

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04397368-6/1((018601-37180))

F. Y QUER. PART. C/ BARRIONUEVO TARRAGONA DIEGO PABLO P/  
HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN C.I. CON HOMICIDIO  
CALIFICADO POR EL USO DE ARMA (37180/16) P/ RECURSO  
EXT.DE CASACIÓN  
\*104476661\*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04397368-6/1, caratulada “FC/ BARRIONUEVO TARRAGONA, DIEGO PABLO P/ HOMICIDIO CALIFICADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSE V. VALERIO**, segundo **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero **DR. MARIO D. ADARO**.

La defensa oficial de Diego Pablo Barrionuevo Tarragona interpone recurso de casación (fs. 742/753) contra la sentencia N° 7 (fs. 733) y sus fundamentos (fs. 735/740 vta.), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua por considerarlo co-autor penalmente responsable del delito de homicidio *criminis causae* agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 45, 80 inc. 7, 41 bis, 55, 166 inc. 2, segundo párrafo y 42 del C.P.) en la causa N° P-37.180/16. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado II.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso interpuesto?

**SEGUNDA:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:**

### **1.- Sentencia recurrida**

El tribunal de juicio tuvo por probado que: *«el día 4 de abril de 2016, siendo aproximadamente las 23:00 horas, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y un sujeto NN, este último portando un arma de fuego, ingresaron por la puerta principal que se encontraba sin llave, al domicilio ubicado en calle Castro Barros N° 4312 de Coquimbito, Maipú, Mendoza. Inmediatamente, ambos, abordaron a Aldana Fernanda Estefania Córdoba y su novio Jonathan David Kochan Estrella, quienes se encontraban en el lugar, apuntándolos en todo momento, el sujeto que tenía el arma en su poder. En ese momento, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona, se dirigió a donde se encontraba un televisor LED Marca Samsung de 46 pulgadas y mientras intentaba apoderarse del mismo, el sujeto NN, llevó a las víctimas a una de las habitaciones y les dijo, métanse ahí, e inmediatamente después se dirigió a otra habitación de la casa donde se encontraba Marta Margarita Estrella y su esposo Rubén Alberto Kochan Galvan, quien al advertir la situación comenzó a forcejear con el sujeto NN, intentando hacerlo salir de la casa. Al ver lo que estaba pasando, Jonathan David Kochan Estrella intervino en defensa de su padre y tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás. En ese momento, el sujeto efectuó un disparo con el arma de fuego que portaba, impactando el mismo en Rubén Alberto Kochan Galvan, quien falleció en el lugar a consecuencia de la herida sufrida. Inmediatamente, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y el sujeto NN se dieron a la fuga, sin sustraer ningún elemento».*

Para así decidir valoró primordialmente: el acta de procedimiento de fs. 11/12; las declaraciones testimoniales de Aldana Fernanda Estefanía Córdoba, de Jonathan David Kochan y de Marta Margarita Estrella; la necropsia realizada por el Cuerpo Médico Forense; y el informe policial de fs. 285/288.

### **2.- Recurso de casación**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 incisos 1 y 2 del Código Penal. Veamos.

Considera que la sentencia en crisis viola el principio de razón suficiente, atento a que el encuadre de la conducta del imputado como “coautor” del delito de homicidio *criminis causae*, no se corresponde con la prueba obtenida en el proceso, especialmente en el debate oral y público (ver recurso, fs. 746).

Sostiene que de la prueba quedó demostrado, tal como surge de la declaraciones testimoniales de los tres testigos presenciales, que el imputado Diego Barrionuevo Tarragona nunca se dirigió a las víctimas, que nunca les exhibió un arma de fuego, que siempre estuvo en la parte de adelante de la casa intentando sacar el televisor, y que el hecho -desde que ingresaron hasta que se produjo la muerte de Rubén Kochan- duró aproximadamente 5 minutos (ver recurso, fs. 746 vta.).

Señala que el imputado Barrionuevo Tarragona reconoció que aceptó ir a robar con otro sujeto, pero que desconocía que llevaba un arma. También manifiesta que se dio cuenta de la existencia del arma cuando estaba en la casa, que no esgrimió ningún arma, que no se dirigió a las víctimas, que cuando escuchó el disparo se asustó y salió de la casa y que le dijo al sujeto que llevaba el arma que se fueran. La recurrente agrega que la versión del imputado coincide con lo declarado por los testigos en cuanto a su participación en el hecho que se le atribuye (ver recurso, fs. 746 vta./747).

Considera que el *a quo* aplicó extensivamente las normas de la co-autoría (art. 45 del C.P.), al atribuirle al imputado una conducta realizada por otro. La muerte no era parte del plan, por lo que Barrionuevo no puede responder por los excesos del otro partícipe del hecho, atento a que estima que ello contradice el principio constitucional de responsabilidad por el acto propio. Agrega que no fundó debidamente su autoría en el homicidio que se le imputa (arts. 1, 18, 19, 33 de la Constitución Nacional) (ver recurso, fs. 746 vta./747 vta.).

Agrega que de la prueba recepcionada no puede deducirse el dolo homicida del sujeto que llevaba el arma, y mucho menos de Barrionuevo. Así, sostiene que no existió controversia con respecto a que el disparo se produjo en el contexto de un forcejeo entre la víctima, el sujeto que llevaba el arma y el hijo de la víctima, todo ello en una acción dinámica hacia afuera de la casa. Por lo que considera que la inesperada resistencia de la víctima fue el desencadenante del cambio en el curso causal de los acontecimientos, desviando el robo con armas en una tragedia inesperada, pero de ningún modo deseada por Barrionuevo (ver recurso, fs. 748 vta.).

En cuanto al vicio *in iudicando*, estima que en el caso bajo examen, los datos fácticos establecidos en el hecho acreditado permiten calificarlo como homicidio con motivo de robo (art. 165 del C.P.). Señala que dicha disposición comprende todas las muertes que se originen en el proceso de violencia desatada a raíz de la consumación o tentativa del robo. En efecto, de prosperar el agravio correspondería aplicar una pena temporal que oscila entre 10 y 25 años (ver recurso, fs. 752 vta.).

Hace expresa reserva del caso federal.

### **3.- Dictamen del señor Procurador General**

El Procurador General considera que el recurso de casación no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Advierte que la impugnación se basa en la estrategia defensiva que, partiendo de una nueva valoración e interpretación del plexo probatorio, especialmente de las testimoniales rendidas en el curso del debate, intenta ubicar a Barrionuevo Tarragona prácticamente como una víctima más del otro sujeto; alguien sorprendido por la presencia del arma que intentó sustraer un televisor, y totalmente ajeno a los demás eventos.

Sostiene que de la lectura de los fundamentos surge que el tribunal

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

sentenciante contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida en este estadio procesal a los fines de condenar al recurrente tal como lo hizo.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, debiendo rechazarse los agravios *in procedendo* invocados, ya que constituyen una mera discrepancia con los fundamentos de la sentencia.

Al finalizar señala que corresponde que esta Sala no haga lugar al recurso de casación, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

#### **4.- Solución del caso**

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación.

Luego del análisis del recurso como de la sentencia atacada, arribo a la conclusión que en la última se observan los vicios que le asigna el recurrente.

A los fines del análisis de la impugnación formulada abordaré los agravios que atacan la plataforma fáctica que el *a quo* tuvo por acreditada y posteriormente, los agravios sustanciales referidos a la modificación del encuadre legal.

En primer lugar, considero que no le asiste razón al recurrente con respecto al cuestionamiento referido a que el encuadre de la conducta del imputado Barrionuevo como “coautor” del hecho atribuido no se corresponde con la prueba obtenida en el proceso. En efecto, el tribunal de juicio, en razonamiento que comparto, consideró que la intervención de Barrionuevo en el hecho debía calificarse como de coautoría, atento que existió una clara división de tareas entre los intervinientes. Ello, y conforme se tuvo acreditado, en tanto ambos ingresaron en la vivienda, y mientras el sujeto no individualizado amedrentaba a las víctimas apuntándolas con un arma de fuego, Barrionuevo aprovechaba e intentaba sustraer un televisor de la vivienda.

Asimismo, debe señalarse que surge de la prueba colectada en el proceso que Barrionuevo tenía conocimiento que el sujeto no individualizado ingresó al domicilio con un arma de fuego. Esto surge de las declaraciones de Aldana Córdoba y Jonathan Kochan, quienes afirmaron que el sujeto que acompañaba a Barrionuevo ingresó a la cocina esgrimiendo un arma de fuego y los amenazó a viva voz que se quedaran quietos o los mataba. Por esta razón considero que la circunstancia de la existencia del arma y su uso en el hecho no podía ser desconocida por Barrionuevo, quien se encontraba a poca distancia de ellos. Es decir, desde el inicio del hecho el acusado sabía que su compañero se encontraba armado.

En segundo lugar, estimo que le asiste razón al recurrente cuando afirma que la sentencia cuestionada adolece un vicio de fondo. Adviértase al respecto que el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que «[...] *Rubén Alberto Kochan Galvan, quien al advertir la situación comenzó a forcejear con el sujeto NN, intentando hacerlo salir de la casa. Al ver lo que estaba pasando, Jonathan David Kochan Estrella intervino en defensa de su padre y tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás. En ese momento, el sujeto efectuó un disparo con el arma de fuego que portaba, impactando el mismo en Rubén Alberto Kochan Galvan, quien falleció en el lugar a consecuencia de la herida sufrida. Inmediatamente, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y el sujeto NN se dieron a la fuga, sin sustraer ningún elemento*».

Tal plataforma fáctica tenida por acreditada por el *a quo* no es susceptible de ser encuadrada en las previsiones de los artículos 80 inc. 7, 41 *bis*, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del C.P. -homicidio *criminis causae* agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa-, tal como hizo el tribunal de sentencia, sino que, por el contrario, debe calificarse conforme las previsiones del art. 165 del C.P. -homicidio con motivo u ocasión del robo-.

Se advierta que, conforme a los hechos probados, el imputado

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Barrionuevo junto con un sujeto no individualizado se propusieron el robo, ingresando a la vivienda con un arma de fuego y, al momento de cometerlo, se le presentaron circunstancias ajenas al plan escogido, como fue el forcejeo con Jonathan Kochan, lo que dió lugar al homicidio de Rubén Kochan. De acuerdo a ello resulta claro que debe excluirse la figura del artículo 80 inc. 7 del C.P., por no darse las condiciones del homicidio *criminis causae*, particularmente la conexión subjetiva entre el homicidio y el otro delito, es decir, la exigencia de que Barrionuevo haya vinculado ideológicamente el homicidio con el robo.

En otras palabras no se verifica en el caso concreto el aspecto subjetivo del ilícito contenido en el art. 80 inc. 7 del C.P., puesto que la norma en cuestión requiere como elemento esencial la ultraintencionalidad por parte del autor del homicidio, es decir que el homicidio *criminis causae* posee un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, una ultrafinalidad. En definitiva, de conformidad a los hechos acreditados no existió en Barrionuevo el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la víctima en conexión con el robo que se había propuesto perpetrar.

En síntesis, si bien la calificación señala cuestiones de la plataforma fáctica, desde esta estructura lógica jurídica de la sentencia ello resulta objetable de la reconstrucción de la plataforma fáctica.

En definitiva, el razonamiento no tuvo argumentos sólidos que acrediten esa conexión que requiere la figura legal que aparece más presupuesta que acreditada o, por lo menos, la duda en este aspecto beneficiaría al acusado.

Por tal motivo entiendo que los hechos atribuidos al acusado deben encuadrarse en la figura prevista por el art. 165 del C.P.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación intentado por la defensa de Diego Pablo Barrionuevo Tarragona.

ASI VOTO.

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:**

Comparto la solución a la que llega mi colega de Sala, sin embargo, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones en torno a la figura contenida en el art. 165 C.P.

a.- Consideraciones preliminares

Como es sabido, el alcance del tipo penal del robo calificado por homicidio, desde su incorporación en el Código Tejedor de 1867, es objeto de una viva controversia, referida a cuáles son los homicidios abarcados por la figura.

El art. 165 C.P. tiene como antecedente el Código penal español de 1870, que a su vez recogía la norma del Código penal español de 1848. El texto español pasó a distintos códigos hispanoamericanos, sin embargo –a diferencia de la ley argentina– en la española no coexiste con una norma como la del art. 80, inc. 7 C.P.

Determinar qué muertes abarca el robo calificado por homicidio implica resolver dos cuestiones que delimitan la praxis dogmática. En primer lugar, la existencia del art. 80 inc. 7 C.P. impone delimitar su alcance con precisión, pues a una y otra figura subyacen antecedentes de Derecho comparado disímiles y los códigos penales no suelen incorporar ambos tipos. En segundo lugar, no debe perderse de vista la articulación con base en el principio de proporcionalidad entre la escala penal del art. 165 C.P. –un tipo penal que protege dos bienes jurídicos– y la escala penal de las sanciones jurídico-penales referidas a cada modo de ataque en particular, en función de las reglas del concurso.

Inicialmente, se advierte en la doctrina un acuerdo unánime en excluir del robo calificado por homicidio toda muerte que posea la particular conexión prevista en el homicidio *criminis causae*: aquí el homicidio es un medio o, como en el último supuesto del art. 80 inc. 7 C.P., una reacción frente a un objetivo delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

la vida de otro.

No obstante, el consenso termina cuando se trata de resolver los problemas hermenéuticos que produce el art. 165 C.P. en relación con qué muertes quedan comprendidas por él. Al respecto, existen tres tesis fundamentales: la tesis que incluye sólo los resultados de muerte preterintencionales e imprudentes, excluyendo los dolosos (Soler); la tesis que incluye los resultados de muerte imprudentes y dolosos (Nuñez); la tesis que incluye los resultados de muerte dolosos y excluye los imprudentes (Fontán Balestra). Esta discusión pone el acento en el tipo subjetivo del homicidio y, al efecto de proceder inmediatamente al desarrollo de los aspectos centrales de mi postura, me permito darla por conocida.

b.- El alcance del homicidio *criminis causae*

El art. 80 inc. 7 C.P. agrava la comisión de un homicidio cuando este es un medio o una reacción frente a un objetivo delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por la vida de otro.

La doctrina explica que el tipo del homicidio *criminis causae* contiene elementos subjetivos distintos del dolo, particularidad que se presenta como una de las diferencias centrales con el robo calificado por homicidio. Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden el conocer que se realiza el tipo objetivo o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtener esa realización.

Por un lado, los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, comprenden las *ultrafinalidades*, esto es, cuando el tipo subjetivo exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda al tipo objetivo. En la figura del art. 80 inc. 7 C.P. se trata de los casos en los que el autor mata para ocultar otro delito, asegurar sus resultados o procurar la impunidad (supuestos que presentan la estructura de un delito de resultado recortado) o para preparar, facilitar o consumir otro delito (supuestos con la estructura de un delito

incompleto de dos actos).

Si bien tanto los delitos de resultado recortado, como los delitos incompletos de dos actos son delitos de tendencia interna trascendente, en concreto, presentan ciertas diferencias. En el primer caso, el autor ya ha hecho todo lo que podía hacer, es decir, no es necesario que se realice un segundo acto para que se produzca todo el perjuicio real. El autor ha realizado al menos una tentativa de delito y, mediante el homicidio, pretende ocultarlo, asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para un tercero. La tendencia interna trascendente no necesita ser exitosa para que el delito se consuma, es decir, no es necesario que, en efecto, se oculte el delito, se aseguren sus resultados o los autores consigan profugarse. El resultado se “recorta”.

En el segundo caso, relativo a los homicidios ejecutados para preparar, facilitar o consumir otro delito, el legislador valora negativamente un proceso ejecutivo desdoblado en varios actos, de los cuales, sin embargo, mutila alguno de ellos, es decir, se contenta para la consumación con una parte de esos actos. Aquí el tipo prevé, a diferencia del subgrupo anterior que, o bien el mismo autor, o bien un tercero, realicen, al menos, otro acto con posterioridad al realizado en primer término.

Finalmente, debe realizarse un matiz cuando el homicidio se comete por no haberse logrado el fin propuesto al intentar otro delito. En el último supuesto del art. 80 inc. 7 C.P. el autor no pretende alcanzar un resultado posterior o dividir el proceso ejecutivo con un tercero, sino que, mediante el homicidio, pone de manifiesto el motivo que guía su comportamiento: la frustración del delito que se proponía inicialmente. Aquí ya no se está frente a una ejecución que se caracteriza por la *ultrafinalidad*, sino por la conformación de una motivación especialmente reprochable.

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que de la clasificación anterior se derivan consecuencias dogmáticas decisivas. Por un lado, porque no siempre será necesario verificar el comienzo de ejecución del delito para apreciar

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

un homicidio *criminis causae*; por otro lado, porque la ubicación del último supuesto del art. 80 inc. 7 como un motivo en el ámbito del injusto o de la culpabilidad determina que a este puedan acceder los partícipes, según el principio de accesoria limitada; y, finalmente, en lo que ahora interesa, porque la presencia de estos elementos subjetivos permite excluir la aplicación del art. 165 C.P.

c.- El robo calificado por homicidio

c.a.- Sobre los problemas que plantea la figura

Un tipo subjetivo que no tiene una perfecta contrapartida en el tipo objetivo, sino que lo excede en tanto objeto de referencia, de acuerdo con lo dicho en el apartado anterior, cancela la posibilidad de recurrir a la figura del art. 165 C.P. para calificar un homicidio llevado a cabo en un proceso ejecutivo de robo. Sin embargo, esto no implica que sea correcto intentar una definición negativa del homicidio calificado por robo.

Quien postula que todo lo que no es homicidio *criminis causae* es, dadas las circunstancias espacio-temporales, robo calificado por homicidio yerra por varias razones.

Primero, porque podría suceder que un homicidio que se realiza durante el proceso ejecutivo de un robo diera lugar a un concurso de delitos. No verificados en el caso concreto los elementos subjetivos distintos del dolo exigidos por el art. 80 inc. 7 C.P., ni tampoco los peligros especiales de muerte inherentes a la violencia del robo requeridos por el art. 165 C.P., subsiste la posibilidad, por ejemplo, de apreciar un concurso entre las figuras del art. 79 C.P. y el 164 C.P.

Segundo, porque en cada caso debe comprobarse una imputación de responsabilidad jurídico-penal que respete rigurosamente el principio de culpabilidad, lo que implica en algunos casos que, a pesar de verificarse una relación de causalidad entre el robo y el homicidio, este se explique

normativamente por factores ajenos al autor.

Tercero, porque la labor dogmática no debe ser ajena a la relación que existe entre las distintas figuras penales en juego. El principio de proporcionalidad debe guiar la praxis jurídica y esto implica que la gravedad de la sanción debe vincularse con la gravedad del hecho cometido por el autor.

Sentado esto, a continuación, analizo los problemas que plantea el homicidio calificado por robo con el fin de determinar su alcance.

c.b.- Tipo objetivo: el homicidio como realización del peligro creado por la violencia o fuerza del robo

Una interpretación del art. 165 C.P. no puede ensayarse al margen de la teoría de la imputación objetiva. Esto significa rechazar cualquier vía de solución que no se ocupe de determinar normativamente las propiedades objetivas y generales que ha de presentar el comportamiento punible.

Desde luego, aunque no puede negarse que la causalidad es necesaria en los delitos de resultado en sentido estricto, no es correcto responsabilizar al autor por toda muerte causalmente vinculada a la ejecución del robo, solo porque aquella ocurre en circunstancias espacio-temporales en las que esta se lleva a cabo.

La muerte debe serle objetivamente imputable al autor. Este punto de partida es fundamental, pero no suficiente, pues si bien permite desgravar al autor por cuestiones que no son asunto suyo o sencillamente son desgracias, todavía no brinda una imagen nítida de lo que verdaderamente es el robo calificado por homicidio. Como advertí más arriba, cuando éste sea competencia del autor, aún debe disputarle su lugar tanto al homicidio *criminis causae*, como al concurso de delitos con el homicidio simple.

El robo calificado por homicidio es objetivamente imputable cuando el robo ha creado un peligro no permitido de muerte vinculado con la configuración concreta de la violencia en las personas o fuerza en las cosas que se

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

ha realizado en el resultado muerte.

Para calificar el robo por homicidio ha de determinarse, en primer término, que el comportamiento haya creado un peligro jurídicamente desvalorado de muerte derivado de la violencia en las personas o fuerza en las cosas desplegadas con el fin de desapoderar a la víctima de la cosa. Por ejemplo, el autor utiliza un artefacto explosivo para realizar un boquete en una de las paredes del banco y, una vez detonado, causa la muerte a un transeúnte que pasaba por el lugar.

Sin embargo, no alcanza con verificar que el autor al robar ha creado un muy alto peligro de muerte, sino que, además, debe comprobarse en el caso concreto que este se ha plasmado en el resultado típico que califica la figura básica del robo conforme los parámetros del art. 165 C.P. Este segundo momento analítico denominado imputación del resultado es decisivo a lo efectos de cerrar el juicio de tipicidad del comportamiento del sujeto.

Continúo con el ejemplo anterior, manipular explosivos de alto poder destructivo por personas no autorizadas en la vía pública genera un riesgo prohibido de muerte. Sin embargo, producida la detonación y verificado el nexo causal con la muerte de uno de los transeúntes –acaso golpeado por la onda expansiva de la bomba– habrá de comprobarse que ese resultado es reconducible al peligro de muerte originado por la manipulación de explosivos. Si el transeúnte fue lesionado por la bomba y murió debido a un accidente vial de camino al hospital, la muerte no le será atribuible a los boqueteros.

En suma, el tipo objetivo del art. 165 C.P., según la concepción aquí propuesta, califica el robo por la comisión de un homicidio cuando este es resultado de la cantidad y calidad de peligro creado por quien ataca la propiedad ajena, de acuerdo con los extremos de la figura base del art. 164 C.P. o figuras afines. Debe constatarse, en el caso concreto, que el peligro prohibido de muerte que se realiza en el resultado se originó en la violencia en las personas o fuerza en las cosas que el autor desplegó al ejecutar el robo.

En efecto, en el art. 165 C.P. estamos ante una disposición análoga a la contenida en el art. 166 inc. 1 C.P. que agrava el robo con prisión de cinco a quince años cuando se causaren lesiones graves o gravísimas provocadas “por las violencias ejercidas para realizar el robo”, redacción que despeja cualquier duda sobre la amplitud del precepto y sería preferible incluso para el robo calificado por homicidio.

c.c.- Restricción de la figura a los *peligros de dolo*

Hasta aquí he dicho que el robo calificado por homicidio reprime muertes que son el resultado de la generación de un peligro creado por la violencia o fuerza del robo. Ahora bien, resta aún establecer si el art. 165 C.P. agrava el robo cuando el homicidio sea doloso o imprudente o si, por el contrario, debe reducirse la aplicación de esta figura únicamente a los casos de homicidios dolosos.

Como he sostenido en otras oportunidades, soy de la opinión de que la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor, más allá de la intención que tenga de alcanzar el resultado lesivo, aun cuando ella repercute en el diseño de su plan (en la línea de las reflexiones de PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal alemán*, trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2010, pp. 93-94).

En consecuencia, al analizar el tipo subjetivo de un delito, debe prestarse especial atención a la entidad del peligro creado por el sujeto. Así, un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo. Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un *peligro de imprudencia*, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

De este modo, la imputación objetiva de la peligrosidad *ex ante* del comportamiento es dogmáticamente independiente del juicio *ex post* sobre la realización del riesgo de ese resultado.

Sentado lo anterior, corresponde determinar si el art. 165 C.P. comprende peligros prototípicamente lesivos de dolo e imprudencia o si, por el contrario, existen razones que justifiquen reducir el ámbito de alcance de este tipo penal a los *peligros de dolo*, es decir, únicamente a aquellos robos que ocasionen una muerte debido a la entidad de la violencia o fuerza desplegada.

La clave para resolver esta cuestión reside en realizar una estricta aplicación del principio de proporcionalidad. Como tal, este principio prescribe hasta dónde (cómo máximo) puede llegar la intervención jurídico-penal y asegura una adecuada relación entre el autor, su hecho y la pena que se le impone.

Así, al estudiar el alcance del tipo penal del robo calificado por homicidio no debe perderse de vista la relación entre los bienes jurídicos tutelados por esta figura (la propiedad y la vida) y la drasticidad con la que el Código penal sanciona estos ataques en particular.

El art. 165 C.P. presenta una escala penal de diez a veinticinco años, mientras el art. 164 C.P. –figura penal a la que corresponde remitirse como figura básica si se tiene en cuenta que el art. 165 C.P. únicamente exige un “robo”– cuenta con una escala penal de un mes a seis años y el art. 79 C.P. con una escala penal que va desde los ocho años hasta los veinticinco años de prisión. El máximo de pena que está facultado a imponer el juzgador es idéntico en el caso del art. 165 C.P. y en el caso del art. 79 C.P.

Por ende, el principio de proporcionalidad en tanto principio rector que equilibra la gravedad del delito y de la pena se encuentra a salvo únicamente si la norma del art. 165 C.P. se refiere a los homicidios dolosos. En esta línea, advierto un segundo argumento que considero central. Me refiero a la inferencia que puede realizarse, en lo que ahora nos interesa, de la figura del art. 166 inc. 1

C.P.

Este artículo agrava el robo cuando por las violencias ejercidas para realizar el robo se causare alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91 C.P. Ya dije que aquí se esconde un poderoso argumento a favor de la interpretación que aquí se propone en el marco del tipo objetivo del art. 165 C.P. Sin embargo, el potencial de esta norma jurídica no se agota aquí, pues de ella se desprende que las lesiones de los arts. 90 y 91 C.P. en tanto resultados que agravan el robo, son conductas dolosas, tal como propongo ahora para la muerte durante la ejecución del robo.

Determinados modos de ejecución del robo, eventualmente, implican un muy alto peligro de muerte. En determinadas circunstancias, el sujeto crea un peligro para el bien jurídico propiedad, mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas, de tal entidad que produce, a su vez, un riesgo de muerte para las personas. Se trata de un peligro objetivo que, en determinados casos, el robo genera para el bien jurídico vida.

Si el peligro de acaecimiento del resultado es muy alto, es indiferente que el autor actúe con determinada intención. Bastará con que conozca cada uno de los extremos de su comportamiento que generan ese peligro para el bien jurídico protegido. A la inversa, aun cuando el sujeto tuviera la intención de lesionar a la víctima mediante un comportamiento que genera un peligro bajo, ello no obstará a que, dado el caso de acaecimiento del resultado lesivo –acaso una muerte– este se le impute a título de imprudencia.

Entonces, ¿qué sucede cuando el riesgo de muerte inherente a la violencia del robo se concreta en un homicidio imprudente?. Si se continúa con este examen global de las graduaciones penales de las normas penales en juego, tanto en la figura pluriofensiva del art. 165 C.P., como en las figuras específicas que comprenden los respectivos contenidos de injusto, no tendremos problema en realizar un juicio de proporcionalidad entre hecho y pena a partir del cual podamos resolver esta cuestión.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Si se intenta poner en relación el robo calificado por homicidio con la muerte, en caso de que esta se cometiera de manera imprudente, se desdibujaría el balance que cabe esperar entre la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico y los costes con los que debe cargar el autor como consecuencia de la sanción penal.

Si se piensa que la figura penal contemplada en el art. 84 C.P. tiene una escala penal de uno a cinco años de prisión y la figura penal del art. 164 C.P. una pena que va desde un mes de prisión a seis años de prisión, rápidamente se advierte, por aplicación de las reglas generales del concurso, que la pena que prescribe el art. 165 C.P. desconoce la relación de proporcionalidad que debe orientar la interpretación de los tipos penales.

Que el robo calificado por homicidio no realice una distinción entre muertes dolosas e imprudentes no obsta a su pertinencia en el plano dogmático. Las consideraciones precedentes, en consecuencia, me llevan a concluir que los riesgos de lesión conexos a la violencia del robo solo pueden encarrilarse por la figura del art. 165 C.P. cuando generen un muy alto peligro de muerte (dolo) que dé cuenta de la gravedad del comportamiento del autor y su desprecio por la vida de la víctima.

d.- Concurso de delitos

Delimitada la estructura típica del art. 80 inc. 7 C.P. y del art. 165 C.P., cabe determinar si el autor de un robo puede ejecutar un homicidio simple en circunstancias espacio-temporales en las que lleva adelante el atentado contra la propiedad. Dicho de otro modo, ¿pueden darse supuestos de homicidios dolosos que no agraven el robo y que tampoco sean homicidios *criminis causae*?

La respuesta a esta cuestión debe ser contestada afirmativamente. Advierto un doble lugar para el concurso de delitos entre el homicidio y el robo. Por una parte, cuando se trate de un atentado contra la propiedad (art. 164 C.P. o figuras calificadas) que durante el proceso ejecutivo provoca una muerte

imputable a título de dolo al autor (art. 79 C.P. o figuras calificadas), pero sin conexión subjetiva con su actuar precedente o posterior, ni tampoco vinculada con la creación y realización de un peligro de muerte derivado de la violencia del robo. En otros términos, cuando se rompe la relación de sentido entre el robo y el homicidio.

No advertida en el caso concreto la conexión sancionada por el homicidio *criminis causae* y tampoco verificada la realización imputable de un peligro de muerte originado por la violencia o fuerza del robo, entonces –y siempre que el hecho no se explique por el comportamiento de la víctima, un tercero por el que el autor no deba responder o la desgracia– podrá apreciarse, dadas las circunstancias, un concurso de delitos entre el robo y el homicidio.

En este supuesto, la muerte le será imputable al autor como un concurso entre las figuras del art. 164 C.P. y el art. 79 C.P. –siempre y cuando no fuese aplicable una figura específica, por ejemplo, en caso de concurrir alguna de las circunstancias que califican el robo o el homicidio–.

Por otra parte, habrá de considerarse igualmente un concurso de delitos, pero que ahora abre paso a la aplicación de las figuras penales del art. 164 C.P. (o figuras calificadas) y el art. 84 C.P. (o figuras calificadas), cuando el peligro de muerte que crea la violencia del robo se concrete en un homicidio imprudente.

No ha de aplicarse la figura de robo calificado por homicidio cuando este, si bien es una realización de un peligro de muerte imprudente derivado de la violencia o fuerza del robo, por cuanto es una consecuencia lógica de las consideraciones precedentes, en tanto concreciones de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

#### e.- Panorámica de soluciones

En definitiva, cuando se verifica que durante la ejecución de un robo resulta una muerte existe una panorámica de soluciones que se reduce a las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

siguientes posibilidades:

i.- Si quien mata lo hace para preparar, facilitar, consumir u ocultar el robo o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentarlo, entonces, la presencia de estos elementos subjetivos distintos del dolo sirve para calificar el hecho como un homicidio *criminis causae* conforme las previsiones del art. 80, inc. 7 C.P.

ii.- Si durante el proceso ejecutivo del robo al autor le fuera atribuible una muerte, esta quedará comprendida por la figura del art. 165 C.P., si y solo si, se comprueba la creación de un alto peligro de muerte derivado de la violencia o fuerza inherente al robo que se ha realizado en el resultado. En determinados casos, la especial virulencia que lleva ínsita la ejecución del robo, genera peligros que pueden concretarse en lesiones a la vida de las personas. Estos peligros para el bien jurídico protegido deben ser considerados como *peligros de dolo*.

iii.- Si resultare una muerte imputable al autor durante el proceso ejecutivo del robo, deberá apreciarse un concurso de delitos en dos supuestos. Primero, cuando se trate de un homicidio simple doloso sin ultraintención o motivación en otro delito y tampoco se advierta que aquel es una concreción del peligro prohibido de muerte originado en la violencia del robo: en este caso habrá de acudir a las figuras contempladas en el art. 79 C.P. (o figuras agravadas del art. 80 C.P.) y el art. 164 C.P. (o figuras afines). Segundo, la solución será idéntica, pero ahora referida a las figuras del art. 84 C.P. y el art. 164 C.P. (o figuras afines) cuando, si bien exista una concreción de un peligro de muerte originado en la violencia del robo, este sea típico de imprudencia.

iv.- Por último, puede suceder que la muerte de una persona se encuentre causalmente vinculada al comportamiento desplegado durante la ejecución del robo, pero no se compruebe ninguna de las posibilidades anteriores y, en consecuencia, la misma no pueda atribuírsele al autor, ya sea tanto en el nivel de la creación del riesgo prohibido como en el nivel de su concreción en el

resultado. Estas hipótesis, dado el caso, podrán ser reconducibles a la esfera de la víctima, ser competencia de un tercero por el que no se tiene el deber de responder o, incluso, tratarse de una desgracia.

f.- Aplicación de las consideraciones precedentes al caso de autos

Como surge del punto primero, el tribunal de juicio tuvo por probado que el imputado y un sujeto no habido, que portaba un arma de fuego, ingresaron a la casa de las víctimas a altas horas de la noche. Durante el desarrollo del robo, Rubén Kochan comenzó a forcejear con el sujeto no habido con el fin de hacerlo salir de la casa. Jonathan Kochan al ver lo que sucedía intervino en defensa de su padre, tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás, momento en el que este último efectuó un disparo que causó su muerte inmediata.

Dicho esto, comparto las consideraciones de mi colega de Sala referidas a por qué el caso sometido a decisión no es típico de las previsiones del inc. 7 del art. 80 C.P. Así, descartado que los intervinientes actuaran movilizados por algún motivo o finalidad de los contemplados en el art. 80 inc. 7 C.P., que la muerte haya sido imprudente o no imputable a su actividad conjunta, considero que su conducta encuadra en las previsiones del art. 165 C.P.

Quienes ingresan a altas horas de la noche a la casa de las víctimas para apoderarse de sus pertenencias y se valen de un arma de fuego apta para el disparo en condiciones de uso inmediato, generan un alto peligro de acaecimiento del resultado muerte que no puede ser, sino doloso. El peligro prohibido creado por Barrionuevo y el otro sujeto no identificado al ejecutar el robo de este modo se concretó en un homicidio e, independientemente de que hubiese sido querido o deseado, como tal, no pudo ser desconocido por ninguno de ellos, debiendo ser calificado, en consecuencia, como un *peligro de dolo*.

En el caso sometido a decisión se advierte una relación de sentido de unidad delictiva entre la acción de robo y el resultado muerte –un homicidio– en tanto la muerte tuvo lugar como consecuencia de la violencia desplegada por

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

los autores para ejecutar el hecho, la cual produjo un alto peligro para la vida de la víctima que se realizó en el resultado.

En conclusión, las consideraciones precedentes me llevan a adherir por mis fundamentos al voto de mi colega de sala en orden a la calificación del caso sometido a decisión.

ASÍ VOTO.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO:**

Atento al resultado de la votación anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y, en consecuencia, modificar el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «*Condenar a Diego Pablo Barrionuevo Tarragona como coautor penalmente responsable del delito de homicidio con motivo u ocasión del robo (art. 45, 165 del CP)*».

Ahora bien, en relación a la pena aplicada en el caso –prisión perpetua– y teniendo en cuenta el resultado al que se arribó en la primera cuestión, corresponde remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice la individualización de la pena (art. 486 del C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

**S E N T E N C I A:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

**RESUELVE:**

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Diego Pablo Barrionuevo Tarragona.

2.- Casar la sentencia n° 7, obrante a fs. 733, modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «*Condenar a Diego Pablo Barrionuevo Tarragona como coautor penalmente responsable del delito de homicidio con motivo u ocasión del robo (art. 45, 165 del CP)*».

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice la individualización de la pena (art. 486 del C.P.P.).

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO  
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO  
Ministro

*Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 3 de mayo de 2019.-*