

Violencia física en las personas en el tipo penal de robo

Una propuesta interpretativa

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

Escribo estas breves reflexiones, con la intuición de que existen ciertos problemas graves en la interpretación que la tradición jurídica argentina ha dado al concepto de violencia física, contenido en la figura típica del robo del artículo 164 del Código Penal argentino.

En particular, me refiero a los casos en que una persona amedrenta a otra –sea con o sin el uso de armas- a efectos de que, sin un transcurso apreciable de tiempo, la víctima le entregue sus pertenencias. Este caso ha sido considerado casi unánimemente por la jurisprudencia, con algunas disidencias doctrinarias aisladas, como constitutivo de la figura bajo análisis.

He aquí los problemas. Según entiendo, no resulta para nada obvia la inclusión dentro de este tipo penal de la clase de conductas ejemplificadas, sino que esto requiere un esfuerzo interpretativo mayor del que muchas veces se realiza por parte de los tribunales, o aún de la doctrina.

A estos efectos, ha de valorarse insuficiente la sola mención de autores tradicionales que apoyan la postura elegida. Por el contrario, la utilización seria de la figura debería incluir un planteamiento del problema y sobre todo, una adopción expresa de las pautas interpretativas que serán utilizadas.

La carencia de análisis, por el contrario, no es más que un ejercicio arbitrario de poder, donde el intérprete decide, según su exclusiva voluntad y sin ataduras de ningún tipo, el ejercicio del poder punitivo estatal.

En palabras de Nicolás SCHIAVO, “... *la posición mayoritaria se construyó del siguiente modo: un autor “A” sustenta la posición amplia sobre la base del argumento dado por un autor “B” y por un fallo dictado por un tribunal “C”, que tuvo como fuente a un autor “D” que a su vez, es la fuente originaria de “B”. Nadie que sustenta la posición amplia hace referencia a “D” porque sus argumentos, hoy, no podrían ser válidamente sustentados, pero junto a la omisión de toda mención a “D” se omite la palabra de los críticos. Como una gran ola que avanza con total desprecio por la ley, la posición amplia se convierte en mayoritaria, y observa con rareza a quién pretende*

señalar lo evidente, ‘el rey está desnudo’, es decir, la ley en el art. 164 CP no hace referencia a la intimidación¹”.

Aquí, por el contrario, formularé expresamente los criterios interpretativos que utilizaré para analizar las figuras, para utilizarlos en el análisis específico de la cuestión, desmenuzando las mejores razones existentes para adoptar una u otra posición y finalmente, realizaré una propuesta de adecuación típica para las conductas, que sea acorde con el programa interpretativo desarrollado.

II. LA INTERPRETACIÓN DE TEXTOS LEGALES

Teniendo en cuenta los objetivos que he propuesto, en primer lugar resulta pertinente realizar una breve exposición acerca de lo que, según entiendo, implica la tarea de la interpretación judicial de los textos legales.

Al respecto, en forma previa a ingresar en la cuestión estrictamente jurídica, resulta imprescindible comprender qué márgenes posee la tarea interpretativa en general, aplicada a cualquier texto.

En este orden de ideas, cabe descartar que la interpretación de un texto pueda, en algún caso, ser unívoca. Esta ficción del sentido único, del mágico acto de descubrir la voluntad comunicativa del emisor, se encuentra muy extendida en ciertos ámbitos tribunalicios y desconoce que el lenguaje tiene una estructura esencialmente abierta, y su interpretación depende principalmente de la posición filosófica y política del lector.

A lo expuesto ha de sumarse que las diferencias -aún las más sutiles- existentes entre las competencias comunicativas del emisor y receptor convierten la posibilidad de un acto unívoco de comunicación en una inalcanzable quimera².

En este sentido, aquél antiguo esquema comunicativo en que el emisor se comunicaba con el receptor por medio de un mensaje transmitido de acuerdo con un código común, resulta demasiado simple para aprehender las complejidades del lenguaje, ya que su modelo omitía considerar, no sólo las competencias comunicativas de los actantes, sino también las complejidades derivadas del uso de diversos géneros

¹ SCHIAVO, Nicolás. “*La violencia física en el robo*”, Fabián di Plácido Editores, Buenos Aires, primera edición, 2005, página 140.

² Al respecto véase KERBRAT - ORECCHIONI, Catherine, “*La enunciación de la subjetividad en el lenguaje*”, Buenos Aires, Edicial, 1993, cap. I.

discursivos y las determinaciones psicológicas, tanto del emisor al codificar el mensaje, como del receptor al decodificarlo³.

Más allá de eso, y específicamente ingresando a la interpretación de textos legales, las lecturas unívocas en muchos casos funcionan como actos de poder, conscientes o no, mediante los que determinados lectores calificados limitan el sentido que ha de darse a ciertos textos de relevancia.

“Esta ficción del tesoro oculto en la obra, caja fuerte del sentido, no tiene evidentemente como fundamento la productividad del lector, sino la institución social que sobredetermina su relación con el texto. La lectura está de alguna forma coliterada por una relación de fuerzas (entre maestros y alumnos o entre productores y consumidores) de la cual se vuelve su instrumento. El uso del libro por parte de los privilegiados lo establece como un secreto del cuál estos últimos son los verdaderos interpretes. La lectura plantea entre el texto y sus lectores una frontera para la cual estos interpretes oficiales entregan sólo pasaportes, al transformar su lectura (legítima también) en una literalidad ortodoxa que reduce a las otras lecturas (igualmente legítimas) a sólo ser heréticas (no conformes al sentido del texto) o insignificantes (abandonadas al olvido)”⁴.

Es importante destacar que no busco propiciar la idea de que toda interpretación es correcta, de que cualquier cosa que se diga acerca de un texto es igualmente válida. Por el contrario, mi posición se encuentra en un punto intermedio entre tales opciones. Considero que, si bien es imposible desentrañar la voluntad del autor de un acto comunicativo cualquiera –situación que se agrava en el caso de las normas, por ser producto de una multiplicidad de voluntades⁵- entiendo posible determinar un sentido, una dirección a la que apunta el texto.

Al exponer esto –repito- no quiero decir que pueda descubrirse “el” sentido de una norma, sino simplemente que existen ciertos significados que no pueden ser afirmados con un mínimo de seriedad, ya que las normas, como todo acto comunicativo,

³ KERBRAT - ORECCHIONI, Catherine, ob. cit., páginas 25/27 y ALVARADO, Maite y YEANNOTEGUY, Alicia “*La escritura y sus formas discursivas*”, EDUEBA, Buenos Aires, 1999, capítulo II.

⁴ DE CERTAU, Michel, “*El oficio de la historia. La invención de lo cotidiano*”, Universidad Iberoamericana, México D.F., año 2007, página 184.

⁵ Un excelente análisis sobre algunos de estos problemas puede verse en GARGARELLA, Roberto. “*De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*”, en el libro coordinado por el autor, “*Teoría y crítica del derecho constitucional*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

tienen una dirección, y dentro de ese marco, existen potencialmente infinitos sentidos que pueden válidamente sostenerse a su respecto⁶.

Y aquí surge como imprescindible la selección de criterios o principios interpretativos, que permitan abordar los textos y limitar este gran abanico de posibilidades, de modo de especificar de modo racionalmente intersubjetivo cuál es el que sentido que se utilizará.

Esta tarea dista mucho de ser inocente o estrictamente científica, sino que está cargada de los valores propios del intérprete. Por ello, resulta una exigencia razonable en forma previa al acto interpretativo, la fijación expresa de los criterios que serán utilizados.

Máxime cuando esta tarea se encuentra en manos del poder judicial, órgano contramayoritario por excelencia, que cuenta con una serie de protecciones funcionales que dificultan la posibilidad de control por parte de los poderes que cuentan con una mayor legitimidad democrática⁷.

III. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS ADOPTADOS

Expuestos los fundamentos metodológicos de mi investigación, dedicaré este apartado a exhibir los criterios interpretativos que utilizaré para analizar la figura en cuestión y las razones que me conducen a su adopción.

Así las cosas, en primer lugar, entiendo que la ley penal no debería ser leída sino a través del principio de estricta legalidad. Éste debe ser entendido, en su primer sentido, como una obligación dirigida al legislador, de ajustar la redacción de las normas que dicta, de forma de limitar en la mayor medida posible el abanico de interpretaciones aceptables.

Esto obliga a evitar, siempre que resulte posible, el uso de términos vagos o ambiguos⁸, en particular a la hora de escoger verbos típicos, para limitar así el ámbito decisorio del poder judicial a la hora de definir su aplicabilidad⁹.

Así también fue entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que al respecto sostuvo: *“en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar*

⁶ En este sentido, véase ECO, Humberto. *“Interpretación y sobreinterpretación”*, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1995, capítulo 1 “Interpretación e historia”.

⁷ Al respecto, véase NINO, Carlos Santiago *“Fundamentos de derecho constitucional”*, Astrea, Buenos Aires, 2002, capítulo “D”.

⁸ Respecto de los conceptos de vaguedad y ambigüedad, véase NINO, Carlos Santiago *“Introducción al análisis del derecho”*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, capítulo V.

⁹ FERRAJOLI, Luigi *“Derecho y razón. Teoría del galantismo penal”*, Editorial Trotta, España, novena edición, año 2009, capítulo II, punto 6.3.

términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad...¹⁰”.

Además, el principio de legalidad estricta posee una manifestación más relevante para esta investigación, en cuanto pauta de interpretación dirigida específicamente a los jueces, que deben optar siempre, dentro de los posibles sentidos de la norma, por aquel que minimiza el campo de aplicación de las normas penales.

Al respecto, nos enseña Zaffaroni que “(e)l principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido mas amplio para la criminalización o uno mas limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma mas limitativa de la criminalización¹¹”.

El autor fundamenta su postura en el principio *in dubio pro reo*, a lo que ha de sumarse la aplicación estricta del principio *pro homine*¹² -actualmente con jerarquía constitucional- que conduce al mismo resultado.

Por otro lado, la utilización de este principio requiere algunas precisiones, ya que si bien funciona como un límite a la discrecionalidad judicial ante la vaguedad de las figuras legales, no resulta del todo idóneo para enfrentar los problemas de ambigüedad.

En particular estoy pensando en las diferencias entre el significado natural u ordinario de los enunciados y aquél que los especialistas en derecho les han dado. Por

¹⁰ CorteIDH, caso “*Kimel c/ Argentina*” del 2 de mayo de 2008.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros “*Derecho penal parte general*”, EDIAR, segunda edición, Buenos Aires, 2005, página 119.

¹² Para una correcta aproximación al principio, véase PINTO, Mónica. “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para al regulación de los derechos humanos*”. En CELS “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

eso, ante esta disyuntiva optaré, en lo sucesivo, por aquella interpretación semántica que respete en mayor medida el sentido natural o coloquial de los términos.

A tal fin, y a pesar de que podría actuarse de forma más protectoria con los intereses de los ciudadanos, estimo que el piso mínimo en este sentido debería ser la utilización de la interpretación normada u oficial de los términos, es decir, aquella que surge del diccionario de la Real Academia Española.

Esta decisión no es de ningún modo caprichosa, sino que reposa en la idea de que las normas jurídicas, y en particular aquellas que, por pertenecer al derecho criminal, tienen un mayor potencial para intervenir sobre la vida de los individuos, deben ser fácilmente accesibles a todos los ciudadanos. De esta manera, al menos podremos intentar cumplir aquél ideal mínimo de cualquier sistema penal racional, según el cual las personas pueden comprender el alcance de sus actos y, en todo caso, prever la posibilidad de una reacción punitiva estatal.

IV. ANÁLISIS DE LA FIGURA ELEGIDA

Ahora bien, entiendo que una lectura del texto legal realizada conforme a los principios expuestos, que obviamente podrían no ser compartidos por el lector, conlleva la necesaria conclusión de que los supuestos bajo análisis –una persona amedrenta a otra, sea con o sin el uso de armas, a efectos de que, sin un transcurso apreciable de tiempo, la víctima le entregue sus pertenencias- se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la figura.

Recuérdese que el artículo 164 del Código Penal prevé una pena para el que “...se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas...”.

Esta figura repite la acción típica del hurto, pero la califica en razón del uso de fuerza en las cosas y, lo que aquí interesa, *violencia física en las personas*.

Al respecto, me atrevería a afirmar, sin demasiado temor a equivocarme, que si a cualquier lego se le preguntara si la conducta hipotética sobre la que estoy trabajando implica un apoderamiento de una cosa con violencia física en las personas (sin utilizar la palabra robo), sostendría la negativa.

Pero mantener mi posición con ese fundamento sería igual de caprichoso y arbitrario que muchas de las posturas que critico, así que intentaré realizar un esfuerzo argumentativo mayor. Por ello, y en el propósito de buscar la interpretación natural del texto legal, acudiré a la definición de los términos “violencia física”.

Al acudir al diccionario de la Real Academia Española, la palabra “violencia” remite, necesariamente, al término “violento”, del que se dice “(q)ue obra con ímpetu y fuerza¹³”. Es decir, según surge de allí, podríamos decir que la figura requeriría un actuar realizado con “ímpetu y fuerza” física, aspecto último que deberá también ser definido.

Al respecto, el diccionario define la palabra en su segunda acepción (la primera refiere a la ciencia física), como “(p)erteneciente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea, en contraposición a moral¹⁴”.

Por todo lo expuesto, bien podríamos concluir que la figura remite, según su análisis específico y de acuerdo al uso convencional de los términos, al apoderamiento de una cosa total o parcialmente ajena, realizado con ímpetu y fuerza realizada sobre el cuerpo de una persona (la discusión acerca de sobre qué cuerpo debe ser ejercida es completamente ajena al objeto de la investigación).

De aceptarse lo expuesto, de ningún modo resultaría razonable incluir cualquier otro tipo de violencia dentro de la figura, al menos si se acepta el principio de estricta legalidad como pauta de interpretación.

Sin perjuicio de lo cual, analizaré las razones más habituales vertidas por la doctrina nacional a efectos de incluir el supuesto de base dentro de la figura de robo.

V. OPINIONES CONTRARIAS EN LA DOCTRINA

Ahora bien, ingresado a este punto, intentaré considerar las razones dadas por los autores para, a pesar de los motivos expuestos, adecuar típicamente las conductas mencionadas a la figura prevista en el artículo 164 del Código Penal.

A tales efectos, descartaré liminarmente aquellas razones que carecen de un mínimo poder de convicción, para centrar mi trabajo en los mejores argumentos dados por la doctrina, cuyo valor será analizado individualmente.

Esta tarea requiere algunos comentarios previos. Resulta sorprendente la liviandad con la que muchos autores de gran valía abordan el problema, que estiman zanjado con una mera cita de autoridad (en muchas ocasiones la misma referencia a la obra de SOLER), o ni siquiera eso, ya que consideran tan obvia su solución, que no requiere ninguna razón en que apoyarse.

¹³ Consultado en la vigésimo tercera edición del diccionario de la Real Academia Española, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=violento.

¹⁴ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=f%C3%ADsica

Esto puede deberse, quizás, a la imposibilidad de referirse a una hipotética voluntad del legislador –forma habitual que utilizamos los juristas para justificar nuestras propias y arbitrarias concepciones- ya que GONZALES ROURA fue muy explícito vedar dicha posibilidad, al decir que *“la violencia en las personas es sólo la física: la moral ha dejado de figurar en el robo. El código ha adoptado un sistema sencillo y neto que evita toda posible confusión del robo con la extorsión. Ha tomado para el robo la violencia física, y ha dejado la violencia moral para la extorsión. Esta reforma fue propuesta por mí al doctor Rodolfo Moreno hijo y ha sido incorporada a la ley¹⁵”*, lo que es aceptado como válido en forma unánime por quienes estudian el tema.

Por ello, sorprende que sistemáticamente los autores que sostienen la postura criticada refieran al concepto de *violencia* como requisito del robo, omitiendo el agregado de *física* que prescribe el Código.

El ejemplo más claro es la obra dirigida por D’ALESSIO, que en todo su análisis utiliza el concepto en forma incompleta, salvo al momento de realizar una cita de autoridad¹⁶, aunque este problema, repito, se encuentra presente en la mayor parte de la literatura sobre el tema.

A pesar del descuido de fundamentación que se observa en la doctrina más moderna, los autores clásicos han brindado algunas razones que, al menos, merecen atención y un esfuerzo argumentativo que permita dejarlas de lado.

Por ejemplo, en su tratado de derecho penal, NÚÑEZ afirmó que *“la amenaza con arma a una persona para apoderar de la cosa ajena, no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obra sobre el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella y, por su poder material, vence su resistencia. No se trata de un medio puramente moral, sino de un acto de apremio físico¹⁷.”*

Como vemos, y sin perjuicio de la abundante cita de autores que coinciden con su parecer, entre los que se encuentran RAMOS, MOLINARIO, GÓMEZ, SOLER, ODERIGO y FONTÁN BALESTRA, ninguna razón nos brinda el autor para fundamentar su opinión, mas allá de su definición dogmática.

¹⁵ GONZALEZ ROURA, Octavio *“Derecho Penal”*, TIII, Buenos aires, Valerio Abeledo, 1922, página 186.

¹⁶ D’ALESSIO, Andrés Jorge (director), *“Código penal: comentado y anotado. Parte especial (arts. 79 a 306)”*, La Ley, Buenos Aires, 2004, páginas 402/403.

¹⁷ NÚÑEZ, Ricardo C. *“Tratado de derecho penal”*, T°IV, Marcos Lerner Editora, Córdoba, año 1989, página 223.

Piénsese que del fragmento extractado no surge de ninguna razón por la cuál la frase “*la bolsa o la vida*”, dicha de forma amenazante por un delincuente, aún con la exhibición conjunta de un arma, pueda ser un “*despliegue de energía física*” dirigido contra el cuerpo de la víctima.

Este convencimiento en la fuerza material de las palabras requeriría, creo, un esfuerzo argumentativo mayor para trascender la esfera de la opinión (calificada) y convertirse en una razón sólida que permita justificar el uso de coerción en un acusado.

Por otro lado, al acudir a SOLER, en búsqueda de mayor claridad, sorprende ver que éste comienza su análisis mencionando como diferencia entre el hurto y el robo la *violencia en las personas*, sin incluir en su descripción la palabra *física*, lo que resulta bastante sintomático, a la luz de mi planteo.

Sin perjuicio de ello, justo es decirlo, el autor enmienda su error y brinda algunas interesantes razones para sostener que la acción bajo análisis se encuentra aprehendida dentro de la figura del robo.

En primer lugar, reconoce que la inclusión del aspecto físico de la violencia se debió a una decisión del órgano legislativo, que aquí tomó la posición de GONZÁLEZ ROURA, en cuanto a que debía considerarse la violencia física exclusivamente en el robo, dejando para la extorsión la violencia moral y la intimidación.

Su oposición a esta idea es terminante. Así, al tratar el tema dijo que este cambio legislativo “... *tenía el propósito de evitar superposiciones entre robo y extorsión: pero para ello se incurría en varias confusiones. En realidad, el remedio resultó contraproducente. En efecto, si por violencia se entiende aquí solamente al acto físico de vencer materialmente la resistencia de la víctima, y arrebatarle la cosa, los hechos en los cuales la violencia se presenta en forma más grave y de ejecución inmediata, por medio de armas, no serían robo. Por ejemplo, si un hombre fuerte toma a una mujer del brazo para quitarle la cartera y, no lográndolo, le pone en seguida un revólver en el pecho, habría robo, pero no por el empleo del revólver, sino por haberle sacudido el brazo a la víctima*¹⁸”.

Este argumento, utilizado también por DONNA, resulta idóneo desde lo emotivo, al impulsar al lector a considerar la inconveniencia de la posición criticada, aunque sea menester destacar que aquí no existe un problema interpretativo en sentido

¹⁸ SOLER, Sebastián. “*Derecho Penal argentino*”. T°IV, TEA, Buenos Aires, 1992, página 274.

estricto, sino la simple consideración del intérprete de que el legislador debió haber evaluado una circunstancia como relevante, cuando omitió hacerlo.

Esta técnica argumentativa esconde, la mayor parte de las veces, un mero desacuerdo valorativo entre el jurista y el legislador, ya que el primero no resulta conforme con la solución que la norma general determina para el caso particular, por lo que sostiene que tal posibilidad no fue tomada en cuenta al dictar la norma, para finalmente aplicarla o no al caso según su propio parecer.

La misma crítica puede hacerse al argumento según el cual la amenaza con armas debería entenderse dentro del robo porque la extorsión no se agrava por su uso. Nuevamente aquí no se ve más que una disconformidad del intérprete con una de las soluciones que parecería surgir de la ley, pero no un análisis acerca de sus términos y alcances.

A ello podría sumarse la posibilidad con que cuenta el juez de utilizar toda la extensión de la escala penal de la figura, que va de los cinco a los diez años de pena de prisión, y la alternativa de utilizar otras figuras legales, que abordaré en el siguiente punto. Téngase en cuenta que el hecho de que GONZÁLEZ ROURA tenga razón al afirmar que la violencia moral no se encuentra dentro del robo, no dice nada acerca de su ulterior afirmación de que ésta se encuentra en la extorsión, sino que esto requiere un esfuerzo argumentativo independiente.

Por otro lado, SOLER distingue entre violencia moral e intimidación, para señalar que la persona que ha sido intimidada está meramente atemorizada sobre un hipotético mal futuro, mientras que la persona que sufre coacción o violencia moral, se encuentra entre dos opciones y sólo dos, cumplir con la manda de su agresor o sufrir las consecuencias negativas auguradas.

En este sentido, considera que la figura de la extorsión no requiere tal certeza en el sufrimiento del mal, por lo que reserva para ella la intimidación.

Concluye al decir que *“Por violencia física se entiende... no solamente la vis absoluta, aquella totalmente independiente de la voluntad de la víctima, sino también toda forma de vis compulsiva consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia”*¹⁹.

En el mismo orden de ideas consideró que este *“sentido de intimidación coincide aquí con lo que Carrara llama violencia tácita, que no por serlo deja de ser física, con*

¹⁹ SOLER, Sebastián, ob. Cit., página 276/77.

*el mismo valor, porque el carácter de violencia física depende mas del medio físico del que el reo se sirve que del efecto causado, siempre que en la víctima produzca el efecto de ser un medio físico*²⁰»

Aquí, el autor crea una distinción ficticia que luego fue repetida por buena parte de la doctrina subsiguiente y que, a mi entender, no justifica de ningún modo la inclusión de tales conductas dentro de la figura del artículo 164.

Por ejemplo, DONNA afirmó que *“la amenaza a mano armada importa una verdadera violencia física, porque aún cuando no medie percusión a la persona de la víctima, la inmovilidad a que se la obliga importa una limitación a la libertad de sus movimientos físicos, esto es, una verdadera y propia violencia...”*²¹»

Piénsese que, aún si por hipótesis se aceptara que existe una diferencia substancial entre quién es amenazado con algún mal futuro para que entregue una cosa y quién es amenazado con sufrir en lo inmediato un mal físico si no cumple con las exigencia del delincuente, esta distinción no basta para convertir a la última de las hipótesis en violencia física.

En todo caso, existiría la amenaza de realizar violencia física, cuya existencia real dependerá del ulterior desarrollo de los hechos, y que no puede ser considerada como un ejercicio actual sino mas que a través de la analogía que, aún si fuera aceptable desde lo valorativo, no es consistente con los principios sostenidos en este trabajo ni con la prohibición expresa que surge de nuestro texto constitucional.

Lo mismo puede decirse de lo expuesto por DONNA: no se duda de la existencia de una privación de libertad o aún de violencia, pero lo que requiere el tipo no es una paralización psíquica del físico de la víctima, sino un ejercicio de violencia física *en* las personas.

Esta idea es tomada por TOZZINI, quien la profundiza y vuelve más fácilmente descartable. En su obra, luego de distinguir entre la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*, concluye al respecto que *“la agravación se produce porque al ataque contra la propiedad se une, ora una violencia psíquica y un daño psicofísico que la intimidación produce en la persona atacada (como cuando se emplea un arma de juguete o descargada, que la víctima cree verdadera), ora una violencia física sobre ella, que la*

²⁰ SOLER, Sebastián, ob. Cit., página 278.

²¹ DONNA, Edgardo Alberto *“Derecho Penal parte especial”*. TºII-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, página 120, con cita de MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO.

coacciona, al ponerla ante un riesgo objetivo de sufrir en daño vital inmediato (como, por ejemplo, ocurre en el caso de la misma amenaza con un arma)...²²

Este argumento, mas allá de su clara inidoneidad, que proviene del sinsentido de decir llanamente que la violencia psíquica es violencia física, ha de ser destacado por poner en palabras claras, ciertos pensamientos que parecen compartidos por todos los autores que sostienen esta postura, y que en general esconden sus frontales desacuerdos valorativos con la ley positiva en subterfugios argumentativos.

Otro de sus argumentos está dado por la temporalidad de la entrega de la cosa: si ella es inmediata, la intimidación resulta constitutiva de robo, mientras que si existe un período de tiempo sensible entre ésta y la entrega, se trata de extorsión. En el mismo sentido, la doctrina mas moderna ha dicho que “*aún en la vigencia del Código de 1921, SOLER había mantenido (con la misma formula de ahora) la tesis de la discontinuidad y la desarticulación como características de la estructura especial de la extorsión: existe un intervalo entre amenaza y provecho, sea que el provecho esté aquí y la amenaza allá o viceversa...²³*”.

En primer lugar, es justo señalar que esta distinción no surge de ningún modo de los textos legales, pero aún si por hipótesis se aceptara que la extorsión posee como requisitos típicos la discontinuidad y desarticulación mencionadas por la doctrina, esto nada dice acerca de la inclusión de los casos en que estos elementos no existen dentro de la figura prevista por el artículo 164²⁴.

Aquí se observa un problema muy común: el temor a perder parcelas de imputación, que termina llevando a los interpretes a una extensión analógica que amplía los términos legales mucho mas allá de sus límites.

Por ello, la solución acorde a los principios adoptados sería comprender que, si la extorsión no prevé las conductas, no sólo por eso éstas podrán ser incluidas dentro de la figura del robo, ya que aún carecerán de *violencia física* como elemento típico. Así, si se considera que no existe ninguna otra figura que permita aprehenderlas (en el punto siguiente realizaré una propuesta al respecto), habrá de encuadrarse la conducta como

²² TOZZINI, Carlos A. “*Los delitos de robo y hurto*”, Depalma, Buenos Aires, 1995, página 256.

²³ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R. “*Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”, Astrez, sexta edición BUENOS AIRES, 2007, T^o2, página 114.

²⁴ Por ejemplo, NUÑEZ criticaba esta idea, al decir que la distinción planteada por SOLER tiene origen en la exposición de motivos del año 1891, relativa a un Código que incluía la intimidación como modalidad comitiva del robo, lo que determinaba la necesidad de distinción. Esto surge de la obra citada, en sus páginas 255/56.

un hurto o, en caso extremo, valorársela atípica, pero nunca ampliarse los alcances de otra de las figuras de forma analógica.

Por otro lado, LAJE ANAYA sustenta su idea en razones diferentes. En su obra afirmó que *“si el autor del delito infunde miedo mediante la advertencia que extraerá un arma para vencer la eventual resistencia que la víctima pudiera hacer en su defensa, el simple apoderamiento deja de ser tal y se transforma en robo por la circunstancia que a este delito lo caracteriza. No cabe duda que una cosa es tratar de impedir un hecho que se presenta cometido a mano limpia, y otra es poder reaccionar a mano limpia frente a una amenaza de emplear armas”²⁵*

Este argumento quizás podría tener algún sustento en cuanto crítica a la ley positiva, pero en cuanto a propuesta interpretativa carece de toda racionalidad republicana. Frontalmente y sin subterfugios de ningún tipo, el autor eligió olvidar los requisitos legales y reemplazarlos por lo que según él la norma debería afirmar. Específicamente, consideró que para que exista robo no debería existir violencia física en las personas, sino un particular estado de indefensión de la víctima. Esto no es accidental, sino que se muestra a lo largo de toda la obra, donde el aspecto físico de la violencia en las personas es mencionado sólo al titular los capítulos, sin siquiera considerarlo durante el desarrollo de su teoría.

De tal modo, considero que ninguno de los criterios reseñados resulta suficiente para incluir la situación hipotética planteada dentro del tipo penal de robo, al menos desde la perspectiva interpretativa propuesta.

Por ello, a menos que se piense renunciar al principio de legalidad estricta como forma de interpretación de los textos legales, no resta más que buscar adecuaciones típicas alternativas que permitan aprehender las conductas.

VI. PROPUESTAS

Creo haber logrado mostrar, hasta ahora, que el uso de la figura prevista en el artículo 164 resulta por completo incompatible con el tipo de conductas hipotéticas planteadas al comienzo del trabajo.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, imagino a algunos lectores preguntándose a dónde conduce todo este esfuerzo. Pensando que lo realizado hasta ahora es simpático, pero incompleto. Cometiendo así una injusticia, al no considerar suficientemente

²⁵ LAJE ANAYA, Justo. *“El robo y la extorsión en la doctrina judicial argentina”*, primera edición, Córdoba, Alveroni, 2004, página 85.

valiosa la deconstrucción de un concepto, el análisis de todas las razones que lo sustentan y su crítica fundada.

Aún así, expondré mis intuiciones al respecto. No con la pretensión de que estas sean correctas, ya descarté esa posibilidad al comienzo del trabajo, sino en el convencimiento de que resultan una hipótesis adecuada –entre otras- para resolver la cuestión.

En este sentido, es honesto reconocer que esta propuesta de solución me fue expuesta por el Profesor VITALE en un breve artículo publicado en la revista “*Pensamiento Penal*”²⁶. Allí, luego de desmenuzar concienzudamente las hipótesis básicas y negar la posibilidad de que ante situaciones como la planteada al inicio del trabajo pueda existir un robo, manifestó sus ideas alternativas.

Él deja para el robo los casos en que ha existido violencia física (entendida en sentido estricto), y para los casos en los que ha existido violencia moral consideró aplicable la figura de hurto, en concurso ideal con la figura del último párrafo del artículo 149 bis –amenazas coactivas- y sus agravantes por el uso de armas²⁷.

Creo que esta forma de abordar la cuestión es la que brinda una respuesta más adecuada al conflicto, sin forzar la letra de la ley, conforme a los principios adoptados.

Así, el autor nos muestra que en el supuesto bajo análisis existe una conducta que afecta dos bienes jurídicos diferentes, la propiedad y la libertad.

Entiendo que el hurto como figura básica permite encuadrar perfectamente la conducta, ya que, tanto si el sujeto activo toma la cosa como si le es entregada, ha existido un apoderamiento –entendido como “*hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder*”²⁸– de una cosa total o parcialmente ajena, sin ninguna de las circunstancias que permitirían calificarlo.

A su vez, la figura de la coacción prevé una pena de dos a cuatro años para aquél que hiciera uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

El análisis de las palabras elegidas por los legisladores, nos indica que las amenazas²⁹ consisten en una intimidación, entendida como la causación de miedo³⁰.

²⁶ VITALE, Gustavo L., “¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas?”, publicado en www.pensamientopenal.com.ar/4813VITALE.doc.

²⁷ En el mismo sentido, véase SCHIAVO, Nicolás, ob. Cit., capítulo VIII

²⁸ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=apoderar

²⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=apoderar

³⁰ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=apoderar

Así, la figura podría leerse en el sentido de prever una pena para aquel que infunda miedo a una persona, para obligarlo a hacer, dejar de hacer o soportar algo en contra de su voluntad.

Indudablemente quién anuncia a otro la posibilidad cierta de causarle un daño inmediato si no le permite apoderarse de sus pertenencias, le está infundiendo miedo para obligarlo a hacer (entregar) o dejar hacer (permitir tomar) sus pertenencias.

Esto, a su vez, permite olvidar aquella discusión –carente de sentido- sobre la diferencia entre los sujetos activos que tomaban las cosas de las que se apoderaban o les eran entregadas.

Por otro lado, se brinda respuesta a aquella crítica realizada por SOLER, en cuanto a que la extorsión no distinguía entre las conductas realizadas con o sin armas, ya que el artículo 149 ter. agrava el grupo de acciones previstas cuando son realizadas mediante el uso de estas.

Además, el concurso con la figura básica del artículo 162 resulta idóneo para encuadrar la afectación del patrimonio de la víctima y mantener los principios interpretativos que guían mi tarea.

Justo es decirlo, bien podrían plantearse objeciones a esta idea³¹. Principalmente, desde la teoría general resultaría razonable argumentar que, por existir una norma especial que englobaría la totalidad de la conducta –la figura de la extorsión- no debería acudir a los concursos a la hora de encuadrarla típicamente.

De esta forma, mi propuesta lejos de ser minimizadora de la coerción estatal, aplicaría una pena mucho grave a conductas que, de utilizar la figura del robo, acarrearían una sanción ciertamente menor. Específicamente, según esta postura, si a una acción base se aplicara la figura del robo correspondería una pena de entre un mes y seis años de prisión, mientras que la escala prevista e para la extorsión por el artículo 168 del Código de fondo sería de entre cinco y diez años.

Si bien desde ciertas posiciones esto sería correcto, entiendo que existen buenas razones para descartar esta idea.

En primer lugar, téngase en cuenta que el principio de ley especial no cuenta con ningún sustento normativo y, lejos de ser un principio lógico, no es mas que una

³¹ Agradezco a los profesores Pablo Laufer y Luís Niño haberme mostrado algunos de los problemas que podría mostrar mi posición.

herramienta más que intenta brindar soluciones racionales a casos conflictivos³². De tal forma, ante una situación en la que ambas posibles respuestas estatales son coextensivas, es decir, brindan respuestas para un idéntico universo de casos, bien podría primar la idea minimizadora de la violencia estatal por sobre la aplicación del citado principio.

Piénsese que mi propuesta sobre el tema sólo implicaría dejar de lado el principio de especialidad en una situación en que existen dos respuestas posibles – ambas interpretativamente aceptables- frente a un conflicto, mientras que, por el contrario, lo que se propone es obligar a la ley a decir algo que ella no dice, en procura de limitar la pena que podría corresponder a un acusado por un hecho.

Cabe hacer una crítica sobre este punto. El garantismo penal no es una mera búsqueda sin sentido de menores escalas penales, sino que su programa implica la pretensión de dotar de mayor racionalidad al sistema penal, lo que no se logra decidiendo arbitrariamente la aplicación de figuras penales, por la mera voluntad de un intérprete disconforme con las consecuencias de aplicar la ley.

Pero, aún si una férrea adhesión al principio de especialidad condujera a aplicar la figura de la extorsión –respuesta que, cabe recordar, no comparto- esto de ningún modo faculta a los jueces a apartarse de las lecturas posibles de la ley, eligiendo discrecionalmente la norma de su agrado –en el caso, el artículo 164 del Código Penal- en función de la pena que creen merece un imputado

Por el contrario, un respeto mínimo de las reglas del sistema, y sobre todo del lugar en que nuestro régimen constitucional ha situado a los juristas, nos obliga a aplicar la norma emanada de los poderes que cuentan con mayor legitimidad democrática.

De esta forma, creo haber mostrado un camino alternativo, ciertamente discutible, pero alejado de arbitrariedades interpretativas, y consistente con el modelo propuesto.

³² Al respecto, véase GUARINONI, Ricardo Víctor, “*Ley especial, posterior y superior. Clasificación y preferencia en la interpretación jurídica*”, La Ley, 10 de junio de 2003, punto II.

VII. FUENTES

- ALVARADO, Maite y YEANNOTEGUY, Alicia “*La escritura y sus formas discursivas*”, EDUEBA, Buenos Aires, 1999.
- BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl (directores). “*Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, T°6, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R. “*Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”, T°2°, Astrea, sexta edición, Buenos aires, 2007.
- CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo “*Derecho penal. Parte especial*”, séptima edición, Astrea, Buenos aires, 2007, T°I.
- COPI, Irving M. “*Introducción a la lógica*”, Eudeba, Buenos Aires, 1995.
- DONNA, Edgardo Alberto “*Derecho Penal parte especial*”. T°II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- ECO, Humberto. “*Interpretación y sobreinterpretación*”, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*”, Editorial Trotta, España, novena edición, año 2009.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. “*Derecho penal parte especial*”, Abeledo Perrot, 16ª edición, Buenos Aires, 2002.
- GARGARELLA, Roberto. “*De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina*”, en el libro coordinado por el autor, “*Teoría y crítica del derecho constitucional*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GONZALEZ ROURA, Octavio “*Derecho Penal*”, T°III, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922.
- GUARINONI, Ricardo Víctor, “*Ley especial, posterior y superior. Clasificación y preferencia en la interpretación jurídica*”, La Ley, 10 de junio de 2003.
- LAJE ANAYA, Justo. “*Comentarios al código penal*”, vol II, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- LAJE ANAYA, Justo. “*El robo y la extorsión en la doctrina judicial argentina*”, primera edición, Córdoba, Alveroni, 2004.
- NINO, Carlos Santiago. “*Introducción al análisis del derecho*”, Ariel Derecho, Barcelona, España, julio de 1991.

- NUÑEZ, Ricardo C. *“Tratado de derecho penal”*, T°V, Marcos Lerner Editora, Córdoba, año 1989, página 223.
- PINTO, Mónica. *“El principio pro homine. Criterios de hermenèutica y pautas para al regulación de los derechos humanos”*. En CELS “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- ROMERO, Nancy Gladys y otros. *“Curso de delitos contra la propiedad. Hurto – robo – extorsión”*, primera edición, Buenos Aires, Fabián di Plácido editor, 2008.
- SCHIAVO, Nicolás. *“La violencia física en el robo”*, Fabián di Plácido editores, Buenos Aires, primera edición, 2005.
- SOLER, Sebastián. *“Derecho Penal argentino”*. T°IV, TEA, Buenos Aires, 1992
- TOZZINI, Carlos A. *“Los delitos de robo y hurto”*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- VITALE, Gustavo L., *“¿Robo con armas, extorsión o coacción con armas?”*, publicado en www.pensamientopenal.com.ar/4813VITALE.doc.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros *“Derecho penal parte general”*, EDIAR, segunda edición, Buenos Aires, 2005.