



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ART. 165 C.P. – HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO – CAMBIO DE CRITERIO.-

Dictamen de la Sra. Procuradora General, Dra. María del Carmen Falbo, en causa P. 98.440, "M.D.A. y C.J.A. s/ recurso de casación", de fecha 13/12/07.

Cambio de criterio respecto del alcance de la figura de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del Código Penal).

Se sostuvo que la interpretación del tipo penal debe respetar los principios de acto, legalidad, causalidad, culpabilidad y responsabilidad individual.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

P. 98.440. “M., D. A. Y C., J. A.
S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

I. La Sala II del Tribunal de Casación Penal rechazó el recurso de casación deducido contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal Nº 4 de San Isidro, que condenó a M. D. A. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas; y a C. J. A. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas; por resultar coautores responsables de tentativa de robo calificado por el resultado homicidio. Arts. 42 y 165 del Código Penal (v. fs. 73/83 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la defensa oficial de los procesados (v. fs. 118/127).

Denuncia la violación del art. 165 del Código Penal, así como también de la doctrina legal sentada por V.E. en la causa P. 82.374.

El recurrente sostiene que se han aplicado en forma errónea las reglas de participación criminal en lo tocante al ilícito tipificado en el art. 165 del Código Penal, y aduce que es imposible afirmar la coautoría por dominio funcional del hecho respecto del resultado muerte.

En ese hilo conductor, expresa que todo tipo penal debe ser analizado a la luz de los principios de acto, culpabilidad, proporcionalidad mínima entre la lesión producida y la sanción a imponer, y el de máxima taxatividad legal e interpretativa.

Alega que de la plataforma fáctica fijada surge que fue Barrientos -quien resultare abatido en el suceso bajo análisis- el sujeto que provocó la muerte de la víctima de autos, en tanto M. D. A., cuando empezó el tiroteo, se limitó a tirarse al suelo e intentó ser confundido entre los clientes que se hallaban en el lugar, mientras que C. J. A., en la misma oportunidad, se dirigió al fondo del local a efectos de ocultarse, lugar en el que fue aprehendido casi dos horas más tarde.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Manifiesta que ningún acto personal de los procesados fue dirigido a causar el deceso de la víctima, sino que siempre tuvieron en miras la perpetración de un robo agravado por el uso de armas, por lo que el exceso cometido por el autor sólo puede imputársele al mismo.

III. Adelanto que, en mi opinión, el embate debe tener acogida favorable.

IV. El artículo 165 del Código Penal expresa que se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

Uno de los inconvenientes que surge al analizar la figura, según Donna y Goerner, es que existe una aparente superposición entre dicha norma y el art. 80 inc. 7 del Código de fondo. Ello así, toda vez que si bien ambos se encuentran en un mismo cuerpo legal, tienen su origen en dos legislaciones distintas: el art. 80 inc. 7º en el Código Penal italiano de 1.889, en tanto el art. 165 deriva del art. 425 inc. 1º del Código Penal español de 1.848. Es difícil, entonces, conciliar ambas normativas, cuando en esos códigos no existen juntas sino que, como parece más coherente, están excluidas mutuamente.

Citan, en tal sentido, el Código Penal alemán, el cual soluciona el problema en la actualidad con dos artículos: en el 18 se exige que el resultado más gravoso se cargue al autor, como mínimo en caso de culpa, y el 251 habla de muerte negligente que se imputa al ladrón (conf. Donna, Edgardo y Goerner, Gustavo, "Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad", L.L. 1.992-A, p. 832 y ss.).

Asimismo, la inclusión de las dos figuras, al igual que en la República Argentina, también ocurre hoy en Brasil, Costa Rica y Ecuador (conf. Breglia Arias, Omar, "Los numerosos problemas del artículo 165 del Código Penal. Homicidio resultante con ocasión o motivo de un robo", L.L. 2.002-E, p. 1.067 y ss.).

En lo que respecta al art. 165 del Código fondal, dicha figura fue tomada del Proyecto de 1.906, y también estaba incluida en el Proyecto de 1.891 (art. 200 inc. 1º), norma



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ésta que preveía una pena de penitenciaría de tres a quince años.

El texto actual y la pena descrita en la figura es similar al tipo legislado en el Código Penal de 1.921 (ley 11.179), en tanto que con la sanción de la ley 21.338 se fijó la pena de prisión o reclusión perpetua para el ilícito. Luego, la ley 23.077, de 1.984, derogó dicha pena y reimplantó el texto y la sanción del Código Penal de 1.921.

La fuente del latrocinio, como ya se dijera, proviene del art. 425 inc. 1º del Código Penal de España de 1.848, norma que luego es tomada por el digesto de 1.870 (art. 516 inc. 1º), y de allí es recogida por el Código de 1.932 (art. 494 inc. 1º). Posteriormente, el tipo es suprimido en el Código Penal del Reino de España de 1.995.

Ahora bien, respecto a cuáles son los homicidios que comprende la figura bajo análisis, más allá del alcance puntual que cada autor asigna a la figura, todos coinciden en señalar que si la muerte es resultado de un puro caso fortuito, queda excluida del alcance del art. 165 del Código Penal.

En este sentido, por ejemplo, Soler afirma que la muerte resultante debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales, bajo la forma de responsabilidad culposa ("Derecho Penal Argentino", t. IV, p. 283 y ss., 1.998, Edit. Tea).

Donna, por su parte, desde una interpretación sistemática y de política criminal, expresa que se debe dejar el dolo directo, pero relacionado ideológicamente con el otro delito, en este caso un robo u homicidio, para el art. 80 inc. 7 del Código de fondo, en tanto el dolo directo, indirecto y eventual encuadran en el art. 165 de idéntica legislación, excluyéndose el delito culposo y, por ende, también las muertes accidentales ("Derecho Penal, Parte Especial", t. II-B, p. 142 y 143, 2.004, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En sentido parcialmente coincidente, Fontán Balestra sostiene que en la figura están incluidos los homicidios dolosos que no resultan comprendidos en el art. 80 inc. 7 del



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Código Penal, y excluye tanto los culposos como los preterintencionales, en virtud de que la pena del latrocinio es mayor de la que emanaría de la aplicación de las reglas del concurso real ("Tratado de Derecho Penal", t. V, p. 504/508, 1.969, Ed. Abeledo Perrot).

Núñez, en cambio, pese a no referir como incluidos supuestos de muertes accidentales, señala que resultan abarcados en la figura todos aquellos homicidios tanto culposos como dolosos, pero aclara que en este último caso cuando el dolo no sea aquel exigido por el art. 80 del Código Penal ("Tratado de Derecho Penal", t. IV, p. 229 y ss., 1989, Ed. Lerner).

Creus, en sintonía con Nuñez, manifiesta asimismo que se deben tener en cuenta tanto los homicidios culposos -aún los cometidos con culpa inconciente- como los dolosos ("Derecho Penal. Parte Especial", t. II, p. 450 y ss., 1988, Ed. Astrea).

Breglia Arias aduce que el ladrón incurrirá en el art. 165 del Código Penal por hechos culposos o dolosos -dolo simple o eventual- de su parte, así como también por los mismos sucesos cometidos por la víctima o un tercero, donde no haya existido un plan anterior, y que además no exista conexidad ideológica o subjetiva con el robo ("Código Penal y leyes complementarias", T. II, p. 128, 2.001, Ed. Astrea).

Molinario, por último, expresa que resultan abarcados en el tipo bajo análisis los homicidios cometidos con dolo eventual, preterintencionales y culposos ("Los Delitos", t. II, p. 271, 1996, Ed. Tipográfica Argentina).

Es decir, con independencia de la inclusión o no de supuestos culposos o preterintencionales en la figura en análisis, la doctrina es unánime en excluir del artículo 165 del Código Penal toda muerte que aparezca, respecto de la conducta del autor o autores del robo, desvinculada a la luz de los principios de culpabilidad y autoría responsable.

V. Sobre la base de lo dicho, y yendo ya al análisis concreto del caso de autos, corresponde hacer notar que en el fallo en crisis, el tribunal "a-quo" manifestó que:



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

"...no son atendibles los argumentos del impugnante vinculados con que no existe nexos causal entre las conductas de M. D. A. y C. J. A. y el óbito del rehén, pues habiéndose demostrado que ambos fueron coautores del robo armado, aparece irrelevante el grado de participación que le cupo a cada uno de los intervinientes respecto del homicidio, ya que basta que éste se produzca con motivo u ocasión del apoderamiento ilegítimo violento...para que queden incurso en la figura del art. 165 del C.P. todos los protagonistas del ilícito, pues el grado de participación debe analizarse con respecto al robo y no respecto del homicidio" (v. fs. 78 vta./79).

Además, el juzgador expuso que: "...habiéndose demostrado que M. D. A., C. J. A. y el fallecido Barrientos estuvieron de acuerdo en cometer el robo mediante la utilización de armas de fuego aptas para el disparo, no puede escindir de su voluntariedad la eventual y concreta utilización de las mismas y su consecuencia no desvinculada del quehacer sustractor, circunstancia que en definitiva pone de manifiesto la convergencia intencional de los sujetos activos respecto a la modalidad adoptada" (v. fs. 79).

A continuación, el sentenciante expresó que: "...a pesar de que se haya probado que fue Barrientos quien efectuó el disparo que provocó la muerte de Di Giulio; M. D. A. y C. J. A. deben responder en calidad de coautores en orden al delito en el art. 165 del C.P., pues la alegación del recurrente a partir de la cual sostiene que la atribución de ese homicidio viola el principio de culpabilidad, se opone a lo afirmado en el fallo en el sentido de que '...en el devenir de sus propósitos acaeció un homicidio, si bien no preordenado, ni directamente querido, eventualmente incorporado a su razonamiento, por las características específicas que rodean la utilización de un arma de fuego...' sin demostrar defectos en el razonamiento del Sentenciante que puedan tornar revisable dicha cuestión" (v. fs. 79 y vta.).

Similar posición a la descripta ha sido fijada por esta Procuración General, al momento de dictaminar el 17/08/86 en causa P. 36.212, caratulada "Galván, Inés s/ robo agravado por el empleo de armas", criterio que fue compartido por ese Alto Tribunal en la sentencia dictada el 24/02/87.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Dicha postura de esta Jefatura del Ministerio Público se mantuvo al emitir opinión en causas P. 49.159, el 28/04/92; P. 63.617, el 17/11/97; P. 79.238, el 08/03/01; P. 81.654, el 22/05/02; P. 86.527, el 15/07/03 y P. 93.351, el 28/06/05, entre muchas otras, en consonancia con la doctrina legal de V.E. emanada a partir del expediente citado en primer término, así como también de las causas P. 46.415, s. del 14/05/96; P. 50.413, s. del 08/07/97; P. 53.453, s. del 30/06/98; y P. 68.102, s. del 12/09/01, entre otras.

Ello sentado, a continuación expondré la posición que reflejan los obrados antes citados. En efecto, en ellas se expresó que mediante la expresión "resultare un homicidio" el texto legal en cuestión independizaba el concepto de este homicidio de los sujetos activos y pasivos del robo. Se agregó, en ese sentido, que se percibía la diferencia con otros tipos penales en los que, por el contrario, la ley restringe sus calificantes a los sujetos activos y pasivos de la figura básica (arts. 124, 142 bis "in fine", 144 ter inc. 2 del Código Penal); y también con los tipos en que la autonomía se presenta sólo respecto de los sujetos pasivos (arts. 186 incs. 4 y 5, 189 párrafo segundo, 190 párrafo tercero, 191, inc. 4, 196 párrafo segundo, 200 párrafo segundo y 203 "in fine" de idéntica legislación; donde estas figuras alcanzaban con sus calificantes las consecuencias típicas que recayeren sobre coautores o partícipes, de modo similar a lo que acontece con el tipo especial del art. 165 del Código Penal).

Además, se señaló que mientras el art. 166 inc. 1 del Código Penal restringe su calificante -por el resultado de ciertas lesiones- a las específicas violencias "ejercidas para realizar el robo", en cambio el art. 165 del Código de fondo remite, genéricamente, a que "resultare un homicidio" motivado u ocasionado por el robo.

Por otro lado, se dejó sentado que si se entendiera que el art. 165 del Código Penal, por la mera circunstancia de contener dos resultados, consagra una forma de responsabilidad objetiva, lo mismo cabría decir de buena parte de los modos culposos de delinquir, ya que es más que obvio que quien inicia una empresa como la de robar ("...fuerza en las cosas...violencia física en las personas") incurre -como mínimo y en la



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

más generosa de las hipótesis- en la denominada culpa inconsciente o sin representación respecto de lo que pudiere derivar de tan peligrosa empresa.

Asimismo, se puso de manifiesto que no se advierte de qué manera podría suponerse que quien roba no está en condiciones de, como mínimo, haber podido prever el resultado mortal -aunque no lo haya previsto- y no incurre en la violación de un deber de cuidado en tal sentido y, en cambio, sí considerar que es culpable quien transita a velocidad excesiva o cruzando una bocacalle frente a un semáforo en rojo en hechos de los que resultaren homicidios.

Por último, se dejó sentado que es irrelevante el grado de participación que le cupo respecto del homicidio cometido a cada uno de los intervinientes en un robo con motivo o en ocasión del cual resultare el homicidio (art. 165 del C.P.), ya que basta que la muerte se produzca de tal modo para que queden incurso en la figura todos los partícipes en el desapoderamiento violento, pues el grado de intervención debe analizarse con respecto al robo y no respecto del homicidio.

Agrego a lo dicho, que en similar sentido se ha expedido -por mayoría- el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, en causa N° 390/04, caratulada "F.J.O. s/ homicidio en ocasión de robo; etc.", en fecha 23/06/06.

No obstante ello, es dable destacar, finalmente, que V.E. -por mayoría- ha variado el criterio que venía sosteniendo respecto de la figura legal en cuestión, a partir de lo decidido en la causa P. 74.499, s. del 17/03/04, caratulada "Méndez, Graciela Nelly s/ recurso de casación".

VI. Ahora bien, diversos fundamentos que se expondrán seguidamente han originado la decisión de mutar la posición anteriormente adoptada por esta Procuración General en lo tocante al tipo del artículo 165 del Código de fondo, en consonancia con el nuevo enfoque esgrimido por esa Suprema Corte.

En efecto, no debe olvidarse que en todo Estado de Derecho existen principios que otorgan legitimidad y a su vez limitan el ejercicio del ius puniendi, enunciados que surgen del abanico de garantías constitucionales y estructuran los basamentos para todo enjuiciamiento penal.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Dentro de ese marco, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al "hecho del proceso", ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del "hecho de la causa", y son estos términos los que otorgan competencia a los legisladores para determinar las actividades conminadas con pena, configurándose de tal modo un derecho sancionatorio que sólo puede ser un derecho penal de acto, tal como lo recepta el precepto *nullum crimen sine conducta*. Además del principio de legalidad instituido, la norma específica que debe existir un conocimiento de los deberes para que alguien pueda vulnerarlos a través de su incumplimiento.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Congreso Nacional resulta habilitado a esos fines, siempre que "las acciones" a las que hace referencia el artículo 19 de la Carta Magna se entiendan como comportamientos a prohibir que puedan afectar de modo relevante bienes jurídicos de terceros, superando el límite de reserva consagrado por la norma suprallegal antes señalada. Se evidencia, entonces, el principio de materialidad de la acción.

Resulta relevante acotar que según el principio de culpabilidad, no puede constituir delito una conducta que, al menos, no resulte referible a su autor por culpa o negligencia. Cualquier interpretación que extienda la responsabilidad a quienes no participaron de un hecho punible creará un supuesto de responsabilidad objetiva, vedado en nuestro Derecho Penal.

Zaffaroni expresa que la culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor, y de tal modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede operarse sobre el mismo (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, "Derecho Penal, Parte General", p. 620, 2.000, Ed. Ediar).

En línea con lo reseñado, el citado autor sostiene que la vulneración de dicha máxima



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona, en virtud de que imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante. Es por ello que, en un Estado liberal, a ninguna persona le pueden ser imputadas acciones censuradas por la ley si la misma no ha tenido al menos la posibilidad de prever el resultado de su conducta, o si no le era posible conocer la prohibición legal o adecuar su conducta a tal censura en el momento concreto. Asimismo, plantea que el principio de culpabilidad abarca dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación o adecuar su conducta a derecho.

Asimismo, manifiesta que el quebrantamiento más grosero al principio de que cualquier resultado que no entre en una racional voluntad realizadora de un fin típico, o que no pueda imputarse conforme a los requisitos de la tipicidad culposa, no puede ponerse a cargo del agente, se evidencia en el denominado *versari in re illicita*, que se puede definir en el sentido de que quien quiso la causa quiso el efecto. Afirma que ello es la manifestación de una responsabilidad objetiva, que debe ser rechazada con mayor énfasis en la rama del derecho penal (obra citada, p. 132 a 134).

En ese orden de ideas, Bacigalupo entiende que: "La culpabilidad por el hecho representa la justa medida para diagramar el juicio de reproche en función de la obra desplegada por el sujeto; esa intervención conductual es la que delimita la estructura de la culpabilidad, viniendo a representar un coto para los llamados 'tipos de autor' ("Derecho Penal, Parte General", p. 215, 1.996, Ed. Temis).

Cabe traer a colación lo expresado por el señor Juez doctor de Lázari en la ya citada causa P. 74.499, s. del 17/03/04, en el sentido de que: "...si echamos mano a las clásicas concepciones sobre el tópico de la culpabilidad penal, es requisito esencial para la justificación de este hito del modelo analítico del delito, la estructuración de un componente subjetivo delineado desde el atalaya del dolo o de su contracara la culpa. Si vislumbramos un enfoque más moderno, y ubicamos al dolo y la culpa en la



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

panorámica del tipo subjetivo, la culpabilidad -de la mano de una concepción normativa- se asienta en el juicio de reproche y en la posibilidad de actuar de otro modo frente a la exigibilidad de otra conducta. Más lo cardinal es que, se adscriba a uno u otro criterio, e incluso a las más modernas formas de análisis que representan la teoría de la imputación objetiva o el funcionalismo sistémico, lo natural es que se pueda hipotizar un actuar del individuo que por ser típico y antijurídico se le pueda adjudicar a título de dolo o culpa (en el primero de los esquemas), o como su obra, a partir del criterio de la reprochabilidad y la exigibilidad ya descriptos”.

Estimo, siguiendo los fundamentos ut supra aludidos, que la figura en estudio debe catalogarse como un ilícito complejo que exime la aplicación del concurso ideal descrito en el art. 54 del Código Penal, ya que la posición que antes sostuviera esta Procuración General expone una especie de responsabilidad objetiva, al tener al tipo bajo análisis como constitutivo de un delito calificado por el resultado.

En tal sentido, señalo que cabe analizar los aspectos objetivos, tal como la relación de causalidad existente entre la conducta de los intervinientes y el resultado homicidio, y subjetivos, como la posibilidad del autor de dominar y evitar la ocurrencia del mismo, a lo menos, y el dominio funcional del suceso en el caso de que haya varios coautores, debiéndose dejar de lado la postura anterior que afirmaba que debían responder todos los individuos que tomaban intervención en un robo con armas si en su contexto ocurría la muerte de alguna persona.

Cabe también citar lo manifestado por el señor Juez doctor Soria en la causa antes referida, en lo tocante a que: “...el sistema de imputación penal consagrado por nuestro ordenamiento jurídico impide interpretar la norma apuntada con un alcance tal que signifique equiparla a un delito calificado (o cualificado) por el resultado, en su sentido propio, es decir, referido únicamente a la mera generación de un resultado. El autor del robo no puede responder por cualquier homicidio que derive de aquél, aun cuando fuere fortuito; toda vez que la atribución de responsabilidad penal está presidida por el principio de culpabilidad (art. 18, C.N.; cfr. C.S.J.N., 'Fallos', 321:2558; 315:632; 310:1162; entre otros). Así, el resultado debe poder atribuirse a una



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

conducta reprochable del autor, en el sentido de dominable, evitable. De otro modo, se abriría paso a un tipo de responsabilidad objetiva en materia criminal que, en todo caso, estaría constitucionalmente vedada (cfr. C.S.J.N., 'Fallos', 312:149, 310:1162 cit.)”.

Agregó dicho magistrado que: “Entre otras consecuencias, el principio nulla poena sine culpa determina: (i) la personalidad de la acción, que designa la susceptibilidad de la adscripción material del delito a la persona de su autor. De allí que resulte ajena a la imputación penal la responsabilidad impersonal, colectiva y/o solidaria: el sujeto no puede responder penalmente por hechos ajenos sobre los que no ha podido ejercer materialmente ningún dominio, así como tampoco por los casos fortuitos; (ii) la exclusión de la responsabilidad objetiva o por el mero resultado: el hecho debe poder serle atribuido al procesado tanto objetiva como subjetivamente, es decir, a título de dolo o culpa (cfr. C.S.J.N., 'Fallos', 321:2558, 315:632 citados). Por consiguiente, la interpretación del art. 165 del Código Penal constitucionalmente más consistente en casos como el del subexamen, es que el homicidio resultante del robo debe provenir del propio autor del desapoderamiento, en los supuestos de autoría individual, rigiendo, en los casos de pluralidad de intervinientes, las reglas generales sobre participación criminal. Por lo que no es dable independizar el concepto de homicidio utilizado en el texto legal del obrar del sujeto activo al cual se le cargará ese resultado lesivo”.

Entonces, para la correcta delimitación del ámbito de aplicación de la figura bajo análisis se deben tener en cuenta los principios de acto, legalidad, causalidad, culpabilidad y responsabilidad individual, a través del análisis del aporte efectuado al suceso por cada interviniente (arts. 1, 18, 19, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

En similar sentido se ha pronunciado esa Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al decidir en causas P. 82.374, sentencia del 22/12/04; P. 79.238, sentencia del 30/03/05; y P. 89.803, sentencia del 21/02/07; entre otras.



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Además, en esa línea interpretativa de pensamiento se han expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba en la causa "B., R.", sentencia del 25/06/96; y el Superior Tribunal de la Provincia de Chubut en autos "S., D. y N., J.", sentencia del 14/09/99 (conf. Donna, Edgardo, "El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia", T. III, p. 167, 2.004, Ed. Rubinzal Culzoni); al igual que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en causa Nº 427/05, caratulada "Lezama, Carlos. Robo con homicidio. Resistencia a la autoridad s/ recurso de inconstitucionalidad", sentencia del 21/03/06.

VII. De los hechos firmes que resultan de la materialidad ilícita acreditada por el Tribunal en lo Criminal Nº 4 de San Isidro, revisados por la Sala II del Tribunal de Casación Penal, surge que: "...durante el transcurso de la tarde del 3 de septiembre del año 1.999...cuanto menos tres personas del sexo masculino mayores de edad, se condujeron en un coche de alquiler hasta la localidad de General Pacheco, más precisamente a la ruta ciento noventa y siete, altura catastral 1.708, asiento del supermercado mayorista 'Jaguar', y en el lugar ingresaron al mismo munidos con sendas armas de fuego, con las que intimidaron a los presentes -empleados de la firma y clientes circunstanciales- con fines sustractores. Se apoderaron del dinero existente en la caja...del arma de fuego que portaba el vigilador...como asimismo de su reloj pulsera, y de diversas pertenencias de los clientes y demás empleados...Advertida de lo que estaba ocurriendo la autoridad policial...anotició radialmente a varios móviles de diferentes dependencias, los que concurrieron inmediatamente al lugar" (v. fs. 9 y vta.).

A continuación, el juzgador expresó que: "Al constatar la presencia policial uno de los delincuentes, tomó de rehén a un cliente asiéndolo del cuello con su brazo, y escudándose tras el (sic), se dirigió hacia el exterior del local, momento en que el retenido pretendió zafarse, recibiendo como respuesta un disparo efectuado por quien lo sujetaba, con una de las armas que en ese momento empuñaba, impactando el proyectil en la nuca, ocasionando su inmediato deceso...El agresor se introdujo nuevamente en el mercado, al tiempo que accionaba sus armas contra el personal



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

policial, alcanzando a uno de los numerarios en dos lugares de su anatomía...e intentó parapetarse detrás de otros clientes, no obstante lo cual, fue alcanzado por varios proyectiles provenientes de armas policiales...sufriendo diversas heridas que ocasionaron su óbito” (v. fs. antes citadas).

Finalmente, el sentenciante de mérito manifestó que: “Lograron asimismo los agentes del orden, una vez dentro del establecimiento, aprehender a otro de los reos, quien intentó confundirse con los clientes, incautando en su poder un revolver calibre 32, secuestrando asimismo, junto al cuerpo del muerto, dos armas, una pistola marca Bersa calibre 9 mm, y un revolver calibre 32, estableciéndose luego que se trataba de aquel perteneciente al vigilador...Dos horas más tarde, en circunstancias en que el personal policial efectuaba en el lugar tareas vinculadas con el procedimiento, se efectivizó la aprehensión del restante interviniente, quien permanecía oculto detrás de unas cajas de mercadería, constatándose entonces la conjura de la pretensión sustractora, la que de esta forma quedó tentada” (v .fs. 9/vta. y 10).

También llega indemne a la presente instancia extraordinaria la coautoría responsable de los procesados C. J. A. y M. D. A. en el suceso antes transcripto.

La calificación legal que se impuso al hecho es la de tentativa de robo calificado por el resultado homicidio, en los términos de los arts. 42 y 165 del Código de fondo.

En lo que respecta a dicho ítem, la Sala II del Tribunal de Casación Penal adujo, como ya se expresara al comienzo del acápite V, que lo importante para el caso era constatar que con motivo u ocasión del robo se produjo un homicidio, sin que ello implicara violación alguna al principio de culpabilidad, pues el elemento subjetivo que se reprocha a los procesados es el haber llevado a cabo una conducta como la de concurrir con otra persona para apoderarse de bienes ajenos portando armas de fuego, lo cual importa el haberse representado que dichas armas podrían utilizarse. Es decir, que los medios utilizados por los asaltantes permitían prever la posibilidad de que aconteciera el resultado fatal, razón por la cual los imputados deben hacerse cargo de todas las derivaciones que se relacionan con ese suceso (v. fs. 92/93 vta.).



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

De los principios de acto, legalidad, causalidad, culpabilidad y responsabilidad individual que tienen raigambre constitucional, aludidos en el punto VI, es dable concluir que el razonamiento del "a-quo" se desentiende de tales postulados.

Cabe traer a colación los dichos de Donna y Goerner que, con cita de Bacigalupo, afirman que el elemento general que caracteriza la autoría es el dominio del hecho, el cual a su vez se puede dividir en un dominio de la acción, consistente en la realización por sí de la acción típica, y de un dominio de la voluntad, que es propio de la autoría mediata (conf. Donna, Edgardo y Goerner, Gustavo, "Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad", L.L. 1.992-A, p. 832 y ss.).

En referencia al primer caso, Zaffaroni expresa que autor es quien domina el suceso, retiene en sus manos el curso causal y, consecuentemente, puede decidir la configuración central del acontecimiento. En el supuesto de concurrir varias personas, resultará autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, "Derecho Penal, Parte General", p. 741, 2.000, Ed. Ediar).

Tal es la situación en la que se encontraba inmerso Barrientos antes de ser ultimado por disparos del personal policial. En efecto, se evidencia de la descripción de los hechos que el óbito de Di Giulio, cliente tomado como rehén por el citado, se debió a una conducta dolosa de éste, que consistió en efectuar un disparo de arma de fuego en la nuca de la víctima ante un intento de escapar de la retención a la que estaba expuesto. Además, dicho acontecimiento sucedió en el exterior del local asaltado, más concretamente en la calle, y resultó de un obrar rápido e inconsulto de su parte, tal como se explicará más adelante.

Por otro lado, el autor antes citado expresa que en el supuesto de coautoría -como la endilgada en el caso a los procesados- existe un dominio funcional del suceso, que se caracteriza por una división de tareas en donde ninguno de los participantes realiza



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

más que una porción de la totalidad de la conducta que el tipo describe, sino que el pragma se produce por la sumatoria de los actos parciales de todos los intervinientes. A su vez, la citada coautoría funcional contiene un aspecto subjetivo, referente a la decisión común de cometer el hecho, y un contenido objetivo, cual es la ejecución de dicha decisión mediante una división del trabajo (obra citada, p. 752 y 753).

Ello no se ha verificado en autos, en virtud de que los aquí procesados no poseyeron el dominio funcional del suceso en el que falleció Di Giulio, pues, como ya se dijera, el dominio del hecho lo tuvo en sus manos y fue dirigido en exclusividad por Barrientos en el exterior del local asaltado. Se advierte que mientras ello ocurría, los aquí procesados se encontraban en el interior del supermercado "Jaguar". Luego, ingresa otra vez Barrientos al local y resulta ultimado por la autoridad policial, mientras que en ese interín, M. D. A. se arrojó al suelo e intentó camuflarse entre los clientes a efectos de no ser identificado, a la vez que C. J. A. ya se había dirigido hacia el fondo del local a efectos de ocultarse entre cajas. Inmediatamente, el citado en primer término resultó aprehendido por personal policial, mientras que el restante fue descubierto dos horas más tarde.

En razón de lo dicho, no se manifestó en la causa bajo análisis el indispensable despliegue de una conducta relevante y riesgosa por parte de M. D. A. y C. J. A. que se enlace, a través de una relación causal, con el óbito de Di Giulio, debiéndose descalificar la sentencia en crisis en virtud de que se desentiende del contenido subjetivo del obrar de los procesados, en especial si se tiene en cuenta que, al momento de producirse el ataque mortal hacia el cliente tomado de rehén, los aquí imputados habían cesado en el ejercicio de violencia sustractora y, en una decisión ejecutada por fuera del plan criminal, habían depuesto su actitud con la simple pretensión de ocultarse y lograr su impunidad.

En ese orden de ideas, cabe citar lo expresado por el señor Juez de Lázzari en la ya mencionada causa P. 74.499, s. del 17/03/04, en el sentido de que si no se ha justificado actividad alguna que ponga en crisis el bien jurídico protegido por el art. 165 del Código Penal, en razón de haberse comprobado en la causa que la



PROCURACIÓN GENERAL

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

participación de los impugnantes se ciñó al caso del robo con armas, la única manera de adjudicarles esa intervención es presumiendo que la misma ha existido. Sin embargo, ello resulta contrario a los principios constitucionales que antes se analizaran.

Finalmente, cabe traer a colación a Donna, que sostiene que los coautores directos también son responsables del delito complejo, aunque uno solo mate, en cuanto acepten el hecho ("Derecho Penal. Parte especial", Tº II-B, p. 150, 2.004, Ed. Rubinzal-Culzoni), pero como ya se explicara, tal situación no se dá en autos. Cabe concluir, entonces, que la actividad delictiva que protagonizaron los imputados durante el curso del evento se limitó al intento de desapoderamiento de bienes muebles mediante el uso de armas de fuego. Ello, en virtud de que la resolución común de cometer el hecho no abarcaba la muerte del rehén y, en definitiva, no resulta posible achacarles el homicidio ni objetivamente ni subjetivamente.

VIII. En consecuencia, aconsejo a V.E. acoger favorablemente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído, revocar la sentencia recurrida en el nivel correspondiente a la calificación legal, tener a M. D. A. y a C. J. A. como coautores responsables del delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa (arts. 42 y 166 inc. 2º -texto anterior a la ley 25.882- del Código Penal), y remitir los autos a la instancia de origen para que proceda, por quien corresponda, a graduar la penalidad a imponer a los procesados conforme a la calificación legal indicada precedentemente (art. 496 del Código Procesal Penal).

Tal es mi dictamen.

La Plata, de diciembre de 2.007.

MARÍA DEL CARMEN FALBO

PROCURADORA GENERAL
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE BS AS