

Motivo y ocasión en el robo con homicidio

ANGEL TORIO

Profesor Agregado de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

1. En el estudio del robo con homicidio, la doctrina española ha insistido con preferencia en el problema de culpabilidad. Mientras una dirección y la jurisprudencia dominante contemplan en la figura un supuesto de responsabilidad por el resultado, exige otro sector que el homicidio se produzca dolosa o, al menos, imprudentemente, a fin de someter el comportamiento del autor al régimen de la culpabilidad que se desprende del sistema del Código. Es particularmente ilustrativa del primer punto de vista la posición de Cuello Calón, en la que se dan cita diversas fórmulas objetivadoras acuñadas por la jurisprudencia a lo largo de su evolución: el homicidio no es preciso que se cometa como medio de ejecución del robo, ni que el culpable tenga intención de matar...; el delito existe aunque no concurra ánimo homicida, incluso si la muerte sobreviene por mero accidente..., siempre que se produzca con motivo o con ocasión del robo..., resultando indiferente que sea anterior, coetáneo o posterior a éste (1). Modernamente, la consideración del delito como un caso de responsabilidad por el resultado ha sido patrocinada en un importante trabajo por Gimbernat Ordeig, en el que se advierte que la doctrina suele resistirse a tal consideración con base en un principio (el de la culpabilidad), que si bien es una urgente necesidad *de lege ferenda*, no ha sido uno de los inspiradores de nuestro legislador (2).

En contraste con esta concepción, la dirección opuesta destaca que el robo con homicidio aparece sometido a las exigencias generales del código en materia de culpabilidad. La consecuencia más importante que se desprende de esta posición radica en que la producción fortuita de la muerte no puede subsumirse en el número primero del artículo 501, una determinación a la que no es posible atribuir más que un significado negativo, por muy relevante que sea, mientras que positivamente se sostienen puntos de vista que carecen de unidad. Así, se afirma que, constituyendo el caso fortuito el límite mínimo del delito,

(1) Vid. *Derecho Penal*, p. esp., t. II, v. II, 12.^a ed., 1964, pág. 789.

(2) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 176 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. gen., 1949, pág. 230, concede también que se trata de un delito calificado por el resultado, según la interpretación jurisprudencial. no siempre sostenida.

el homicidio ha de ser causado dolosa o, al menos, imprudentemente, con lo que se equiparan valorativamente, y en contraposición con el sistema del código, la forma más grave y la más leve de culpabilidad, bien que mitigando las exasperaciones del «versari» (3). Finalmente, según otra opinión la figura desplaza no sólo las consecuencias fortuitas de la violencia, o de la intimidación, desplegadas por el autor, sino los efectos imprudentes del comportamiento, puesto que el legislador ha contemplado «una estructura jurídica de dolo» (4).

El cuadro teórico en que se han desenvuelto los problemas es suficientemente conocido, lo que dispensa de proporcionar más detalles al respecto. La profundidad de la argumentación desplegada para encontrarlos solución, a la que se puede calificar de excepcional, hace pensar que el antagonismo existente entre tales tendencias es difícilmente reducible. A partir de las contribuciones de Rodríguez Devesa, objeto de perfeccionamientos sucesivos, de Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo y Castro, de Quintano y de Gimbernat Ordeig, cuya línea argumental y metódica implica, sin duda, una nueva perspectiva, las tradicionales contraposiciones interpretativas se han agudizado hasta tal punto que parece difícil su reducción permaneciendo en la línea metódica que ha favorecido su aparición.

Si se repara en el estilo de ambas líneas de pensamiento, es fácil observar que la investigación ha operado sobre la base de determinadas características lingüísticas de la figura y desde postulados dogmáticos pertenecientes a la teoría de la culpabilidad. «Es dudoso, expone Rodríguez Devesa, que el *homicidio* sea un elemento normativo o descriptivo, porque la *palabra* homicidio es equívoca. De un lado, gramaticalmente, significa *muerte de un hombre*. Pero también sirve en la ley para designar al homicidio simple (doloso) del artículo 407... Si se atiende al significado gramatical será un elemento descriptivo. Si se atiende a cualquiera de los significados técnicos que tiene en el Código penal será un elemento valorativo, normativo» (5). Contra la primera solución, opone un argumento dogmático —la repulsa de la teoría a los delitos calificados por el resultado y la afirmación de que en tal caso habría que admitir un concurso del robo con homicidio y el homicidio simple cuando éste se hubiera producido dolosa o culposamente— y consideraciones históricas y sistemáticas, que a su juicio

(3) Vid. RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal español*, 1969, págs. 378 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VI, 1962, págs. 174 y ss.; DEL ROSAL, *Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, 1961, «Del delito complejo», págs. 91 y ss., donde al tratar de la naturaleza jurídica penal del robo con homicidio, afirma que ambos delitos «conservan su propia fisonomía y requieren, por consiguiente, la culpabilidad»; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASTRO, *Código Penal*, 1964, págs. 648 y ss.

(4) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. II, «Infracciones patrimoniales de apoderamiento», 1964, págs. 412 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito (la doctrina finalista)*, págs. 97 y ss.; sobre la base de una concepción final de lo injusto, destaca que «según pone de relieve la interpretación sistemática, homicidio equivale a acción de matar».

(5) Loc. cit., págs. 378.

fundamentan el punto de vista del delito complejo. Del Rosal, Cobo, Rodríguez Mourullo y Castro acuden también a la consideración lingüística y destacan que en este caso no se habla de «resultare muerte», sino de «resultare homicidio», lo que a su juicio permite entender que el número primero del artículo 501 define un verdadero delito complejo, para cuya existencia se requiere que se den todas las características, tanto de orden objetivo como subjetivo, propias del delito de homicidio (6). La argumentación plural de Gimbernat Ordeig tampoco deja de acudir al criterio lingüístico cuando afirma que el texto del precepto tiene un matiz tan objetivo como el que se refleja en los términos «motivo» u «ocasión», de forma que un importante sector doctrinal «concede que la tesis de la responsabilidad por el resultado es una interpretación posible», tesis a la que adhiere a la vista de la «considerable objetividad del precepto», a la que según su criterio se enfrentarían «débiles argumentos», y del carácter expansivo del *versari in re illicita* en el recinto del sistema (7).

A los argumentos lingüísticos suelen unirse consideraciones teleológicas. El balance de esta vía argumental, a los efectos que nos interesan, no puede ser, sin embargo, demasiado fructífero. El robo y el homicidio aparecen tipificados previamente, es decir, con prioridad lógica al robo con homicidio, en el recinto del sistema. Lo que constituye el objeto de la pregunta teleológicamente orientada es la finalidad del tipo configurado en el número primero del artículo 501, donde se trata de una forma peculiar de conexión entre dos comportamientos previamente tipificados, cuya función, evidentemente defensiva, tiende a exasperar la penalidad correspondiente a los mismos en el caso de ser castigados separadamente. Exactamente ha destacado Rodríguez Devesa esta nota del precepto al afirmar que la finalidad que anima al legislador es la de una mayor severidad. Esta puntualización, sin embargo, no constituye ningún apoyo interpretativo para la decisión del cuestionario de la culpabilidad, en uno u otro sentido, sino un criterio para dar respuesta sobre el tratamiento jurídico del robo con asesinato o parricidio y, lo que no deja de tener importancia, para determinar la disciplina jurídica del robo con tentativa de homicidio o, en su caso, de parricidio y asesinato (8) (9).

Finalmente, el examen de la literatura hace patente que, en general, el peso de la interpretación se ha hecho recaer sobre determinadas características, como las que han quedado mencionadas, en tanto que los demás elementos del tipo han merecido menor consideración. Así

(6) Loc. cit., pág. 652.

(7) Loc. cit., págs. 196 y ss.

(8) Loc. cit., pág. 379.

(9) El problema del robo con tentativa de homicidio, parricidio o asesinato está en función de la respuesta general que se dé al discutido problema de la tentativa en los delitos calificados por el resultado. La posición adoptada por el artículo 512 respecto a la consumación no resuelve varios grupos de casos. La tentativa a la que no se vinculan lesiones de la víctima deja abierto el problema de si debe ser tratado como concurso —entre tentativa de homicidio y robo— o como tentativa de robo con homicidio.

es fácil observar que algunas aportaciones no conceden un peso particular, para la decisión de los numerosos problemas que suscita la figura, a las nociones «motivo» y «ocasión». En otros casos, se percibe que la determinación de su contenido no es intentada con una profundización argumental correlativa a la que se emplea para delimitar el sentido de los demás requisitos. Cuando, por último, se procura fijar su alcance más radicalmente, la función que se les atribuye queda relegada a relacionar dos comportamientos, el robo y el homicidio, sobre los que diversas vías argumentales parecen haber dicho la última palabra. Según este punto de vista, los conceptos «motivos» y «ocasión» cumplen un papel meramente relacionante de aquellas realidades, precisadas sin tenerlos en cuenta, con lo que se prejuzga, en cierto modo, su falta de virtualidad exegética a fines que no sean los de determinar la naturaleza de la conexión exigida legislativamente entre ellas.

En el presente trabajo se adopta una posición distinta. La interpretación de la norma es, ciertamente, precisión del alcance de cada uno de sus elementos constitutivos individualmente considerados. El sentido del precepto sólo puede captarse cuando se dispone del alcance conceptual de cada una de sus notas configuradoras. Simultáneamente, la interpretación debe articular o interrelacionar tales características. Atribuir una función particular a la noción «homicidio» o al término «resultare», para decidir si en la figura se alberga un delito complejo o un caso de responsabilidad por el resultado, y prescindir de esa posible función, respecto a los demás elementos conformadores del tipo —motivo, ocasión—, sólo puede hacerse cuando se ha interrogado respecto a todos ellos a idéntico nivel.

Este nivel es el del tipo, no el de la culpabilidad. El análisis de cada una de sus notas ha de preceder, por razones de lógica jurídica, al examen de si el principio de culpabilidad experimenta aquí particulares desviaciones. La situación actual de la literatura sugiere la conveniencia de remitir este problema al momento en que lógicamente debe ser abordado, examinando previamente lo que deba entenderse por homicidio, robo, motivo y ocasión, y la eventual interdependencia de tales nociones típicas en el seno del número primero del artículo 501 C. p.

Las consecuencias de este planteamiento coinciden con un sector de la doctrina, de la que difiere en la línea interpretativa. En el artículo 501, número primero, el Código menciona un proceso más complejo que el enunciado con la expresión de «robo con homicidio». Recientemente, se ha llamado la atención sobre la exigencia de una conexión peculiar, jurídicamente delimitada, entre ambos comportamientos, aludiéndose a la necesidad de que el robo motive u ocasione el homicidio (10) o a que éste sea el medio que lleve el apoderamiento (11). No basta, pues, una conexión más o menos indeterminada. El tipo re-

(10) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, loc. cit., pág. 380, advirtiendo que «las palabras 'motivo' y 'ocasión' han venido a convertirse en uno de los logogrfos de la parte especial».

(11) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 203.

clama una vinculación peculiar, sometida al principio de seguridad jurídica. Aparte su función de garantía, el examen de la relación de motivación y del nexo ocasional constituye un *prius* lógico del tratamiento de la culpabilidad. En este aspecto, la naturaleza del robo con homicidio como delito de responsabilidad por el resultado, se afirma en mayor medida al precisar el sentido del concepto de «ocasión», a cuyo través el criterio del *versari in re illicita* se proyecta en el precepto.

2. La concepción del robo con homicidio como delito calificado es el efecto de equiparar «homicidio» y «muerte», como proceso de causación que no es preciso referir subjetivamente al autor. Para este punto de vista, el «homicidio» es una noción descriptiva con función paralela a la que cumple el acontecimiento muerte en otros delitos de la parte especial (arts. 348, 411, 488). El examen de referencias típicas como «resultare» o «sobreviniere la muerte», es decir, la consideración del lenguaje legislativo conduciría a dar respuesta positiva al tema de si la norma se desvincula en algunos delitos del principio de culpabilidad. A la consideración lingüística hay que añadir que en los casos citados existe un comportamiento antijurídico con el que está en relación el resultado ulteriormente sobrevenido, en la dirección consagrada por el principio *versanti in re illicita tenetur etiam pro casu*. En el sistema español, donde el artículo 8, eximente octava, y el artículo 64 impiden la absolución por el delito vinculado a una acción típica procedente, aunque no concurra culpabilidad, los casos de responsabilidad por el resultado consagrados en la parte especial son particularizaciones del principio mencionado (12).

(12) Vid. PEREDA, *El versari in re illicita en la doctrina y el Código penal*, 1948, donde pese a su conocida posición se concede la posibilidad de que el artículo 8, eximente octava, reconozca indirectamente el criterio del «versari» (sin analizar la conexión ocasional particularmente); ANTÓN ONECA, loc. cit., pág. 228; COBO, *Praeter intentionem y principio de culpabilidad*, en «ADPCP», 1965, páginas 85 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1946, págs. 30 y ss. Contra el criterio del texto, vid. CEREZO, *El versari in re illicita en el Código penal español*, en «ADPCP», 1962, págs. 57 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, t. II, 1962, págs. 85 y ss.; RADRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la eximente de caso fortuito*, en ADPCP, 1963, págs. 273 y ss., y particularmente la pág. 302; recientemente RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., 1970, pág. 524, con nuevos puntos de vista orientados a restringir los efectos del art. 64. En la jurisprudencia, destaca recientemente la sentencia de la Sala 2.^a de 15 de noviembre de 1969, en la que se toma posición sobre el sentido del «versari» en el Código: «El loable principio espiritualista, con más valor, hasta ahora, de ideal aspiración que de realidad legal, a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse más allá de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiere sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta sufre en los ordenamientos penales positivos y por influjo de explicables exigencias político-criminales, sensibles desviaciones que implican otras tantas concesiones en provecho del objetivismo, e inspiradas en el viejo criterio del «versari in re illicita» y plasmadas en nuestra legalidad punitiva vigente, en fórmulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado y, sobre todo, y con genérica amplitud de «numerus apertus», poco usual en el Derecho comparado, en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la ate-

En tales supuestos, sin embargo, no es suficiente la presencia de la acción base y la ulterior calificación (13), sino una conexión de determinada especie, jurídicamente acotada, entre los dos objetos. El Código, previa la singular regulación del caso fortuito, la configura como vinculación ocasional en el seno del robo con homicidio.

La comprobación del lenguaje legislativo y las referencias positivas al *versari* en el sistema son los criterios para decidir la existencia de una desviación al principio de culpabilidad. La decisión del problema sobre esta base resultaría, sin embargo, prematura. El carácter descriptivo del concepto «homicidio» puede obtenerse por otro camino, sin rebasar anticipadamente el ámbito del tipo, es decir, sin prejuzgar el cuestionario de la culpabilidad. En cierto modo, el punto de vista contrario sólo puede mantenerse conforme a los postulados de la dirección finalista, viendo en el dolo un elemento del tipo de lo injusto, no una forma de culpabilidad. Si se decide de antemano que el «homicidio» comporta la voluntad finalista de dar muerte a la víctima del robo, acaba por resolverse el problema de acuerdo con el estilo sistemático de la dirección final y el dolo (o la culpa) no son ya contempladas como formas de culpabilidad (14).

A esta precisión metodológica se une un argumento que pertenece en cierto modo al círculo de la interpretación auténtica. La noción de «homicidio» puede fijarse por vía distinta a partir de la reforma de

nuante 4.º del art. 9.º, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero del art. 50 implantados uno y otro en la ambigua declaración del párr. 3.º del art. 1.º, expresivo de que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar»; todo ello con el complemento que, «a sensu contrario» y en función delimitadora entre la convencional responsabilidad dolosa, acabada de aludir, de una parte, y lo lícito y aún lo meramente culposo, por otra, sientan, respectivamente, el núm. 8.º del artículo 8.º, atinente al caso fortuito, y el 565, referente a la imprudencia o negligencia punible».—«Dada la vinculante imperatividad del régimen objetivista que queda bosquejado y cualquiera que fuere la opinión que pudiera profesarse acerca de la justificación racional del mismo que, partiendo del decisivo valor atribuido al dolo inicial llega a la paradójica consecuencia de tomar en cuenta voluntades o propósitos exclusivamente ficticios y no reales e incriminar como homicidios dolosos —más o menos atenuados— conductas carentes de ánimo homicida, es lo cierto que, en tanto subsista la actual normativa, es inexcusable su acatamiento y consiguiente observancia, lo que no empece una inteligencia restrictiva en su aplicación, eludible ésta en cuantos casos pueda quebrar el obligado supuesto de hecho, abriéndose así distintas y más benignas posibilidades propicias a la admisión de la forma imprudente o culposa, cual ocurrió en la S. de 17 de diciembre de 1958, que, si bien debe ser evocada con la más prudente cautela, en evitación de desmedidas y peligrosas generalizaciones, extensivas de su criterio o situaciones diferentes de la allí enjuiciada, marca rumbos progresivos, contrario a todo desbordamiento de la responsabilidad objetiva, para aquellos casos que, por la inequívoca afinidad que ofrezca con el entonces resuelto, no venga a chocar con el valladar infranqueable de la norma legal».

(13) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 169.

(14) Vid. CÓRDOBA RODA, *La doctrina de la acción finalista*, cit., págs. 97 y ss.

1944. En el artículo 512 el «homicidio» es equiparado a la lesión de la vida humana, a la «producción del resultado lesivo para la vida», prescindiéndose de toda referencia al coeficiente subjetivo de la conducta causante del efecto. A través de tal identificación, el sentido de la característica puede establecerse sin recurrir a posteriores precisiones. El tipo contempla, pues, un proceso objetivo de causación, que deja provisionalmente imprejuizado si la figura contiene o no un caso de responsabilidad objetiva. La neutralidad del concepto respecto al tema de la culpabilidad posibilita una concepción más rigurosa de las nociones de «motivo» y «ocasión».

La existencia del homicidio depende solamente del nexo causal entre la conducta del autor y el resultado lesivo para la vida. A la vista de la preocupación que suscita la causalidad en los delitos calificados, es preciso advertir que la pretendida «objetividad» del delito exige un examen escrupuloso de los problemas concernientes al nexo causal. La literatura ha mencionado con frecuencia la sentencia de 15 de enero de 1936 a este respecto (15). Lo que resulta problemático en ella es si está presente la conexión causal apropiada entre el comportamiento de los autores y la muerte de la víctima. Por el contrario, son injustificados los reproches dirigidos a la sentencia de 12 de septiembre de 1934, pues los hechos básicos de la resolución muestran el enlace causal entre los disparos de los autores del robo y la muerte de uno de ellos, con lo que la presencia del tipo es indiscutible (al igual que la del delito) (16).

3. El sentido de la noción de robo del número primero del artículo 501 tampoco es pacífico en la literatura. Se discute la naturaleza del «robo» exigido por el tipo. En la actualidad, se admite que la comisión de un robo con fuerza en las cosas en relación con la muerte de la víctima no es bastante para que pueda hablarse de robo con homicidio.

El criterio de Rodríguez Devesa es que robo con fuerza en las cosas y robo con homicidio son realidades incompatibles, puesto que el artículo 501 sólo proyecta la responsabilidad sobre el culpable de robo con violencia o intimidación (17). El parecer de Quintano Ri-

(15) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, loc. cit., quien habla de extensiones causales algo remotas. La conocida sentencia que se cita en el texto apreció robo con homicidio en el hecho de maniarar con cuerdas y echar ropas de la cama encima a una anciana, falleciendo a consecuencia de un síncope y de tales violencias.

(16) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., pág. 414. En la sentencia no se trata de que uno de los ladrones fuese muerto por los disparos de la policía que los perseguía, caso en el que la estimación de robo con homicidio sería rechazable. Por el contrario, los autores encañonan con sus armas a la víctima, quien lejos de amedrentarse, arrojó el quinqué que llevaba contra uno de los atracadores, dejando a oscuras la habitación, disparando aquellos sus armas y resultando la muerte de uno de los codelincuentes a consecuencia de un balazo y lesiones por arma de fuego a la víctima del robo. La condena por robo con homicidio aparece, en consecuencia fundada. Incluso los partidarios de la teoría del delito complejo verían aquí un «error in persona», irrelevante. La crítica dirigida por varios autores parte de una concepción equivocada de los hechos.

(17) Vid. *Derecho penal*, p. esp., cit., pág. 378.

pollés va más allá aún. A su juicio, exige la figura «la realidad jurídica originaria del robo».

En consecuencia, sería censurable la práctica jurisprudencial, ejemplificada por la Sentencia de 4 de abril de 1927 de extender al hurto su radio de acción, cuando el apoderamiento inicialmente subrepticio determinó violencias subsiguientes (18). Con posterioridad, ha destacado Gimbernat Ordeig que, conforme a la letra de la ley, estafa hurto y robo con fuerza en las cosas y subsiguiente homicidio no pueden subsumirse en el artículo 501, número primero, al faltar uno de sus requisitos; es decir, el robo con violencia e intimidación; incluso la preexistencia de un robo violento fundará un concurso, y no un robo con homicidio, cuando la muerte sobreviene después de consumada la sustracción en base a violencias ejecutadas también después de realizado el robo violento contra la propiedad (19). De acuerdo con la doctrina dominante, ha de reconocerse que la precisión de la noción de robo en el marco del tipo aparece vinculada a dos premisas iniciales: a) las agravaciones del artículo 501 suponen la existencia de un robo con violencia e intimidación. A este efecto es concluyente el texto de la ley; b) la consumación del hurto o del robo con fuerza en las cosas impide que la violencia o la intimidación surgidas *ex post* incidan retroactivamente sobre un comportamiento que ha sido objeto de valoración jurídica definitiva.

El problema, sin embargo, exige aclaraciones sucesivas a partir de tales premisas. Determinados procesos reales cobran carácter polémico cuando se les pone a la luz del expediente de la «realidad jurídica originaria del robo» como exigencia del tipo. El ejemplo del hurto al que sucede la persecución del autor y la causación por él de la muerte del sujeto pasivo evidencia las vacilaciones a que lleva tal criterio interpretativo. La solución a que conduce —concurso entre hurto y homicidio— parece menos fundada que la apreciación de un robo con homicidio, al emerger la violencia en el *iter criminis* como medio para fundamentar el apoderamiento.

La realidad es que al apoderamiento le precede un proceso real constituido por una pluralidad de actos susceptibles de ser enjuiciados como «acción» mediante la abrazadera del tipo, actos entre los que se dan siempre lapsos cronológicos en los que puede surgir la violencia. Esto sucede en el robo violento, en el robo con fuerza en las cosas y en el hurto, delitos que conforme a la terminología italiana pueden

(18) Vid. loc. cit., pág. 415. Se cita equivocadamente el contenido de la sentencia. En realidad los autores observan a la víctima durante la mañana, le esperan por la tarde merodeando el lugar por el que había de pasar, y al llegar a éste, la siguen a través del monte, alcanzándola en sitio poco visible por los accidentes del terreno, acometiéndola en forma que no resulta precisada, pero sí que consistió en agresión armada, causándole siete heridas por arma corta de fuego y la muerte instantánea, sin que aparezca prueba de que la sustracción llegara a consumarse. El Tribunal Supremo condena correctamente por robo con homicidio, afirmando que la violencia determinativa del robo está representada por el homicidio.

(19) Vid. loc. cit., págs. 185 y ss.

clasificarse entre los denominados «*plurisubsistentes*» o que se perfeccionan mediante una pluralidad de actos. En el robo con fuerza en las cosas, el apoderamiento ha de ser precedido por actos diversos a él: el escalamiento, la fractura, etc., etc. No otra cosa sucede en el hurto, de acuerdo con las soluciones actuales al problema de la consumación, en el que el proceso natural, en cuanto acción, implica el contacto con la cosa, el quebrantamiento del estado posesorio preexistente y la fundamentación de una nueva custodia por el autor. La consideración analítica de ambos procesos evidencia que en cualquier momento de su transcurso puede aparecer la violencia.

El carácter complejo del proceso ejecutivo ha permitido afirmar que el homicidio no tiene por qué aparecer al final del mismo, contemporáneamente al apoderamiento, sino que puede enlazar causalmente en cualquier elemento del complejo, incluso en el acto inicial (20). Como ha quedado expuesto, lo que resulta indispensable es que la violencia no subsiga a la creación de una custodia nueva sobre la cosa; es decir, a la consumación del ataque a la propiedad. Si el tipo del hurto o del robo con fuerza en las cosas ha sido cumplido, la aparición *ex post* de la violencia —incluso tratándose de lapsos poco significativos— determinará la existencia de concurso, no de robo violento ni de robo con homicidio.

La violencia, o la intimidación han de preceder al apoderamiento (en cuanto consumación). En el derecho extranjero, el tratamiento de la violencia o de la intimidación que surgen *a posteriori* de la consumación del ataque a la propiedad se logra mediante tipos particulares. El derecho alemán contempla en el párrafo 252 cómo hurto violento (*räuberische Diebstahl*), el despliegue de la violencia con el fin de sostener una posesión previamente adquirida, excluyendo o desplazando de su ámbito la fundamentación violenta de la posesión, constitutiva indudablemente de robo. El código italiano, a su vez, trata de una conducta paralela en el artículo 628, párrafo primero, incriminando la violencia o amenaza empleadas inmediatamente *después* de la sustracción con el fin de asegurar al autor o a un tercero la posesión de la cosa sustraída, o procurar para sí u otros la impunidad (*rapina impropia*). Ambas figuras presentan una relación inversa a la característica del robo: la violencia no precede a la sustracción: la sigue; no se concibe como medio para conseguir el apoderamiento, sino como vía para la conservación de la posesión previamente adquirida (21).

Las consideraciones precedentes hacen más que dudoso el requisito de la realidad jurídica originaria del robo como característica implícita del tipo. La aplicación del artículo 501, número primero, a los casos

(20) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., cit., pág. 380.

(21) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 13.^a ed., 1967, pág. 1149, quien ve la esencia del delito en «la protección de la cosa con los medios del robo»; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p. esp., I, 1960, página 280, alude a que «el robo impropio está formado por iguales elementos que el propio dispuestos, sin embargo, en orden inverso, ya que la violencia o la amenaza no precede al hurto, sino que lo sucede».

en que el autor da comienzo a la ejecución de un hurto y recurre a la violencia para consolidar la sustracción fue censurada, como ha quedado dicho, por Quintano Ripollés, viendo en tal procedimiento un caso de interpretación extensiva, e «incluso de analogía legal», ya que la complejidad predicada del robo con homicidio habría de quedar reducida a las sustracciones que conforme al artículo 500 merecieran *ab initio* la calificación de robo (22). De acuerdo con ello, en tales casos habría de afirmarse el concurso entre hurto y homicidio.

Es fácil observar, sin embargo, que cuando el autor comienza a ejecutar una conducta de hurto, y para lograr el apoderamiento, acaba por recurrir a la violencia, lo que se presenta es un concurso de leyes. Análíticamente, se percibe la realización parcial del tipo del hurto y la ejecución plena del robo con violencia o intimidación. La concurrencia de los tipos es, sin embargo, aparente, y la solución del conflicto se logra con sencillez acudiendo al criterio de la consumación. El desvalor del robo violento consume el de los actos precedentes de tentativa de hurto (o, en su caso, de robo con fuerza en las cosas). A la tesis que reclama la existencia del robo en el momento inicial, cabe oponerle válidamente la suficiencia de que la sustracción se halle mediatizada por la violencia. Cuando ésta produce la muerte de la víctima, existirá robo con homicidio.

El comportamiento violento, por tanto, ha de ser anterior a la consumación de la sustracción. La determinación del momento en que ésta se produce tiene que remitirse a los criterios teóricos sobre el momento consumativo del hurto, puesto que el problema se plantea de la misma forma en el robo con fuerza en las cosas. Al respecto, resultarán suficientes las indicaciones que siguen.

La doctrina española suele contemplar la consumación en la adquisición de la disponibilidad sobre la cosa por el autor, criterio seguido mayoritariamente por la jurisprudencia en la que reaparecen con frecuencia otros puntos de vista, que privan a la doctrina de la disponibilidad de carácter unitario (23). Una reflexión independiente sobre el

(22) Vid. loc. cit., págs. 415 y ss.

(23) Vid. FERRER SAMA, *Estudio de la acción en el delito de hurto*, en «Estudios Jurídicos», fasc. 3, págs. 137 y ss.; DEL ROSAL, *Comentarios*, cit. (*Consumación en el hurto y otros problemas*), págs. 282 y ss., afirmando la consumación cuando se ha realizado la «apropiación en el riguroso sentido de la palabra»; RODRÍGUEZ DEvesa, *Hurto*, en NEJ, T. 11.º, 1962, págs. 216 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., págs. 177 y ss., advierte que la doctrina de la disponibilidad parece haberse ya impuesto en la jurisprudencia. Importante es la sentencia de 28 de enero de 1970: «Al necesitar la consumación delictual, que el sujeto activo efectúe la acción u omisión, tal y como exige el tipo que proclama descriptivamente la infracción, dando vida a todos los elementos constituyentes de la ejecución, en el delito de robo, el significado y alcance semántico del verbo apoderar que como núcleo y elemento forma emplea el art. 500 del C. P., para que aquél dinámico actuar quede perfecto, no puede entenderse constituido por la mera «contractatio» que es simple acto de tocar o poner mano sobre la cosa mueble ajena para sustraerla desentendiéndose de posteriores situaciones de posesión o tenencia, ni tampoco por la «illatio» que representa una apropiación real y definitiva, agotada por su absoluta perfección. con traslado y ocultamiento del bien

problema no es de este lugar. Baste con indicar que la concepción sustancial de la norma obliga a ver en el hurto una lesión de las facultades inherentes al dominio. De ahí se sigue que el contacto con la cosa (la *contrectatio*, según algunas interpretaciones): el desplazamiento de un lugar a otro (la doctrina de la *amotio*), e incluso la vulneración por el autor del estado posesorio preexistente (la teoría de la *ablatio*) parecen adelantar injustificadamente el momento consumativo.

La producción de la lesión surge claramente cuando el autor logra fundar una posesión autónoma independiente, en sentido penal, sobre la cosa. La desposesión de la víctima no origina aún la consumación, pues ésta requiere la creación de un estado posesorio que permita desenvolver una actividad fáctica sobre la cosa de carácter independiente, aunque sea de forma momentánea (24). Atendiendo, pues, a la dinámica ejecutiva del hurto, o del robo con fuerza en las cosas, existirá solamente peligro, es decir, tentativa en sentido amplio, cuando el nuevo estado posesorio no haya sido fundamentado todavía por el agente. En esta situación, la aparición de la violencia o la intimidación dirigidas al apoderamiento, determinará la presencia de robo con homicidio si, simultáneamente, son causales de la muerte.

El anterior proceso interpretativo ha intentado delimitar las nociones de homicidio y robo y permanecer al margen del cuestionario.

sustraído, poniéndolo a buen recaudo, totalmente fuera de la protección del propietario y bajo la custodia ilimitada del delincuente, que se aprovecha de ella sin posibilidad de recuperación, pues resulta suficiente la actuación intermedia de la «aprehensión» para que se consume la dinámica de la acción que comenzando por la material toma de contacto, produce la sustracción por desplazamiento del objeto—ablatio— que se coloca fuera del poder o potestad dominical del perjudicado, consiguiendo por el contrario el agente su efectiva posesión con mínima disponibilidad, en potencia al menos de disfrute, aunque sea por tiempo escaso, y aunque se frustré luego el aprovechamiento económico, necesario sólo para el agotamiento del delito, que no tiene efectos penales, porque el lucro no es indispensable en su intangible realidad, aunque sí debe estar presente en el deseo impulsor o finalista del sujeto activo para la consumación, ya que con esta aprehensión el mismo hace suya la cosa, apartándola total o provisoriamente del patrimonio legítimo del dueño o poseedor, pues hasta sólo que hipotéticamente pueda disponer de ella, aunque sea de momento para encontrarse la consumación en la disponibilidad más ideal que material del agente, que supera a la mera o provisoria tenencia, y aunque, como se dijo, no se llegue a ejercitar la facultad dispositiva, pues sirva la mera potencialidad de realizarla, por lo que el desistimiento luego de la aprehensión no tiene repercusión penal, al resultar tardío, por realizarse después de la consumación, tanto se deba a la liberal intención del delincuente, como a causas ajenas que acepte en su voluntad, consumación que se ha de entender también realizada sobre la totalidad de los objetos aprehendidos, cuando se disponga de una parte de lo apoderado, porque la disponibilidad se produjo ya, aunque fuera parcialmente.»

(24) La terminología de las diversas teorías no es unitaria en los autores. El sentido del texto coincide sustancialmente con ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, p. esp., II, cit., pág. 194 y ss. y 211 y ss., quien resuelve el problema de la consumación en función del concepto de posesión penal, exigiendo la creación de un señorío independiente, es decir, de una nueva posesión, a favor del autor.

de la culpabilidad. Entre los dos comportamientos ha de darse una relación de motivación o, alternativamente, un nexo ocasional.

4. La importancia de la conexión reclamada por el precepto no se ha destacado suficientemente por la literatura, pese a la existencia dilatada del robo con homicidio en el derecho codificado. La investigación se ha dirigido con preferencia hacia otros problemas, como el de la culpabilidad, el del tratamiento del robo con asesinato o parricidio o el del robo con pluralidad de muertes. Entre los comentaristas del S. XIX es de observar que las nociones de motivo y ocasión son ajenas al comentario de Pacheco y que Groizard tampoco les atribuye un peso particular (25). En la literatura contemporánea suele destacarse la suficiencia de la conexión ocasional. Así, se advierte por Cuello Calón que la separación entre robo y homicidio, es decir, la existencia de concurso, debe afirmarse cuando el homicidio no se produce con motivo u ocasión del robo, sino por causas extrañas a toda relación con él, como sucede en el caso de un ladrón que da muerte a un codeincuente por motivos independientes, o cuando el homicidio surge una vez consumada la sustracción (26). Algún autor advierte que «la interpretación *temporal* y *causal* de los términos motivo y ocasión sería un problema muy digno de tenerse en cuenta» y que, en cuanto a su contenido, habría de estarse al significado *psicológico* de ambas nociones, con preferencia al cronológico, aunque la consideración temporal reclamaría un cierto tracto entre los dos comportamientos básicos (27).

El sentido de la conexión típica ha sido investigado con mayor profundidad por otros caminos. No basta un robo con homicidio —advierte Rodríguez Devesa—, sino que hace falta una relación entre ambos. Aunque de ordinario el peso del problema haya recaído sobre los conceptos «motivo» y «ocasión», la esencia de tal relación vendría dada, a su juicio, por el verbo «resultare», alusivo a una conexión consistente en que el homicidio debe ser una consecuencia del robo, y éste, un antecedente causal de aquél. Según esta opinión, el legislador precisaría el vínculo citado en los términos «motivo» y «ocasión». El homicidio con motivo del robo sería el que entra en la línea de la violencia para conseguir el apoderamiento, como cuando el autor maltrata brutalmente a la víctima a fin de que revele dónde tiene la cosa, falleciendo a consecuencia del comportamiento violento. El homicidio con ocasión del robo se caracterizaría por aparecer en la periferia del comportamiento, como cuando el vecino acude en auxilio del robado y el ladrón le da muerte para conseguir el apoderamiento (28).

(25) Vid. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 2.^a ed., t. III, 1856, págs. 294 y ss.; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 1.^a ed., t. VI, págs. 64 y ss.

(26) Vid. *Derecho penal*, cit., pág. 801, con citas de jurisprudencia.

(27) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., pág. 416.

(28) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. esp., cit., pág. 380 y ss.

Finalmente, la índole de la conexión típica es contemplada por Gimbernat Ordeig al margen de ambas nociones, como una relación de medio a fin: «decisivo —advierte— será únicamente si se mató para robar o no»; en el artículo 501, número primero, estaría presente «la conexión característica de todo delito complejo», conforme a la cual «el homicidio ha de ser también el medio para la sustracción» (29).

5. El sentido de la relación típica hay que buscarlo, empero, a través de sus conceptos configuradores. Cuando el agente se propone la muerte de la víctima para conseguir el apoderamiento de la cosa, es decir, cuando mata para robar, es posible hablar de una relación de motivación entre los dos comportamientos. Es característico de ella el contenido subjetivo: la predisposición de la muerte para el logro del apoderamiento. En esta situación puede decirse que éste fue el elemento motivador de aquélla. Al dotar a la noción de motivo de un contenido semejante al que posee en la Psicología, la Criminología y el Derecho penal, se contempla en el lenguaje legislativo una referencia natural y normalmente exacta a los objetos que menciona. La concepción expuesta coincide así con la investigación científica y el uso general del lenguaje. En principio, no parece que puedan oponerse razones de gran peso a esta forma de considerar el problema.

La teoría del motivo es una de las más cambiantes de la psicología general (30). Mezger la ha adjetivado de ambigua, entendiendo el motivo como conjunto de representaciones, bien matizadas por los afectos, bien queridas, que causan el acto de voluntad del agente (31). El punto de vista de Kern es semejante, destacando también el factor intelectual y el afectivo, al caracterizar la noción como una representación cargada de afecto, que posee la fuerza necesaria para producir el acto de voluntad (32). Con arreglo a tales criterios, la distinción, ciertamente comprometida, entre motivo y móvil, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente.

A la hora de precisar la fluida distinción entre motivo, móvil y fin de la acción (33), se ha sugerido que toda acción supone la perse-

(29) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., págs. 188-191.

(30) Sobre el problema, vid. la contribución colectiva *Die Motivation menschlichen Handelns*, dirigida por HANS THOMAE, 1965; la afirmación es de LINDWORSKY (*Zur Klärung des Begriffes Motiv*), pág. 37.

(31) Vid. *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1955, págs. 50 y ss.

(32) Vid. *Vom Seelenleben des Verbrechers*, 1964, pág. 34: «a la investigación anímica precedente al delito pertenece también la investigación del motivo... Al motivo le corresponde un factor intelectual (el fundamento de realización) y un factor emocional (el impulso).

(33) Vid. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, 1955, pág. 25: «no existe acuerdo en la doctrina sobre la noción de motivo..., pero las diversas opiniones presentan una característica común: el motivo, concebido como el fin último que se propone el sujeto, o como impulso de obrar, presenta pacíficamente el carácter de un hecho psíquico, sin el que el agente no habría actuado...»; PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, 1955, págs. 535 y ss.

cucción de un objetivo por parte del sujeto, reconocido por él como *desideratum*, que constituye el fin del comportamiento. El móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan a la acción. El motivo, finalmente, sería la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican (34).

En esta línea de pensamiento fin de la acción homicida es la muerte de la víctima: motivo, el apoderamiento lucrativo. Lo necesario es que el apoderamiento actúe como elemento impulsivo de la acción que conduce a la muerte, en el sentido propuesto por Seelig, que ve la esencia de la motivación en ser causalidad contemplada desde dentro, caracterizándola como una vivencia que precede al acto de voluntad, hallándose con él en relación de sentido y contribuyendo a su nacimiento (35). La ley tipifica, una vez que se comprenda el «motivo» en un sentido riguroso, un momento anímico del autor, en cuya virtud la representación del apoderamiento impulsa a la ejecución de la acción letal.

En la doctrina italiana han sido numerosas las aportaciones que, a la vista de las particulares exigencias del Código de 1930, han pretendido delimitar el ámbito del concepto. El motivo es, para Bettiol, lo que la voluntad pretende alcanzar mediante el acto mismo, relacionando su posición con las distinciones de la teología moral entre *finis operis* (el fin de la acción) y *finis operantis* (la finalidad subjetiva del autor). Considerando el motivo como fin impulsivo del acto, como los precedentes causales de índole psicológica de la acción, se destaca que la finalidad en el homicidio es unitaria, en tanto que la motivación puede ser ilimitadamente diversa (36). Tal observación se encontraba previamente en Josserand a fin de precisar el contraste entre motivos e intención. Esta se incorpora al acto del que no puede escindirse lógicamente, en tanto que aquellos permanecen detrás de la acción, fuera de ella, preexistiéndola y determinándola. De ahí deriva que la intención sea idéntica para cada categoría jurídica y que los motivos puedan variar ilimitadamente, habida cuenta de su peculiaridad individual (37). La finalidad es uniforme en el tiranicidio realizado por un delincuente por convicción y en el ejecutado por precio, puesto que en ambos casos se trata de la supresión de una vida humana. Cada comportamiento, sin embargo, responde a una causalidad interna independiente, a distinta motivación.

El Código hace depender el robo con homicidio de la presencia de una relación de motivación entre aquel y este comportamiento. Tiene a la vista un proceso subjetivo en que el apoderamiento lucrativo funciona como factor interno a partir del que se dispone la muerte

(34) Vid. SARTRE, *L'être et le néant*, 1943, págs. 508 y ss.

(35) Vid. *Tratado de Criminología*, 1958 (trad. de RODRÍGUEZ DEVESA, páginas 188 y 198).

(36) Vid. *Diritto penale*, 6.ª ed., pág. 445 y ss.

(37) Vid. *Alcune considerazioni sui motivi in diritto privato e in diritto penale*, en «Rivista Italiana di Diritto penale», 1934, págs. 5 y ss.

de la víctima. El tipo contempla unitariamente lo que, desde el punto de vista del autor, tiene carácter unitario. La relación de motivación entre los dos comportamientos se concibe como el proceso más característico del robo con homicidio, en el que el autor mata para robar.

Dogmáticamente, la concepción expuesta obliga a caracterizar el concepto «motivo» como un elemento subjetivo del tipo (38). Las repercusiones de este punto de vista en el terreno de la culpabilidad no pueden ser todavía adelantadas. La técnica legislativa, indudablemente incorrecta, configura el robo con homicidio alternativamente, y equipara la conexión por motivación y la conexión ocasional. De ahí que la decisión sobre si la figura contiene un delito complejo o un caso de responsabilidad por el resultado no pueda ser proporcionada más que cuando se haya procedido a delimitar el concepto de ocasión.

6. El legislador se refiere a la *occasio delicti* en varios pasajes del Código. En las circunstancias agravantes se contempla la de cometer el delito con *ocasión* de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia (art. 10, circunstancia undécima). En el ámbito del desacato punible, el artículo 244 menciona la *ocasión* como característica del tipo. La presencia del caso fortuito depende también, entre otras notas, de que el mal constitutivo del delito, es decir, el resultado, se cause con *ocasión* de la ejecución de un acto lícito. La noción aparece, además del robo con homicidio, en otras normas penales, y su pertenencia a la descripción del caso fortuito le otorga un sentido general en el ámbito del Código y le confiere la más alta importancia. El artículo 64 muestra que esto es así. La ilicitud de la *occasio delicti* hace que la eximente octava del artículo 8 no pueda entrar en juego, puesto que aquel precepto sitúa todas las características del caso fortuito a idéntico nivel (38 bis).

En la literatura española, las referencias a la ocasión, como concepto concerniente a los estudios de parte general y cuya posición en el sistema correspondería al tratamiento de la causalidad o del «*versari in re illicita*», son infrecuentes. A lo sumo, se proyectan los problemas que plantea sobre los tipos que la contienen como requisito. La índole de este trabajo impide una consideración más pormenorizada del problema que la que en él se efectúa. Incluso la referencia del artículo 64 no deja de ser problemática, puesto que la norma se hallaba vinculada a la regulación de la imprudencia en los Códigos de 1848 y 1870, diversa de la actual.

En la literatura italiana, por el contrario, la determinación de la *occasio delicti* ha constituido un tema de la parte general. La doctrina ha procurado distinguir la ocasión de la condición y de la causa. En los trabajos preparatorios del Código penal de 1930 fue discutido am-

(38) Vid. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal*, 1959, págs. 82 y ss.

(38 bis) La doctrina actual procura limitar el alcance de esa norma. Vid. la nota 12 y bibliografía allí citada.

pliamente el alcance del nexo meramente ocasional. En la teoría existen dos tesis principales al respecto.

Conforme a su concepción de la causalidad, Antolisei identifica la causa con la condición que contribuye a la producción del resultado. Sin embargo, cuando la relación entre conducta y resultado se produce en virtud de factores excepcionales, el nexo deberá reputarse meramente ocasional y, por tanto, insuficiente para la afirmación de la causalidad (39). La tesis de Antolisei no coincide exactamente con el criterio dominante.

Entre las diversas aportaciones destaca singularmente la de Battaglini (40). A su juicio, la ocasión se distingue de la condición y de la causa: aquélla es la coincidencia, la circunstancia más o menos favorable para que la causa actúe. Una vez efectuada la distinción, resulta impropio hablar de causa ocasional, pues lo característico de la ocasión es que no constituye un antecedente que produzca el resultado —al contrario que la causa—, lo que impide contemplarla como una variedad o subespecie de ésta. La ocasión ejerce un papel atrayente: de ella puede decirse tan sólo que es elemento inclinante, pero nada más. El citado autor advertía que la precisión del contenido de la *occasio* es de gran interés. La advertencia es importante cuando se la proyecta sobre un ordenamiento jurídico que, como el español, ha situado a la *occasio* en la fórmula del caso fortuito, que constituye, en buena medida, el banco de prueba del concepto de culpabilidad. Aunque la distinción entre ocasión y causa posea límites fluidos, puede aceptarse que a la causalidad le es inherente la necesidad lógica, mientras que la ocasión se limita a inclinar a la causa a su actuación (41).

Si se ponen a la luz de este esquema los pasajes legislativos en que se menciona el nexo ocasional, parece evidenciarse su correspondencia. En la agravante undécima del artículo 10, el incendio, el naufragio, etc., se conciben como factores inclinantes de la acción delictiva, no como factores causales del delito, ya que para el derecho penal la causa es siempre y sólo comportamiento humano. Entre el delito y las situaciones mencionadas sólo está presente un nexo ocasional. En el artículo 244, el desempeño de la función pública tampoco puede considerarse como una determinación causal de la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza de hecho o de palabra. La idea contraria, es decir, la equiparación entre ocasión y causa obligaría a ver en el comportamiento del funcionario, dentro de su esfera de actuación, una contribución al delito, con lo que se establecería una premisa de la que una consideración formalista de los problemas podría derivar consecuencias inadmisibles. En esa clase de desacato, la función pública

(39) Vid., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934, págs. 195 y ss.

(40) Vid., *L'interruzione del nesso causale*, 1954, con amplias referencias a la situación de la teoría italiana. Como síntesis afirma que «lo característico de la *mera ocasión*, lo que le *confiere individualidad inconfundible* es ser un elemento objetivo, que atrae solamente hacia el resultado, sin llegar a determinarlo» (pág. 27).

(41) Vid. BATTAGLINI, cit., págs. 28 y ss.

se muestra como factor meramente inclinante o atrayente del comportamiento del autor.

En el robo con homicidio aparece exigido por el tipo la realización del robo, del homicidio y el nexo ocasional entre ambos. No otra cosa, por tanto. Al igual que sucede con la relación de motivación, ha de proceder el Juez a un examen plural de estos tres elementos del tipo, situados, conforme a la idea de seguridad jurídica, a idéntico nivel. La noción de homicidio exige la fijación autónoma del nexo entre el comportamiento del autor y el resultado lesivo para la vida, de acuerdo con la imagen que proporciona el artículo 512. El robo reclama la presencia del apoderamiento violento (o la intimidación). La precisión del vínculo ocasional es igualmente una nota del tipo. Esta fundamentación ha de cumplirse atribuyendo a cada una de sus notas idéntica jerarquía.

La noción del robo, sin embargo, es multívoca. No sólo porque el Código conozca diversas especies de robo, ya que, según ha quedado expuesto, sólo el robo violento se halla comprendido en el número primero del artículo 501, sino porque el concepto presenta dos vertientes esenciales: el apoderamiento y la violencia (o la intimidación). A la vista de ello, podría dudarse de si el legislador ha acentuado uno u otro dato como núcleo del nexo ocasional. La solución del problema no plantea dificultades si se repara en que el comportamiento violento cumple en el tipo un papel causal, como acción determinante del resultado lesivo para la vida. En este sentido, puede decirse que el robo, como conducta violenta, es causa del homicidio, mientras que es ocasión suya la ejecución del apoderamiento. Son estos los casos en que la jurisprudencia habla de la naturaleza accidental del homicidio, cuya característica es que el autor, sin voluntad previa de matar, realiza una acción violenta para conseguir el apoderamiento, que actúa como factor atrayente o inclinante de su obrar, determinante de la muerte de la víctima. Si se repara en esta fórmula, podrá observarse su paralelismo con la descripción del caso fortuito. La ejecución de un acto antinormativo —el apoderamiento— actúa como ocasión de la conducta causal del resultado lesivo para la vida. Consecuentemente, no parece aventurado anticipar que en el número primero adquiere concreción lo que se dispone para el ámbito total del sistema en la eximente octava del artículo 8, respecto a los efectos de la conexión por ilicitud entre varios comportamientos, efectos a los que se hará referencia después.

El criterio que se deja expuesto permite solucionar varios grupos de casos.

El sujeto que da principio a la ejecución de un hurto (o de un robo con fuerza en las cosas) e imprime un giro violento al proceso ejecutivo, determinando la muerte de la víctima, comete robo con homicidio. En esta situación, el apoderamiento actúa como ocasión del resultado lesivo para la vida, puesto que la sustracción de la cosa ha inclinado a la realización de la conducta determinante de la muerte.

Esta conducta aparece, simultáneamente, como la violencia típica del robo.

La conexión ocasional se hallará presente, con mayor razón, cuando el sujeto recurre originariamente a la violencia para posibilitar el apoderamiento. Los malos tratos inferidos a la víctima para desbordar su resistencia serán causales de la muerte y constituirán a la vez la acción típica del robo. El apoderamiento ha facilitado la aparición del comportamiento homicida y ha sido ocasión de él.

El tratamiento de los dos grupos es idéntico, porque la materia sometida a valoración en cada uno de ellos también lo es. La inexistencia de una «realidad jurídica originaria del robo» en el primer ejemplo carece de relieve, como fue expuesto precedentemente.

Por último, hay que referirse a otro grupo posible. El autor consuma la sustracción y despliega a posteriori la violencia determinante de la muerte. Si la sustracción precedente cae bajo los tipos del hurto o del robo con fuerza en las cosas, la sobrevenida violencia no podrá influir retroactivamente sobre un comportamiento que ha sido objeto de valoración definitiva por el Derecho. Si lo que ha de tener carácter ocasional es la ejecución del apoderamiento, o el logro del apoderamiento, una vez que ha sido conseguido, sólo cabrá hablar de concurso de delitos.

La solución es correlativa cuando lo que ha sido objeto de consumación previa es un robo violento o con intimidación. La teoría ha destacado convincentemente, a través de otras vías argumentales, que la sucesión cronológica entre robo violento y homicidio es insuficiente para que pueda afirmarse la conexión típica (42). La realidad es que en tales casos está ausente el nexo ocasional, pues, al igual que en el ejemplo anterior, la realización previa de la sustracción impide considerarla como factor inclinante hacia la acción violenta, es decir, como *occasio delicti* del comportamiento homicida. En este caso existirá también concurso entre robo con violencia o intimidación y homicidio.

Las observaciones anteriores se han desenvuelto con indiferencia o al margen del problema de la culpabilidad. La afirmación de que el resultado lesivo para la vida ha sido causado por la acción violenta del autor deja absolutamente sin prejuzgar la cuestión del delito complejo o de la responsabilidad por el resultado. En tanto que el contenido atribuido a la relación de motivación, y la concepción del motivo como un elemento subjetivo del tipo, anticipa implícitamente la exigencia de la producción intencional de la muerte, la conexión ocasional, tal como ha quedado delimitada, nada dice aún sobre el problema de la culpabilidad.

7. La aclaración de este problema exige retornar sobre algunas precisiones anteriores. El homicidio motivado por el robo es concebido

(42) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, loc. cit., pág. 176.

por el tipo como la producción finalista de la muerte, al reclamar que el sujeto mate para robar. La motivación lucrativa del homicidio es suficiente para la existencia del delito, incluso para la consumación en virtud de lo dispuesto en el artículo 512, sin que sean precisos ulteriores datos de tipo psicológico, que aproximen la realización delictiva a la del delito premeditado, como cuando se habla de un plan previo del autor, frente al homicidio que surge incidentalmente.

Mientras que la noción de motivo obliga a ver el homicidio como ejecución final de la muerte, la conexión ocasional deja imprejuizado el problema de la referencia subjetiva del autor al acontecimiento. Su presencia como característica típica depende tan sólo de que el logro del apoderamiento lleve al autor a ejecutar una acción causal, no una acción final, del resultado lesivo para la vida. En ella tiene la prioridad el contenido objetivo, mientras que la relación de motivación se decide sobre la dirección subjetiva del autor.

Es ahora cuando resulta posible dar respuesta al cuestionario de la culpabilidad. A este fin, conviene destacar que si la conexión por motivación comprende todos los casos de producción final de la muerte, sin necesidad de un plan previo del autor, ni de ulteriores características psicológicas, la conexión ocasional deberá referirse a una realidad diversa, es decir, a la causación con dolo eventual culposa, o fortuita del homicidio. La distinción legislativa entre motivo y ocasión indica que ambos conceptos tienen un contenido diverso que el intérprete ha de respetar.

Sin embargo, la razón más importante a favor de la concepción objetiva de la figura se halla en su paralelismo con la noción de caso fortuito y la relación de éste con el artículo 64. El que con ocasión de la ejecución de un robo violento (acto ilícito) causa el resultado lesivo para la vida sin culpa ni intención de causarlo no podría aspirar a la impunidad aunque el artículo 501, número primero, no estuviera ahí cumpliendo su propia función. Pues la absolución por falta de culpabilidad, es decir, por haber producido «fortuitamente» la muerte, se hallaría en contradicción con la regulación cumulativa de la eximente octava del artículo 8 y el artículo 64 del Código.

El artículo 501, número primero, consagra una situación paralela a la descrita. El nexa ocasional entre la ejecución del apoderamiento y la conducta homicida funda el robo con homicidio aunque la muerte haya sobrevenido fortuitamente. El examen del contenido subjetivo sólo puede influir en la medida judicial de la pena.

Al recapitular cuanto queda expuesto, se confirma que el robo con homicidio es un delito calificado por el resultado. Al no ser necesario que la culpabilidad del autor se proyecte sobre la muerte de la víctima, debe rechazarse la teoría del delito complejo propuesta por un sector de la doctrina, puesto que en tal clase de delitos se trata de la unificación típica de figuras independientes, que exigen la presencia de la culpabilidad del autor, en tanto que en los casos de responsabilidad por el resultado, la culpabilidad no es preciso que alcance a la conse-

cuencia agravatoria. La atribución de esa doble naturaleza resulta, pues, incongruente (43).

El hecho de que la producción fortuita de la muerte caiga bajo el tipo del artículo 501, número primero, y que la relación de motivación se refiera a un proceso de ejecución doloso, indica que las formas intermedias —culpa, dolo eventual— son objeto de idéntica desvaloración. La configuración diversa de la relación de motivación y del nexo ocasional podría crear la apariencia de que se está, no sólo ante conductas distintas, sino también ante delitos distintos. La realidad, por el contrario, es que la figura comporta un juicio unitario de desvalor frente a formas intercambiables de comportamiento. El robo con homicidio es una ley mixta alternativa, en que las formas típicas de ejecución «carecen de independencia», «siendo permutables entre sí, como especies de una realidad jurídica unitaria, que posibilita su fijación alternativa en el proceso (44).

En la crítica de la regulación, hay que conceder cuando ha sido dicho por la doctrina en torno a los delitos calificados por el resultado, fenómeno más sensible en un código que hace del *versari* un principio informador de su sistema. Incluso podría llegarse más allá cuando se advierte que el legislador procede a equiparar comportamientos valorativamente diversos, amenazando una pena unitaria a la producción dolosa, culposa y fortuita de la muerte.

(43) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. gen., cit., pág. 342.

(44) Vid. MEZGER, *Tratado*, cit., t. I, págs. 395 y ss.