

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho Penal

Facultad de Derecho

Universidad de Valladolid

La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio.

I.— El tratamiento jurídico penal del robo con homicidio se ha orientado generalmente en sentido dogmático, tratando de determinar el contenido típico y la naturaleza jurídica del delito, principalmente si debía considerarse como delito de responsabilidad por el resultado, sometido al criterio del *versari in re illicita*, o por el contrario, como delito complejo, en que el resultado agravatorio debía ser abarcado por el dolo o la culpa del autor (1). Los aspectos político criminales de la figura han merecido por parte de la literatura menor, o casi nula, consideración. Estos aspectos poseen, sin embargo, la significación mayor en la actualidad.

El problematismo político criminal del robo con homicidio se manifiesta ya en su posición dentro del

(1) Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho penal*, Parte especial, 8ª ed., 1980, págs. 434 y ss.; Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 176 y ss.; Torío López, A., *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*, en *ADPCP*, 1970, págs. 605 y ss. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo había abandonado antes de la reciente reforma de 25-6-1983 la concepción del robo con homicidio como delito de responsabilidad por el resultado, inclinándose en favor de la exigencia del dolo o de la culpa respecto al resultado mortal (Ss. 3-5-1983 y 17-11-1982). Sobre los problemas del texto; Suárez Montes, F., *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980*, en *ADPCP*, 1981, págs., 795 y ss., vid., después, nota 17.

sistema. La acción compromete diversos bienes jurídicos, es decir, la vida y, también, la libertad de actuación y el patrimonio del sujeto pasivo. La adscripción del delito a los delitos contra la propiedad parece vulnerar el principio de que en los delitos pluriofensivos y en los compuestos el bien jurídico prioritario ha de determinar la posición de la figura en el sistema. En el homicidio preordenado al robo la ciencia penal histórica y el actual derecho penal comparado ven un homicidio cualificado (*latrocinium*) o una modalidad del asesinato, no un delito contra el patrimonio. Es problemático, por el contrario, si el robo violento con resultado de muerte debe persistir como tipo calificado por el resultado dentro de los delitos contra la propiedad o ser tratado como concurso de delitos. También es cuestionable si el tipo de delito implica una inversión ideológica de los bienes jurídicos en juego, es decir, una manipulación legislativa de las relaciones valorativas reales existentes entre vida y propiedad. Esta visión ideológica debe, a la vista de la prioridad atribuída por el art. 512 a la vida humana, ser desechada. La presencia del robo con homicidio en el grupo de los delitos contra la propiedad es un recurso técnico legislativo dirigido a configurar un medio enérgico de lucha contra la criminalidad patrimonial violenta. Esta decisión permita en el C.P. de 1848, y permite todavía en la actualidad, tomar en cuenta la previa condena por un delito contra la propiedad como causa (reincidencia específica) de agravación de la pena, con la posibilidad en el C.P. de 1848 de imponer la pena capital en el robo con homicidio al autor condenado precedentemente por uno de los delitos comprendidos en el título.

Las contradicciones político criminales de la figura se manifiestan también en otros sentidos. Su enu-

meración muestra la necesidad de someter el delito a una reconsideración legislativa.

El robo con homicidio ha solido tratarse como realidad jurídica independiente, no como parte de una estructura normativa unitaria, diseminada en las normas del robo con violencia o intimidación. Esta visión del delito perturba su comprensión fundamental. El robo con homicidio es elemento de una estructura normativa compleja, dirigida a configurar un medio intimidativo-represivo eficaz frente a la criminalidad patrimonial violenta.

Este cuadro normativo penetra en el sistema penal con el Código penal de 1848. Debería verificarse la hipótesis de si su originación tiene como base la experiencia del bandolerismo decimonónico (2). La gama de cualificaciones contenidas en el art. 415 de dicho Código penal, estructuralmente correlativas, pese a sus diversas transformaciones, con las descritas en el art. 501 del C. P. vigente, parece traducir el *modus operandi* o experiencias particulares relacionadas con dicha forma de criminalidad. El art. 415 C.P. 1848 tomaba en cuenta como tipos compuestos agravados el robo con homicidio; el acompañado de violación o mutilaciones; y el cometido en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del robo se causaren lesiones penadas en el art. 334 —equivalente al nº 1º del actual art. 420— o el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día (3). La finalidad de este

(2) Bernaldo de Quirós, C., y Ardilla, L., *El bandolerismo andaluz*, reed. 1973, págs. 89 y ss.; Sau, V., *El catalán. Un bandolerismo español*, 1973. Amplia y documentada información sobre el fenómeno del bandolerismo, en Barbero Santos, M., *El bandolerismo en la legislación vigente*, en *Estudios de criminología y derecho penal*, 1972, págs. 236 y ss., con extensa bibliografía.

(3) La relación del delito con el fenómeno del bandolerismo no aparece aludida por los comentaristas del C.P. de 1848.

complejo cuadro normativo era desplazar las reglas propias del concurso de delitos produciendo una intensificación de la pena.

Este propósito represivo-intimidativo trataba de lograrse, además, mediante decisiones contradictorias con criterios básicos acogidos en la parte general.

a) Se prescinde en el robo con homicidio de la exigencia general del dolo o de la culpa como presupuesto de la imputación. La ley penal, como medio comunicativo, da a conocer la aplicabilidad de la pena de cadena perpetua a muerte si con motivo u ocasión del robo resulta homicidio, incluso en el caso de que sobrevenga sin dolo ni culpa del sujeto.

b) En segundo término, tal cuadro intimidativo-represivo supone una desviación de los principios que rigen el tratamiento diferencial entre consumación y tentativa. La consumación requiere la total realización de los elementos del tipo de delito. La tentativa es realización parcial de estos elementos y origina la disminución de la pena. Este criterio es desechado en el robo con violencia o intimidación. El art. 419 del C.P. de 1848, antecedente del art. 512 C.P. actual, establecía que “la tentativa de robo, acompañada de cualquiera de los delitos expresados en el art. 415 será castigada como el robo consumado”. Se prevé, por tanto, la consumación anticipada del robo con violencia o intimidación, posiblemente como reminiscencia de la equiparación entre consumación y tentativa en los *delicta atrocissima* por la doctrina y legislación del derecho penal del antiguo régimen (3bis).

c) Otra importante desviación a los principios acogidos en la parte general es visible en la asunción de

(3 bis) V. Carrara, F., *Programma*, p. gen., I, pgfo. 425.

un concepto ficticio de coautoría por el art. 418 del C.P. de 1848. Esta regla establece que *‘los malhechores presentes a la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlos.— Se presume haber estado presente a los atentados cometidos por una cuadrilla, el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario’*. La disposición supone una renuncia al concepto diferencial de autor. Se pronuncia en favor del concepto unitario de autor. Acude, además, a una ficción de autoría equiparando la realización de actos típicos con la mera presencia en el lugar del hecho. Invierte los principios de la prueba en doble sentido. La presunción de autoría queda sólo enervada si el autor presunto logra acreditar que procuró impedir el hecho. Es establecida también la presunción de presencia en el lugar del delito frente al malhechor que habitualmente anda en la cuadrilla, salvo prueba en contrario. Esta cascada de presunciones conducía, por tanto, a la imputación del delito, y en su caso, del robo con homicidio, a todo el que pertenece a la organización criminal, independientemente de su intervención efectiva en el hecho (4).

Las desviaciones examinadas se dirigen a posibilitar la pena capital, o en su caso, una pena agravada frente a todos los integrantes de la organización. La eficiencia político criminal pretendida no duda, pues, en sacrificar el principio de culpabilidad ni en renunciar

(4) Téngase en cuenta la modificación introducida por la ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, derogando el párrafo último del art. 502 C.P., en que pervivía la presunción de haber estado presente a los atentados cometidos por una cuadrilla el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo prueba en contrario.

al tratamiento valorativo diverso entre tentativa y consumación. Prescinde también de la distinción entre autor y participantes (cómplices) en el delito y de la verificación de la acción real cometida por cada codelincuente. Mediante la configuración de una cascada de presunciones es sacrificado el principio de que no hay delito sin acción. Finalmente, a fin de proyectar sobre el robo con homicidio, mutilación o lesiones, la circunstancia agravante de reincidencia no se duda en realizar un visible cambio de etiqueta, tratando lo que realmente es un delito contra la vida como delito contra la propiedad.

Este cuadro legislativo pervive sustancialmente en la actualidad. Ni el Proyecto de Código penal de 1980 ni la reciente Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, han imaginado la procedencia de su revisión político criminal en profundidad. Esta ley sólo se ha limitado a corregir sus deficiencias más llamativas.

II.— El robo con homicidio doloso no es en el derecho penal comparado un delito contra el patrimonio. Se suele estimar comprendido en el tipo general del asesinato (Inglaterra, Austria, Suiza) o en particulares formas de él, como el asesinato por codicia (Alemania). Existen en diversos países, por el contrario, tipos correlativos al robo con homicidio culposo previsto en el art. 501, 4º C.P. Se trata de delitos calificados por el resultado, constituidos por el delito base, es decir, por el robo violento, determinante de la muerte (previsible) del sujeto pasivo. Esta técnica legislativa sólo en apariencia es coincidente con la del sistema español.

En él se configura por el art. 501, 4º, un tipo compuesto, constituido por el robo con violencia o inti-

midación y el homicidio culposo, enlazados por una dudosa conexión motivacional u ocasional. El tenor formal del tipo reclama la existencia de los delitos de robo y de homicidio culposo. Esta construcción legislativa se presta a reparos técnicos y prácticos.

En sentido técnico cabe oponer a ella que el Código penal, a diferencia de otros sistemas penales, no conoce un particular delito de homicidio culposo, sino normas generales sobre la culpa (arts. 565 y 586, 3^o) susceptibles de referirse a delitos diversos (5).

Prácticamente, el tenor literal del tipo conduce a resultados improcedentes. El homicidio culposo equivale a la ejecución de una acción, discrepante de la objetivamente debida (desvalor típico de acción), causal de la muerte de la víctima (desvalor típico de resultado), previsible y evitable por el autor (desvalor personal de culpabilidad). La noción de la culpa no puede ser arbitrariamente manipulada por el legislador. No puede ser metamorfoseada para que comprenda hipótesis extrañas a ella. Se trata de un concepto categorial, antepuesto al ordenamiento jurídico penal positivo, común a los sistemas jurídicos adelantados, delimitado conforme a criterios jurídicos culturales. El delito culposo es diverso del delito doloso y del preterintencional. En éste la acción dolosa causa un resultado injusto, homogéneo o heterogéneo, de mayor gravedad. En el homicidio preterintencional, la acción final dirigida a producir lesiones causa previsiblemente la muerte del sujeto pa-

(5) La regla del núm. 4 del art. 501 deja en la sombra si equipara todas las formas de culpa (imprudencia temeraria y simple) frente al criterio diferencial del art. 565. Es claro que el propósito del legislador (*mens legislatoris*) es proceder a un tratamiento unitario, dirigido a excluir la genuina responsabilidad por el resultado.

sivo de la acción. La “preterintencionalidad” es también una noción jurídica antepuesta al orden positivo, cuyo contenido ha de ser respetado por el legislador racional: presenta diferencias estructurales con la culpa que no se deben desconocer.

La consecuencia práctica es que el robo con homicidio preterintencional no puede, en principio, ser captado por el tipo del robo con homicidio culposo del nuevo art. 501, 4º C.P. Esta disposición impone la pena de prisión mayor “cuando con motivo u ocasión de robo se causare homicidio culposo”. Debe destacarse la criticable falta de correlación valorativa de este marco penal con el establecido —reclusión menor— para los delitos de aborto con resultado de muerte (art. 411, pfo. último) y contra la salud pública y el medio ambiente con resultado de muerte (art. 348, C.P.). El art. 501, 4º es un tipo compuesto agravado, dirigido a desplazar las reglas del concurso de delitos. La pena de prisión mayor presenta un mínimo superior a la suma de los mínimos correspondientes al robo con violencia o intimidación (art. 501, 5º) y al homicidio preterintencional, cuyo tratamiento a partir de la reforma de 25 de junio de 1983 es singularmente problemático.

La reforma ha procedido a derogar el art. 50 C.P., norma que la jurisprudencia de la Sala Segunda declaraba aplicable a las hipótesis de preterintencionalidad heterogénea, cuyo modelo más característico es la producción dolosa de lesiones, determinante de la muerte del agredido. La misma reforma parece cerrar el camino al tratamiento del homicidio preterintencional como hipótesis de homicidio (doloso) del art. 407, con la circunstancia atenuante de preterintencionalidad cuarta del art. 9 C.P. La razón se encuentra en que el art. 1 reformado del C.P. exige al-

ternativamente el dolo o la culpa como momento constitutivo del delito. Por definición el homicidio preterintencional es un delito no doloso, y en consecuencia, no susceptible de incluirse o subsumirse en el art. 407 del código, puesto que el resultado del delito no es admitido en su voluntad ni tomado a su cargo por el sujeto.

El tratamiento de la preterintencionalidad se ha hecho más controvertible con posterioridad a la reforma. El problema ha sido investigado por Alonso Alamo, poniendo de relieve las posibilidades existentes para la regulación de la materia (6). Estas posibilidades son las siguientes:

a) El homicidio preterintencional es una hipótesis de concurso ideal de delitos. La acción única, dirigida dolosamente a menoscabar la salud, produce una pluralidad de injustos, es decir, un delito de lesiones dolosas y un homicidio culposo, no fortuito, dado que la producción de resultados fortuitos, en virtud de los arts. 1 y 6 bis b), reformados, del C.P. no es nunca punible. Este punto de vista ha sido sostenido por Mir Puig (7).

A nuestro juicio, el tratamiento del homicidio pre-

(6) Alonso Alamo, M., *El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código Penal*, en *La Ley*, Año IV, núm. 771. Con posterioridad a este estudio sostiene Muñoz Conde, F., *Derecho penal*, Parte especial, 5ª ed., págs. 15 y ss. que la supresión del art. 50 parece confirmar la tesis que trata el homicidio preterintencional como concurso de delitos. Propone resolver el problema acudiendo a los criterios generales de la imputación, objetiva y subjetiva. Cuando consta la duración de las lesiones deberá estimarse concurso ideal de lesiones y homicidio culposo. En caso contrario, apreciar solamente homicidio culposo. A esta teoría de la diversificación pueden correlativamente serle aplicables las indicaciones del texto.

(7) Cit. por Alonso Alamo, M., *loc. cit.*, págs. 4 y ss.

terintencional como supuesto de concurso ideal de delitos del art. 71 C.P. no toma en cuenta que las lesiones seguidas de homicidio proporcionan uno de los modelos más característicos, no de concurso de delitos, sino de concurso de leyes. El desvalor propio de las lesiones es objeto de consunción por el desvalor del homicidio. Es inherente a las lesiones hallarse en el proceso de transición a la muerte. Ver en la unidad material del delito dos segmentos diversos, es decir, un injusto doloso de lesiones y un homicidio culposo, es producir una multiplicación artificial de lo que en realidad es un suceso natural único. Elegido este camino, las amenazas seguidas de muerte —otro supuesto clásico de consunción— no deberían tratarse como concurso de leyes, sino como concurso de delitos. Igualmente deberían considerarse los abusos deshonestos seguidos de violación, hipótesis generalmente estimada también como de unidad de delito.

La solución rechazada toma decisivamente en cuenta la voluntad (dolo) de lesionar y la culposa actitud del sujeto respecto al homicidio sobrevenido. Hace depender del dato final subjetivo la existencia de concurso de delitos, cuando para establecer su presencia se ha de atender a las relaciones valorativas que median entre los bienes jurídicos. El principio de consunción impone, en principio, afirmar la unidad de delito cuando la lesión de un bien jurídico es un estado necesario para originar el detrimento de un bien valorativamente superior.

b) La imposibilidad de tratar como concurso ideal de delitos el homicidio preterintencional lleva a estimarlo como delito culposo de homicidio, es decir, como homicidio por imprudencia, según el art. 565, en relación con el art. 407, C.P. Pensamos que esta

solución presenta dos planos que deben ser distinguidos entre sí:

a') La materia del homicidio preterintencional y del homicidio culposo no es unitaria, sino diferente. Por tanto el homicidio preterintencional no es un homicidio culposo. En el primero, el autor realiza una acción dolosa dirigida a menoscabar la salud, que (previsiblemente) causa el homicidio. En la culpa, se trata de una materia diversa. Obra culposamente quien mediante una acción que infringe el cuidado generalmente debido, causa el resultado típico, de forma personalmente previsible y evitable. El desvalor de acción de la preterintención y de la culpa es heterogéneo. El sentido del tipo es en el homicidio culposo promover acciones que observen el cuidado debido para evitar un daño a la vida humana. De estimarse que el homicidio culposo regula también el homicidio preterintencional se llegaría a la conclusión, sugerida en línea docente por Arzt, de que al autor se le exigiría realizar la acción dolosa dirigida a lesionar con el cuidado necesario para evitar un daño para la vida (8).

b') Pero el hecho de que el homicidio preterintencional no sea verdaderamente un homicidio culposo no puede, sin embargo, conducir a declarar que está aquí presente una laguna motivada por la reforma de 25 de junio de 1983. Prescindiendo de que la acción concreta en todo caso un injusto de lesiones, cabe afirmar que es posible su regulación con arreglo a las normas del homicidio por imprudencia, precisamente porque valorativamente la desaprobación jurídica de la culpa se extiende *a fortiori* a un comportamiento

(8) Arzt, G., *Strafrecht, Bes T., Vermögensdelikte (Kernbereich)* LH 3, 1981, pág. 104.

que presenta mayor gravedad. La preterintencionalidad, es, pues, una realidad diversa de la culpa. Pero no hay obstáculo en que la prohibición del homicidio culposo sea extendida al homicidio preterintencional, porque la regla jurídica concerniente a un hecho de menor gravedad puede considerarse aplicable a otro de mayor gravedad, en tanto presente implícitamente las características reclamadas por ella. Esto sucede, precisamente, con el homicidio preterintencional. El comportamiento también reclama, según el art. 1, en relación al art. 6 bis b) C.P., que la muerte sea producida culposamente. La preterintencionalidad se aproxima así al criterio de la doctrina clásica italiana, que la concebía como forma mixta de dolo, en cuanto a las lesiones, y de culpa, en cuanto al homicidio. Las exigencias dimanantes del principio *nullum crimen sine lege* parecen ser fundamentalmente respetadas al extender la norma jurídica sobre el delito culposo a una materia conceptualmente diversa, desatendida por el legislador, precisamente porque también el resultado preterintencional ha de ser abarcado, de acuerdo con el art. 1, por la culpa del sujeto. El proceso interpretativo no incurre en la prohibición de la analogía fundamentadora. Se trata de un problema correlativo al que plantea el tratamiento de los casos de tentativa calificada en que con dolo de matar ha causado el autor lesiones residuales. La cuestión ha sido vivamente discutida. Actualmente se considera que quien quiere matar también acepta lesionar. Es incuestionable, sin embargo, que aquí ha penetrado un criterio valorativo en la decisión, que supone una desviación sutil frente a la exigencia, dimanante del principio *nullum crimen sine lege*, de que la subsunción se desenvuelva en el plano descriptivo de los tipos.

No puede, pues desconocerse que la equiparación entre homicidio preterintencional y homicidio por imprudencia está expuesta a posibles reparos de naturaleza constitucional.

Es evidente, como Alonso Alamo ha puesto de relieve, que nos hallamos aquí ante una situación que hace precisa una intervención urgente del legislador (9). Debemos recordar que el homicidio preterintencional es el campo práctico estadísticamente más significativo del delito de homicidio. No es concebible que el legislador haya procedido a derogar el art. 50, C.P., a la búsqueda del principio "no hay pena sin culpabilidad", sin percatarse de que con ello privaba de virtualidad a la distinción entre preterintencionalidad heterogénea y homogénea, acuñada por la doctrina científica y la Sala Segunda del Tribunal Supremo a lo largo de un proceso cultural por todos conocido, cuyas raíces se hallan en la crítica de Silvela a la vieja jurisprudencia.

La equivocidad de la situación actual es más inquietante cuando es planteada la cuestión del tratamiento del robo con homicidio preterintencional en el sistema. Ha sido indicado que robo con homicidio preterintencional no es robo con homicidio culposo (art. 501, 4º). La equiparación entre ambas materias, incluso si se sigue aquí un proceso lógico interpretativo paralelo al expuesto para dar respuesta al cuestionario del homicidio preterintencional, tropieza con un obstáculo adicional, obstáculo que posee importancia mayor por encontrar reconocimiento constitucional.

El tipo del robo con homicidio culposo supone una agravación de la pena aplicable, en su caso, al robo

(9) *Loc. cit.*, pg. 7, col. 1 y ss.

en concurso con homicidio culposo. La severa pena de prisión mayor prevista en el art. 501, 4º, exige una consideración muy estricta del presupuesto conducente a ella. El principio *nulla poena sine lege* es indudablemente cuestionado cuando mediante una apreciación valorativa se incluyen en el presupuesto comportamientos no concordantes diafanamente con su descripción. La especial agravación de la pena presente en el art. 501, 4º, está legislativamente planteada para el homicidio culposo. Únicamente sometiendo las categorías jurídicas a un proceso de sutil deformación es viable subsumir en el presupuesto de la disposición el homicidio preterintencional. La interpretación del tipo agravado se hace en tal caso depender de puntos de vista valorativos, es decir, de recursos exegéticos mediante los cuales una regla pensada para un campo singular, es decir, para el robo con homicidio culposo, terminaría siendo aplicada, con vulneración controvertible del principio *nulla poena sine lege* al robo con homicidio preterintencional.

III.— El robo con homicidio doloso, regulado en el art. 501, 1º, C.P., comprende materias criminológicamente diversas, cuyo conocimiento es imprescindible para proceder a su discusión político criminal. En primer lugar, capta la figura el homicidio preordenado al robo, en que el autor da muerte a la víctima para conseguir el apoderamiento lucrativo. Estos son los casos clásicos de asesinato para robar, que la doctrina penal antigua situó bajo el título de *latrocinium*, definido por Böhmer como la muerte causada por motivo de lucro o conveniencia (*caedes hominis, lucri, commodique causa facta*) (10). El

(10) *Elementa*, Sectio II, cap. XVII, págs. 381 y ss.

homicidio es entonces delito medio para la consecución del delito fin, es decir, del robo o apoderamiento de la cosa. Carpzov enseña que el *latrocinium* no sólo puede cometerse en vía pública, sino en edificios privados. No precisa reiteración ni empleo de armas. Es suficiente la sustracción de una cosa de ínfimo valor. Basta la esperanza de conseguir el lucro, que puede consistir en dinero o cualquier otra ventaja (11).

Tales casos de homicidio preordenado al robo son diversos materialmente de aquéllos en que no existe previa decisión de matar, en los que la resolución homicida emerge durante la ejecución del robo. Aquí toma el autor contacto con la cosa y para vencer la resistencia de la víctima o neutralizar la persecución, realiza el acto homicida, con dolo de propósito o eventual. Estas formas son estadísticamente más frecuentes que el homicidio deliberado, preordenado (no necesariamente premeditado) al robo en la experiencia jurisprudencial. La situación psicológica básica es en ellos compleja. Junto al ánimo o propósito lucrativo, la acción homicida puede estar mediatizada por el temor a ser descubierto o capturado, la voluntad de proporcionarse una próxima fuga, la emoción de la ejecución, etc. En esta situación puede surgir, p. ej. el disparo no deliberado ante la resistencia del sujeto pasivo. O puede, una vez aprehendida la cosa, surgir la acción homicida durante la persecución, dirigida contra la víctima o terceros que acuden en su auxilio, con dolo directo o eventual, a fin de lograr la libre disponibilidad del producto del robo.

(11) *Practica*, ed. 9, P. I., Q, VI, págs. 30 y ss. V. Rodríguez Devesa, J.M., *loc. cit.*, pág. 438.

En el derecho penal extranjero ambos supuestos suelen incluirse en el asesinato para robar (*Raubmord*). En algunos sistemas no existe previsión particular. El hecho es subsumido en el tipo general del asesinato (*Mord*). En otros, como sucede en el párrafo 211 del Código penal alemán, es previsto un tipo de asesinato (*Mord*) por codicia (*Habgier*) al que se considera reconducible la materia examinada.

El homicidio preordenado al robo debería en la futura reforma ser sustraído al campo de los delitos patrimoniales. El desvalor prioritario corresponde en él al homicidio doloso frente al robo con violencia o intimidación. Dentro del asesinato —o en su caso, de un posible grupo de homicidios calificados— podría ser descrito como un homicidio cometido por lucro, de conformidad con su significado criminológico y técnico. Debe adicionalmente observarse que el Código penal presenta la deficiencia de no permitir tratar como asesinato comportamientos que criminológica y valorativamente exceden sin duda al homicidio simple. Esto sucede con hipótesis particulares de lo que subjetivamente caracteriza Middenford como asesino por lucro (*Gewinnmörder*), comprensivo del asesinato para robar (*Raubmord*) y del asesinato para cobrar o percibir un seguro (*Versicherungsmord*) (12). Esta última hipótesis no es subsumible en el asesinato por precio del art. 406, 2º, ni puede ser sustraída, pese a su considerable gravedad, al homicidio simple. La revisión del grupo de los delitos contra la vida no debería eludir ocuparse de estos problemas. Pensamos que la desacertada ampliación del asesinato al llamado “motivo abyecto”, realizada por el Proyecto de Código penal de

(12) Middenford, W., *Mord und Mörder in der deutschen und amerikanischen Kriminologischen Literatur*, en *ZStW*, 1982, págs. 794 y ss.

1980 (art. 156, 2º) tampoco permite captar casos de asesinato por lucro como el cometido para cobrar el importe de un seguro (13).

Es más cuestionable que el tratamiento del homicidio preordenado al robo el de los casos en que el autor, con dolo directo o eventual, realiza la acción homicida para vencer la resistencia de la víctima o neutralizar la persecución, consolidando el señorío de hecho sobre la cosa. Estos supuestos son diversos del concurso entre robo con violencia y homicidio doloso, en que éste es realizado con posterioridad a la terminación del robo para evitar la detención o impedir ser descubierto. La simple relación de sucesión entre ambos delitos es diversa del robo *con* homicidio doloso.

Pertenecen al ámbito de éste, por el contrario, todos los casos en que el homicidio es dolosamente causado para lograr la disponibilidad sobre la cosa. Vienen aquí en consideración varios grupos de hipótesis. En primer lugar, aquéllas en que el homicidio pretende posibilitar la consumación formal del robo, es decir, el apoderamiento lucrativo. También aquellas otras situaciones en que producida ya la consumación formal del delito, es decir, originada la desposesión de la víctima y fundamentado el apoderamiento por el sujeto, sobreviene el homicidio antes de que el delito termine, a fin de hacer efectivo el provecho económico perseguido. La doctrina actual distingue entre consumación (formal) y terminación (material) del delito. Aquélla equivale a la total realización típica. Esta, a la real terminación del delito, sólo presen-

(13) Torío López, A., *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (Parricidio-Asesinato)*, en *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal*, Semana en Memoria del Prof. Julián Pereda, Deusto, 1983, págs. 79 y ss.

te, señala Eser, cuando más allá de la realización de los elementos del tipo, llega el delito efectivamente a su conclusión, en particular cuando la contingente intención del sujeto ha sido realizada (14). Ambas categorías permiten iluminar la zona límite en que el homicidio puede tener lugar. Cuando el delito ha terminado, es decir, cuando el propósito perseguido por el autor ha sido satisfecho, no existirá robo con homicidio, sino a lo sumo concurso de delitos.

Las hipótesis en que, por el contrario, se realiza el homicidio para posibilitar el apoderamiento, como núcleo típico, o la realización del lucro, como momento terminal del robo, son comportamientos de robo con homicidio doloso. Estos casos presentan un delito contra la vida, por la prioridad de este bien jurídico sobre la propiedad. Deben, pues, ser sustraídos al criterio actual, compartido por el Proyecto de Código penal de 1980, que los atribuye al grupo de los delitos patrimoniales.

IV.— Las indicaciones precedentes permiten retornar al estudio político criminal del llamado robo con homicidio culposo. Antes se ha procedido sólo a la crítica de la regulación contenida en el nuevo art. 501, 4º, C.P. Ha sido señalado el defecto legislativo primordial que el delito presenta, es decir, su dudosa capacidad para captar el robo con homicidio preterintencional. Es este un problema significativo, dada la recurrencia de este comportamiento en la realidad criminal. También ha sido mostrado que el llamado robo con homicidio culposo conlleva una perturbación del concepto de la culpa, sugiriendo el error elemental, como Arzt ha puesto en Ale-

(14) Eser, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 21 Aufl., 1982, antes del pgfo. 22, 4.

mania de relieve, de que el tipo reclama que en la ejecución del robo con violencia el autor observe simultáneamente el cuidado necesario, objetivamente debido, para evitar la lesión de la vida (15). Hay en esta situación algo de paradójal y contradictorio. La fórmula legal parece proponer al autor que realice la acción (violenta) con el cuidado que se exige en el tráfico para evitar el resultado homicida.

La subsunción del robo con homicidio preterintencional, en que éste sobreviene a consecuencia de graves malos tratos o lesiones realizados para neutralizar o doblegar la voluntad contraria de la víctima, en el art. 501, 4º, se encuentra excluida quizás por el tenor formal del tipo y por el principio *nulla poena sine lege*. La función del art. 501, 4º, es sin duda agravatoria y no puede extenderse analógicamente a hipótesis no comprendidas en la descripción legal.

La solución del problema es proceder a una nueva regulación que, manteniendo la finalidad perseguida, sobrepase los defectos formales existentes. Esta solución se encuentra reconocida en el derecho penal comparado, en el cual el robo con violencia determinante del resultado mortal es concebido como delito calificado por el resultado, dentro de los delitos contra el patrimonio. El robo despliega un papel rector, como delito base, del que dimana, no un "delito de homicidio", sino la consecuencia agravatoria consistente en la muerte de la víctima. Esta consecuencia ha de ser previsible, imprudente o culposamente producida, en atención al principio de culpabilidad, o mejor, de exclusión de la imputación meramente objetiva, hoy admitido de modo general.

Este método es seguido en el parágrafo 251 del

(15) *Loc. cit.*, pág. 104.

StGB., en el que se sancionan con reclusión perpetua o privación de libertad no inferior a diez años los casos en que “el autor causa mediante el robo, con imprudencia grave (*leichtfertig*) la muerte de otro”. Eser señala que la muerte ha de sobrevenir a consecuencia de una acción que sea parte constitutiva del robo, aunque sin ser necesario que proceda de una acción precisamente dirigida al apoderamiento de la cosa. Podría también tomarse en cuenta la muerte de la víctima por shock ante la amenaza del autor (16).

El Código penal austriaco prevé también en el párrafo 143 un caso de robo con resultado de muerte. El tipo tiene más amplio radio de acción. Toma en cuenta la posibilidad de que el autor cause mediante la violencia ejercitada una lesión corporal con consecuencias permanentes graves, como la pérdida o grave daño del lenguaje, la vista, el oído o la capacidad de procreación, caso penado con prisión de diez a veinte años, o que sobrevenga la muerte, para lo que se prevé la pena de prisión de diez a veinte años o reclusión perpetua. Debe tenerse presente que el párrafo 7 (2) reconoce el principio no hay pena sin culpabilidad, estableciendo que una pena agravada aplicable por una consecuencia particular del hecho, sólo afecta al autor cuando tal consecuencia ha sido al menos producida culposamente.

Finalmente, el Código penal suizo regula también una figura paralela de robo con resultado de muerte. El art. 139, 2, declara que el ladrón será castigado con reclusión no inferior a cinco años cuando amenace a alguien con la muerte, cuando realice el robo como miembro de una banda constituída para la práctica

(16) *Loc. cit.*, pgfo. 251, 4.

contínua del robo o cuando el robo evidencia de otra forma la peligrosidad del autor. La disposición prevé la posibilidad de imponer la pena de reclusión perpetua cuando la persona contra quien se dirige la violencia fallece, si el autor podía preverlo, o cuando obró contra una persona con especial crueldad.

En lo concerniente a tal modalidad de robo con resultado de muerte se trata de un delito calificado por el resultado, con el límite de la previsibilidad de la consecuencia agravatoria dimanante del principio de culpabilidad.

La actual configuración del robo con homicidio culposo del art. 501, 4º, C.P. debe ser objeto de revisión. Hay que cuestionar si la materia ha de seguir las reglas del concurso de delitos o ser sometida al criterio unitario de los delitos calificados por el resultado. La alternativa no es sólo propia del robo con homicidio culposo, sino de todos los delitos calificados por el resultado existentes o susceptibles de ser reconocidos en el sistema (17).

La opción por uno u otro método es cuestionable. No lo es, por el contrario, la necesidad de revisar y modificar el cuadro de agravaciones presentes en el robo con violencia o intimidación. La formación de tipos unitarios, compuestos, constituidos por la fusión legislativa de dos o más delitos, no puede ser producto del criterio arbitrario del legislador. Se

(17) La problemática de los delitos cualificados por el resultado (vid. nota 1) cuenta hoy con la importante investigación de Díez Ripollés, J.L., *Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de Código penal español de 1980*, en *ADPCP*, fascículos tercero de 1982 y primero de 1983, donde se estudian cuidadosamente sus aspectos histórico dogmáticos y político criminales. La presente exposición remite a dicho estudio los presupuestos generales de la materia considerada.

halla sometida a los principio político criminales rectores de la formación del tipo de delito, es decir, a un criterio racional. La adherencia a la realidad actúa aquí como principio irrenunciable. El planteamiento de la cuestión de si debe existir o no un delito de robo calificado por el homicidio posee sentido porque la acción violenta unitaria, básica, pertenece simultáneamente a dos campos valorativos diferentes, es decir, al área del robo violento y del homicidio. La norma base del robo prohíbe la violencia sobre las personas como medio del apoderamiento de la cosa. Esa misma acción está desaprobadada por la norma base del homicidio, norma que tiene como fin prohibir toda acción que introduce un peligro para la vida humana. La unidad de la materia de la prohibición puede ser determinante de la prohibición unitaria de la materia, es decir, de la formación de un tipo único calificado por el resultado.

Esta no es, por ej., la situación del robo acompañado de violación (art. 501, 2º, C.P.). Las acciones típicas propias del robo y de la violación poseen independencia. La unificación legislativa de ambos delitos no es traducción de datos reales. La valoración jurídica unificadora no responde a la unidad de la acción, sino a un propósito intimidativo, represivo, con base en experiencias criminológicas particulares o en sucesos criminales contingentes. La dirección objetiva y subjetiva diferencial de la acción hace injustificable la creación de un tipo compuesto único. Lo mismo que un delito de robo acompañado de violación, podría configurarse un delito de robo violento acompañado de abusos deshonestos, de detención ilegal —o de secuestro— con violación, etc. Cuando se penetra en el mundo de la casuística y se cede al emotivismo en la formación político criminal toda opinión puede tener viabilidad.

V.— El presente escrito trata solamente de mostrar algunos problemas discutibles ocultos en zonas legislativas que poseen gran firmeza histórica. La discusión real de esos problemas debería llevarse a cabo con participación plural de los profesionales competentes. Algunas de las líneas expuestas se presentan, por último, sintéticamente como base de una posible discusión.

I

El robo con homicidio doloso (art. 501, 1º) no es un delito contra el patrimonio, sino un delito contra la vida independiente. En este grupo puede ser concebido como modalidad del asesinato o como especie dentro de los homicidios cualificados, si se opta por esta técnica legislativa, caracterizada por el ánimo de lucro o la codicia del autor del delito. De este modo se incorporarían al tipo hipótesis que, como el delito perpetrado para percibir el importe de un seguro, exceden valorativamente al homicidio simple.

II

El robo con homicidio no doloso, es decir, el robo violento determinante de la (previsible) muerte de la víctima no es técnicamente un delito de robo con homicidio culposo. Es un delito calificado por el resultado con el límite de la exigencia de culpa establecido en el art. 1, pfo. segundo, C.P.

La actual regulación produce incertidumbre sobre el tratamiento del robo con homicidio preterintencional, extraño, en principio, al tenor del art. 501, 4º, C.P.

Deja en la sombra si están comprometidas en el tipo todas las formas de culpa (imprudencia temeraria o simple) reconocidas en los arts. 565 y 586, 3º.

La pena establecida en el art. 501, 4º, carece de correlación valorativa con otros delitos calificados por el resultado paralelos (art. 411, pfo. último, y 348 C.P.) existentes en el sistema.

Debe por todo ello replantearse el problema de los delitos calificados por el resultado como cuestión general de la reforma del código.

III

También debe revisarse el cuadro de cualificaciones del robo con violencia o intimidación acogido en el art. 501 C.P. La formación de tipos compuestos debe reflejar las propiedades unitarias de la materia valorada. En consecuencia carece de sentido la pervivencia del robo acompañado de violación, construcción artificiosa en que se unifican con propósitos intimidativos comportamientos que carecen de propiedades unitarias.

IV

El sistema del delito de robo presenta en el Código penal desviaciones no justificadas frente a principios político criminales acogidos en la parte general.

La reforma del Código penal por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, ha corregido ante todo la proyección del *versari in re illicita* sobre el robo con homicidio y la presunción de presencia en el lugar del hecho antes prevista en el párrafo final del art. 502 C.P. Pero tácitamente ha confirmado otras deformaciones que presenta el cuadro normativo del robo con violencia o intimidación.

V

Carece de fundamento y es anacrónica la regla so-

bre la consumación anticipada del robo con violencia o intimidación que contiene el art. 512 C.P. El fin represivo-intimidativo que persigue vulnera la distinción valorativa entre tentativa y consumación admitida en el Código.

VI

Es también censurable la ampliación artificial del concepto de autor presente en el art. 502.

Esta norma implica una desviación al concepto diferencial de autor reconocido en la parte general. Equivale de hecho a la afirmación del concepto unitario de autor —equiparación de autor y cómplice— en el ámbito del delito de robo con violencia o intimidación. La equiparación a la autoría de la mera presencia en el lugar del robo es una ficción, posiblemente inconstitucional, no admisible en derecho penal.

El lenguaje legislativo del art. 502, en correlación con la experiencia de la criminalidad del pasado siglo, es incompatible con las concepciones actuales sobre la criminalidad organizada.

VII

El tratamiento del robo con homicidio doloso como asesinato u homicidio cualificado evitará el funcionamiento anormal de la reincidencia que origina la adscripción del delito al grupo de los delitos contra el patrimonio.