que ni el auxilio de la víctima ni la impunidad del agente pudieran encontrar el apoyo y la persecución que brinda, respectivamente, la existencia de los grupos humanos, organizados o no" (10).

Pues bien: todos estos argumentos, de *iure conditio*, asoman como muy seductores. Pero *de iure condendo*, conforme adelantáramos, no los compartimos.

En lo que atañe a la cuestión de la sistemática, tan lúcidamente planteada por el fallo de primera instancia relacionado, pensamos que sí, que es cierto que puede haber concurrencia de normas penales respecto a un mismo fenómeno. Pero ello no debe alarmarnos, ni inclinarnos por una interpretación que no se compadezca con la adecuada exégesis:

(10) DAMIANOVICH, Laura y ROJAS PELLERANO, Héctor F., en *Manual de Derecho penal. Parte especial*, dirigido por Ricardo Levene (h), Bs. As., 1976, p. 319; en el mismo sentido, Ricardo Levene (h), voz *Robo*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bs. As., 1980, t. XXV, p. 57 y Mario M. Mallo, *Código Penal Argentino*, Bs. As., 1951, t. III, p. 64. La jurisprudencia, a su turno, al interpretar la norma en su anterior redacción, definía al "despoblado" como lugar alejado de las zonas urbanas con posibilidades de inexistentes o precarios auxilios para la víctima (La Ley, 24-789; J.A., 1954-I-29 y 1957-III-13, Nos. 173 a 178, etc.). Alguna otra corriente prefiere dejar la determinación del concepto al prudente arbitrio judicial: "las circunstancias particulares del caso" (La Ley, 9-693); teniendo en cuenta, así, "las personas, las distancias, los culpables y otros pormenores que concurren en la comisión de los delitos y que se perciben por los hechos" (J.A., 1966-I-108 y 1976-II-87). Ver también Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., 1980, t. V, p. 561.

simplemente estamos en presencia de un concurso aparente de leyes o de tipos, como se quiera llamarlo, que ha de resolverse conforme los principios propios de la materia.

Sostenemos así que debe aquí prevalecer la interpretación meramente exegética o positivista, que además, incluso, nos parece la adecuada a los fines sociológicos y axiológicos del Derecho. Veamos entonces algunos bemoles más de este resbaladizo tema.

Desde el punto de vista lexicográfico, la faena no resulta del todo escarpada: el tipo es objetivo y, en rigor, bien didáctico: robo en despoblado. El hecho puede perpetrarse teniendo a viajeros como víctimas. Puede tratarse de una casa habitada o deshabitada. Todos estos supuestos encajan en el texto del artículo 167, inciso 1º del Código Penal, a poco que convengamos en el sentido castizo de la palabra "despoblado" (ver cita N° 4). Escenario donde la figura se agrava por el más problemático auxilio que pudieren recibir las víctimas, por la mayor impunidad o facilidad que disfruta el agente, por la protección a bienes dispuestos (afincados o no) en esa situación al momento del hecho, etcétera. Pero se trata, en orden a la *ratio legis* que a algunos agita, de causales posibles, no necesariamente todas concurrentes. Toda otra distinción corre aquí por cuenta del intérprete; recuérdese que *ubi lex non distinguet nec non distinguere debemus*.

Esta frase del *ubi lex...* a la que más de una vez el intérprete —y los administrados— hecha mano por mera comodidad, tiene lo suyo de valioso. Representa, claro, un método, no un fin. Aceptamos que deriva del racionalismo dogmático y positivista del Derecho romano, y convenimos, salvo disenso del lector, que también puede ser odiosa si por positiva (*summum ius, summa iniuria*) sirve para cometer una injusticia: seguro que las menos de las veces. Pero cuando sirve a una solución justa o dirime una opinable (lo cual es muy importante) como en la especie, entonces sí debe prevalecer con todo su vigor brocárdico.

La interpretación sistemática, hechas ya las salvedades atingentes a la citada reforma de la ley 20.642 y a las posibilidades del concurso aparente de leyes, impone ahora que también reparemos en el texto del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal: la figura “con armas” o “en despojado y en banda”. Allí sí “que mal se podrá hacer jugar tales extremos de ausencia si no se los vincula con la presencia de alguien o algunos que aparecen como los destinatarios directos de la acción delictual. Estímesese que si los textos de los incisos 1º y 2º de ese artículo 166 guardan relación conexa y es su intención de calificar un proceder denunciante de peligrosidad, mal se podrá sostener que precisamente este dispositivo no requiera la presencia de personas. Obsérvese que si el inciso 1º mencionado considera agravante el robo que origina lesiones, es forzoso que medie la presencia del destinatario sobre el que se ha ejercido violencia. Ergo, texto y contexto consagran la exigencia y, lo suyo, demuestra que si esa misma exigencia pudiera correr para el artículo 167, inciso 1º, Código Penal, así se hubiera establecido” (Cám. Penal Santa Fe, sala 2ª, Zeus 20, 286).

Como última apostilla sistemática apuntemos también que si insistimos en la presencia de la víctima, ¿por qué no exigirlo también para el robo cometido por tres o más personas (art. 167, inc. 4º, en función del art. 163, inc. 9º del Código Penal)? Por lo demás, ¿tiene que ser la víctima y no un tercero? Y etcétera.

Si cabe un colofón sociológico, pensamos que el acreciente auge de los robos en casas aisladas en zonas rurales y en viviendas de fin de semana nos debe volcar también —razones de política criminal— en la posible duda por la tesis más catónica; que haya gente allí o no, en suma, es cosa francamente fortuita. La letra de la ley nada distingue y la sistemática no impone otra cosa; ergo, por necesaria dogmática, hemos de recalar en la tesis severa para el agente y no torturar letra —por de pronto y decisivamente— y

sentido de la norma penal (ver la correcta posición dogmática en sentencia de la Cámara Penal de Santa Fe, Sala 2ª: “no puedo colocarme en papel legislador y proyectarme más allá de los límites que la ley consigna”, no correspondiendo aquí “sutilezas teóricas” ya que la ley sanciona con agravamiento la mera impunidad, en la soledad del actuar, sea sobre “personas o propiedades”, Juris, t. 68, fallo n° 9934).

Simplemente como apostilla histórica, recuérdese también que en el Código Penal de 1921 se contemplaba la figura del “daño en despoblado” (art. 184, inc. 4º), respecto del cual para nada era necesaria la presencia de la víctima o de un tercero ⁽¹¹⁾ y ya como pauta por analogía, que un allanamiento policial es ilegal, de no contar con los recaudos necesarios, pudiéndose dar en despoblado y aunque no esté la víctima.

(11) Ver MORENO (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. V, p. 290.