



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

EL ROBO CON HOMICIDIO COMO HURTO

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad de Chile

Autor: María Fernanda Díaz Vidal

Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago, Chile

2017

A Richard Parker

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. EL ROBO CON HOMICIDIO	4
1.1. La historia de modificaciones del N° 1 del artículo 433 del Código Penal 6	
1.2. La redacción y la ubicación sistemática del N° 1 del artículo 433.	10
1.3. La relación del homicidio subordinado al robo: la fórmula “con motivo u ocasión”.	15
1.3.1. Las tres clases de robo con homicidio	16
1.3.2. Homicidio “con motivo” del robo.....	25
1.3.3. Homicidio con ocasión del robo	39
1.4. La efectiva configuración de un robo como presupuesto de existencia de un robo con homicidio	42
1.4.1 El hurto-robo.....	42
1.4.2. El homicidio como coacción	52
1.5 Todo robo con homicidio es primariamente un robo.	55

1.5.1 El homicidio calificado por codicia.....	58
1.5.2. El homicidio realizado para ejecutar otro delito.....	69
CAPÍTULO II. EL ROBO COMO HURTO.	75
2.1 Antecedentes de la regulación del robo con violencia o intimidación en las personas.	75
2.2. La violencia e intimidación como coacción grave.	79
2.3 La conexión funcional entre la coacción grave y la apropiación.	89
2.4 El robo como hurto.	91
2.5 El robo con violencia o intimidación como hecho punible.	111
2.6. El artículo 436 como regla específica de penalidad de concursos. .	116
CAPÍTULO III. EL ROBO CON HOMICIDIO COMO HURTO.....	124
3.1. El robo con homicidio como concurso entre homicidio, hurto y coacción.	124
3.2 El robo con homicidio como hurto.	129
3.3 Una implicación de lo anterior: pluralidad delictiva.	131
CONCLUSIÓN.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	141

RESUMEN

Esta memoria tiene como objetivo revisar críticamente la estructura y naturaleza jurídica del robo con homicidio y la función que cumple el artículo 433 N° 1 del Código Penal que lo sanciona. Para ello, se realiza un análisis deconstructivo que analiza el robo como estructura central del robo con homicidio, y a su vez, al hurto como estructura central de aquel. Lo anterior permite identificar la realización imputable del robo con homicidio como un hecho punible compuesto por los hechos punibles del robo y del homicidio, pero estructurado en torno al comportamiento constitutivo de hurto. Así mismo, permite reconocer su carácter de estructura pluriofensiva en tanto su realización representa, al mismo tiempo, un menoscabo para los bienes jurídicos de la propiedad, la vida humana independiente y la libertad personal. Por último se concluye que el artículo 433 N° 1 contempla una regla de penalidad especial para los casos de concursos entre el robo y el

homicidio fundada en la intensidad de contradicción de la voluntad del
custodio para lograr la apropiación de la cosa sustraída.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende delinear una correcta interpretación de la estructura del robo con homicidio.

Aunque la regulación del robo con homicidio hace recomendable realizar el ejercicio de reconstrucción partiendo desde la figura más básica, en este caso el tipo de hurto, este trabajo se construye a través de la metodología inversa. La razón de esta preferencia es poder deconstruir la figura de robo con homicidio, identificando la función de cada uno de sus requisitos típicos y poder concluir si efectivamente un robo con homicidio es siempre y principalmente un hurto.

Para ello, el primer capítulo estará dedicado a la revisión de la estructura del robo con homicidio tipificado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal. En él, se analizará su estructura como tipo delictivo

complejo, compuesto por los injustos del robo con violencia o intimidación en las personas (en adelante, simplemente “robo”) y del homicidio, a la vez que un tipo delictivo pluriofensivo en tanto su realización exitosa lesiona los bienes jurídicos vida y propiedad. En este contexto, se abordará la comprensión del robo como injusto central y estructura basal, y la función del homicidio en dicho contexto.

A su vez, se hará necesario ofrecer un análisis sistemático del robo con violencia o intimidación en las personas como tipo delictivo complejo y del hurto, regulado en los artículos 432 y 446 del Código Penal, como tipo base del cual arranca. En el marco de esta revisión, se abordará la relación que de acuerdo a la ley vigente debe existir entre el injusto del hurto y el de las coacciones como componentes del robo. A ello se destinará el capítulo segundo.

Finalmente, y sobre la base de los dos capítulos anteriores, en el tercer capítulo será revisada entonces la relación sistemática entre el robo con homicidio y el delito de hurto, con lo cual será finalizado el análisis sistemático de la estructura del robo con homicidio y de sus figuras

delictivas básicas. Al finalizar se espera poder ofrecer una correcta interpretación de la naturaleza y estructura del robo con homicidio y, a modo de ejemplo de la relevancia práctica del ejercicio, de una de las consecuencias que se extraen para su aplicación.

CAPITULO I. EL ROBO CON HOMICIDIO

El robo con homicidio está regulado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal. Dicha disposición establece: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad” será castigado con “presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere además, homicidio...”.

Para una comprensión adecuada de la figura así tipificada, es necesario notar, en primer lugar, que la redacción de la disposición remite explícitamente a los tipos de robo y homicidio. La norma construye la figura del robo con homicidio en base a la realización imputable de un robo

con violencia o intimidación en las personas y la comisión de un homicidio, “con motivo u ocasión” del robo, figura a la cual le asigna una pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado. En términos generales, en este sentido se ha expresado la mayor parte de la doctrina.¹

Así, dada la redacción del artículo 433 N° 1, podríamos entender que el tipo de robo con homicidio no es nada más que la suma entre la ejecución de un robo y la de un homicidio y, por otro lado, que el artículo que sanciona su realización imputable no es nada más que una regla que reemplaza la aplicación de las reglas generales para determinados casos de concursos entre ambos.

Además de la redacción de la disposición legal, tanto la historia de las modificaciones que ha sufrido el N° 1 del artículo 433, como la ubicación sistemática de la figura delictiva y la exigencia de funcionalidad

¹ Así, OLIVER, Guillermo. Delitos contra la propiedad. Santiago, Legal Publishing. 2013; RODRÍGUEZ C, Luis. El robo con homicidio. Revista de Estudios de la Justicia (11):131-151. 2009; GIMBERNAT, Enrique. El comportamiento típico en el robo con homicidio. Anuario de derecho penal y ciencias penales 17(3):423-449. 1964. A pesar de explicitar una posición a favor de esta estructura, parte de la doctrina maneja una comprensión de la violencia y la intimidación que traen aparejadas consecuencias para la comprensión del robo con homicidio como una figura constituida por una conjunción indistinta del robo y el homicidio o del hurto y el homicidio. Así por ejemplo, VIVANCO, Jaime. El delito de robo con homicidio. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing. 2009 y MERA, Jorge. Hurto y Robo. Santiago, Editorial Jurídica Conosur. 1995. Ver *infra* 1.3.2.

de uno de los tipos delictivos en favor del otro, son antecedentes que serán útiles para determinar la naturaleza jurídica del robo con homicidio.

1.1. La historia de modificaciones del N° 1 del artículo 433 del Código Penal

De acuerdo con la historia del establecimiento de la disposición legal, el robo con homicidio ha sido objeto de múltiples modificaciones legales. Desde la entrada en vigencia del código, esta figura estuvo regulada explícitamente como una forma calificada de robo con violencia o intimidación en las personas, consistiendo el criterio de calificación en el acaecimiento del resultado de muerte en el contexto de realización del robo. El artículo 433 N° 1 del Código Penal de 1875, establecía en su N° 1 que

“El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar ántes del robo para facilitar su ejecucion, en el acto de cometerlo o despues de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte:

1° Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio.” [sic]

Posteriormente la disposición fue sometida a dos modificaciones relevantes. La primera, operada a través de la Ley 11.625, de 1954, diferenció las consecuencias punitivas de las distintas circunstancias dispuestas en el artículo 433 y que calificaban el tipo de robo². Así, se estableció en el primer numeral del artículo 433 el mismo marco penal para el robo con violencia o intimidación en las personas si, con motivo u ocasión de su realización, se ocasionaran los resultados típicos propios de los delitos de homicidio, violación, castración, mutilación en cualquiera de sus tipos o lesiones graves gravísimas del N° 1 del artículo 397 y, en un segundo numeral, sometió a un reproche de menor entidad a los supuestos de secuestro bajo exigencia de rescate y de lesiones simplemente graves del N° 2 del artículo 397³.

Una segunda modificación fue dispuesta por el artículo 2 de la ley N° 13.303 de 1959 y tuvo por objeto reemplazar en el N° 1 del artículo 433, la

² Con anterioridad a dicha modificación legal, el artículo 433 establecía, además del numeral 1°, otros tres numerales con otras circunstancias que configuraban el robo calificado dentro las cuales se encontraba la violación o mutilación de un miembro importante (numeral 2°), que con motivo u ocasión del robo se causaren lesiones graves gravísimas o el “robado” fuese detenido bajo rescate o por más de un día (numeral 3°) y que el jefe de la cuadrilla se encontrare armado total o parcialmente (numeral 4°).

³ La redacción exacta del artículo era la siguiente: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:

1°) Con presidio mayor en su grado máximo a muerte cuando, con motivo u ocasión del robo, resultare homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1°."

expresión “resultare” por “se cometiere”. En cuanto al robo con homicidio, la doctrina coincide en reconocer que el fundamento de esta modificación legal se encontró en la necesidad de explicitar la exigencia de que la producción de la muerte de otro fuese imputable a título de dolo o imprudencia al autor del robo⁴. Con esta modificación el legislador aclaró los requisitos de aplicación del artículo 433.

Previamente a la modificación legal, se discutía si la disposición exigía efectivamente atribuir a título de dolo o imprudencia el resultado de muerte al autor del robo o si, por el contrario, bastaba con el acaecimiento de la muerte en el contexto de realización de un robo, sin que dicha muerte tuviera que ser imputable al autor del robo por haber actuado en ausencia de dolo o imprudencia o por encontrarse en alguna de las causales que hacen decaer el juicio de culpabilidad. Es decir, se discutía si estábamos ante la estructura de un delito (de robo) calificado por el resultado (de muerte).⁵ La disposición recibió críticas por vulnerar el principio de culpabilidad, además de resultar ambigua en su interpretación y aplicación judicial. La

⁴ Así, explica OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 305; BASCUÑÁN, Antonio. El robo como coacción. *Revista de Estudios de la Justicia* (1):55-125. 2002. p. 91.

⁵ Para una reseña de esta discusión, VIVANCO, Jaime. *op. cit.*, pp. 32-35.

reforma vino a saldar dichas críticas y a otorgar certeza a la interpretación de la norma en cuanto al establecimiento de una responsabilidad objetiva. Así, se eliminó cualquier posibilidad de interpretar la disposición como una que estableciese una responsabilidad objetiva del autor por la mera verificación de un resultado. Subsistió, sin embargo, la discusión acerca de si para la consumación del tipo es necesario el dolo del autor o, por el contrario, es suficiente con acreditar la imprudencia del autor al realizar la acción.

Sin embargo, en la redacción anterior a 1959, la posibilidad de reconducir el robo con homicidio al robo con violencia o intimidación era tanto más clara: se configuraba el robo acompañado de una circunstancia, cuya realización no era constitutiva de delito, que al verificarse en determinada conexión con el robo, producía el efecto de agravar la responsabilidad del autor. Con la modificación se volvió más difícil identificar si, al igual que bajo la redacción anterior, el núcleo de injusto de la figura delictiva se encontraría en el atentado contra la propiedad o en el atentado a la vida. Asimismo, se volvió confusa la estructura del robo con homicidio que anteriormente era claramente un robo agravado.

1.2. La redacción y la ubicación sistemática del N° 1 del artículo 433.

La redacción y la posición sistemática del robo con homicidio han contribuido a sustentar la conclusión de que existiría una subordinación estructural del homicidio respecto de la apropiación (que se expresaría en la identificación del núcleo del injusto del robo con homicidio).⁶

El artículo 433, que contempla el robo con homicidio, es el primero del Párrafo 2° del Título IX, “Crímenes o simples delitos contra la propiedad” del Libro II del Código Penal. En este segundo párrafo, cuyo epígrafe reza “Del robo con violencia o intimidación en las personas”, se encuentran reguladas, además de las distintas figuras de robo calificado del artículo 433 N°1 y N°2, la piratería, la extorsión documental y el robo con violencia o intimidación en las personas.

⁶ En general esta es la posición de la doctrina mayoritaria en Chile: “En términos generales, la doctrina concuerda en que la apropiación ocupa un lugar preponderante respecto de la muerte en la estructura del tipo de robo con homicidio, lo cual aparece corroborado tanto por la ubicación sistemática del precepto –que se sitúa dentro de los delitos contra la propiedad–, como por la propia redacción de la norma que establece una relación de subordinación de la acción homicida al acto de apoderamiento de una cosa ajena” RODRÍGUEZ C, Luis. *op. cit.* p. 139.

Dicho párrafo comienza con la descripción en el artículo 433 de las llamadas figuras calificadas de robo, para, en el inciso primero del artículo 436, señalar que fuera de las conductas contempladas en los artículos anteriores, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas tendrán asignada una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo. Los artículos siguientes, luego del artículo 434, que regula la piratería, y de los derogados artículos 435 y 437, son los artículos 438 y 439, que regulan la extorsión documental y la determinación de lo que debe entenderse como violencia o intimidación en las personas para efectos del robo, respectivamente.

Lo interesante es notar que el párrafo segundo del título IX, bajo la denominación “robo con violencia o intimidación en las personas”, parece regular distintas hipótesis del robo con violencia o intimidación, como los robos calificados o la piratería⁷, y otras que se asimilan a ésta por la utilización de violencia o intimidación, como la extorsión documental del artículo 438.

⁷ La piratería ha sido entendida como un robo cometido en el mar, atacando o amenazando con nave armada. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal. Parte especial. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 373 y ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III. p. 348.

En este contexto, dada la forma en que el Código las regula, las figuras delictivas del artículo 433 y 436 aparecen íntimamente relacionadas.

Por su parte, el artículo 436 parece ser una regla que contempla una figura básica de robo, frente al artículo 433 de los llamados robos calificados y al artículo 434 de la piratería. La referencia del inciso primero del artículo 436 a los casos precedentes, excluyéndolos de la aplicación de ese inciso, permite caracterizar el artículo 436 como una norma de aplicación subsidiaria respecto a otras normas establecidas para otros tipos de robos con violencia o intimidación. Lo anterior se ve reforzado porque el artículo 436 no describe ninguna conducta adicional que pueda ser reconocida como el supuesto de hecho de la sanción contenida en él. Es decir, la descripción de la conducta sancionada por la pena establecida en el artículo 436 proviene debe ser reconstruida a partir de otras normas. En este trabajo, se propone que esas normas son los artículos 432, 433 y 439 conjuntamente.

Al interpretar la conducta sancionada por el artículo 436 como constitutiva de la figura básica de las hipótesis de robo reguladas en el

párrafo segundo, estamos afirmando que cada vez que se ejecute la(s) conducta(s) sancionadas por el artículo 433 o 434, se verificará también la ejecución de la conducta sancionada por el artículo 436.

La redacción del inciso primero del artículo 433 es coincidente con esta regla de subsidiaridad. El encabezado de la norma asume asimismo, la realización de un robo con violencia o intimidación en las personas. Para hacer aplicable las penas del artículo 433, sólo se agregan circunstancias adicionales al robo (constitutivas de delito luego de la reforma de 1959) que agravan la responsabilidad del autor en relación con la pena asignada al robo. Así, el artículo 433 en sus numerales 1° y 2° parece contemplar casos específicos de robo en los cuales se verifica, además, otra figura delictiva. Es decir, ante la realización de un robo con homicidio o con alguna otra de las circunstancias señaladas por los numerales del artículo 433, y con el objetivo de determinar la pena que deberá ser impuesta a la persona a la que se le imputa la realización de dicho hecho punible, deberá atenderse a la regla del artículo 433 y no a la del artículo 436, pero sólo por la aplicación de la regla de subsidiaridad expresa en el primer artículo y no porque

consideremos que la regla del artículo no sea (también) individualmente aplicable al caso concreto.

Sin embargo, ¿supone esto concluir que cada robo con homicidio es, en todo caso, constitutivo de robo? No necesariamente. La existencia de una regla de subsidiaridad expresa como esta en una norma puede estar asociada a dos tipos distintos de relaciones entre la norma cuya aplicación es preferida y la norma cuya aplicación es preterida frente a la norma preferida ante casos en que ambas normas son internamente aplicables al caso (o sea, sólo referido a los requisitos que esa norma impone para su aplicación). Así, por un lado, puede existir una relación entre ambas normas en que el conjunto de casos en que ambas normas son aplicables internamente, es idéntico al conjunto de casos en que es aplicable la norma preferida. Esta sería la relación entre normas de la que podríamos desprender que siempre que se aplique la norma de sanción del robo con homicidio será internamente aplicable también la norma de sanción del robo.

Sin embargo, por otro lado, una regla de subsidiaridad expresa también puede estar asociada a una relación entre las normas de sanción en

que sólo en algunos de los casos en que es internamente aplicable la norma preferida, sea también aplicable la norma preterida. Es decir, el conjunto de casos en que resulta aplicable la norma preferida es mayor al conjunto de casos en que ambas normas resultan aplicables conjuntamente. Si fuese este el caso, no siempre que se cumplan los supuestos de hecho del tipo de robo con homicidio se cumplirán también los del tipo de robo.

Por eso, para poder concluir si cada vez que se cumplen los supuestos de hecho del robo con homicidio se cumplen también los supuestos de hecho del tipo de robo, debemos resolver qué tipo de relación existe entre ambos.

Para ello, es imprescindible analizar primero en qué sentido entiende la regulación la posibilidad de que un homicidio sea cometido “con motivo u ocasión del robo”.

1.3. La relación del homicidio subordinado al robo: la fórmula “con motivo u ocasión”.

De acuerdo a la redacción del artículo, el homicidio debe encontrarse en una relación específica respecto del robo: debe ser realizado “con motivo u ocasión” de este último. Es decir, no cualquier conexión entre el homicidio y el robo satisface la exigencia impuesta por el artículo 433 N°1. La identificación del conjunto de casos sometido a la regulación depende de una adecuada reconstrucción de lo que la expresión “con motivo u ocasión” significa en el contexto de esta disposición.

En este marco, Bascuñán Rodríguez, en su trabajo titulado “El robo como coacción”, ha identificado tres constelaciones diferentes en las cuales la ejecución de una apropiación mediante coacción y un homicidio debe ser sancionada por el artículo 433 N° 1. Partiremos con una exposición de esas tres constelaciones para luego hacer un análisis crítico de cada una de ellas .

1.3.1. Las tres clases de robo con homicidio

El primer tipo de casos considerado por Bascuñán, y que lo identifica como el tipo de casos paradigmático de la regulación del artículo, estaría constituido por aquellos en que el resultado de muerte es consecuencia de la violencia o intimidación coercitiva propia del robo, habiendo estado éstas

dirigidas a obtener la apropiación de la cosa. Este primer tipo de casos se encontraría dentro de la hipótesis de un homicidio cometido “con ocasión” del robo, debido a que el resultado de muerte que consuma el homicidio sólo es consecuencia secundaria de la comisión del robo y no el medio que el autor utiliza para lograr la sustracción con ánimo apropiatorio.

Un segundo tipo de casos es aquel en que la comisión del homicidio no es resultado de la violencia o intimidación coercitiva, sino que lo es de otra acción realizada en el contexto de la ejecución del robo. En este caso, según Bascuñán, la regla del artículo 433 sólo reemplazaría la regla general del concurso real entre el robo y el homicidio, sin que exista aquí “el fundamento de incriminación del caso anterior”.⁸ Esta segunda constelación de casos, caería también en la hipótesis del homicidio “con ocasión” del robo.

La tercera y última hipótesis, que identificaría a los casos en que existe un homicidio “con motivo” del robo”, está constituida por aquellos casos en que la producción de la muerte que consuma el homicidio reemplaza a la coacción violenta o intimidatoria como medio de la

⁸ BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p. 88.

apropiación. En tanto la consumación del homicidio supone la producción de la muerte de otro, produce el efecto de suprimir completamente la capacidad de acción del custodio y con ello a éste como obstáculo entre el autor y el objeto que se dispone a apropiarse. En este sentido, el homicidio puede llegar a ser, en un tercer grupo de casos, funcional por sí mismo a la realización de la apropiación. Bascuñán reconoce este caso como uno en el cual la regla del artículo 433 N° 1 resuelve un concurso medial entre el delito de apropiación (distinto del robo simple) y el delito de homicidio.⁹ Es decir, reconoce que en este caso, la regla del artículo 433 N° 1 dispondría excepcionalmente de una pena para un caso en el que no podemos reconocer la existencia de un robo, dada la ausencia de la coacción mediante violencia o amenaza.¹⁰

A diferencia de lo sostenido por Bascuñán, este sería el caso que la doctrina mayoritaria identifica como el paradigmático de la regulación del artículo 433; el homicidio cometido “con motivo” de la apropiación. Según la doctrina tradicional, el término “con motivo” señalaría una relación

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Ver *infra* 1.4.2

funcional en la cual el homicidio sirve como medio para la consumación del robo como fin. Al concebir el homicidio como medio de la realización de la apropiación, aquel desplaza el ejercicio de la coacción violenta o intimidatoria en tanto medios de la apropiación.

Sin embargo, no existen razones en la regulación que exijan que el homicidio esté siempre en una relación de medio a fin con la apropiación, sino que sólo que esté en una relación tal que satisfaga la fórmula “con motivo” o “con ocasión”. Lo anterior sólo sería problemático si identificáramos que ambas fórmulas son sinónimos (lo que atenta contra el principio de interpretación útil de la ley) o que, no siéndolo, ambas requieren necesariamente que exista una relación funcional entre la ejecución del homicidio y la ejecución del robo, lo que no parece ser posible sin desvirtuar una u otra.

Ahora sí, volviendo con las tres constelaciones de casos identificadas por Bascuñán como concreciones de las hipótesis “con motivo” o “con ocasión” que establece el artículo 433, se analizará críticamente cada una de ellas.

En cuanto al primer tipo de casos, en efecto es una de las concreciones posibles de un homicidio cometido “con ocasión” del homicidio. Esto es así porque la producción de la muerte de otro, aunque atribuible subjetivamente al autor, no puede ser explicada a razón del robo sino que sólo como consecuencia de él.

Sin embargo, nada permite afirmar aún que este sea el caso paradigmático de la regulación del robo con homicidio. Desde ya, porque sólo una conclusión a la que aún no se ha llegado es la que permitiría fundamentar esto (es decir, que el robo con homicidio se estructura como tipo en torno al tipo del robo). Pero también porque con ello se pasa por alto que no sólo una relación estrictamente instrumental entre el homicidio y el robo permite afirmar que el robo ocupa realmente el “centro de gravedad” del comportamiento subsumible en el tipo.

La afirmación en cuanto a que este sería el caso paradigmático, y la razón porque Bascuñán trata esta hipótesis de “con ocasión” de forma distinta a la hipótesis del homicidio cometido en el contexto del robo, está en que el caso de la muerte como resultado de la acción coercitiva le sirve a

Bascuñán para oponerse a la doctrina mayoritaria, que ha identificado los casos de homicidio con motivo del robo como el robo con homicidio por antonomasia. Bascuñán utiliza esta clasificación con el propósito de mostrar que la hipótesis predilecta de la doctrina nacional adolece de un problema estructural si consideramos que el robo ocupa el papel central de la tipificación del robo con homicidio.

Por otro lado, la segunda constelación de casos, esto es, la que aglutina aquellos casos en que el homicidio sólo es cometido durante la ejecución del robo, es un caso de robo con homicidio en que no existe ninguna relación más que contextual entre el robo y el homicidio. Bascuñán identifica correctamente este conjunto de casos dentro aquellos regulados por el artículo 433, dada la indesmentible constatación de que efectivamente caerían dentro de un homicidio cometido “con ocasión” del robo. Sin embargo, los identifica al mismo tiempo como una anomalía señalando que no existirían motivos sistemáticos para penalizar estos casos con una regla especial como la del artículo 433. Así, Bascuñán estima que estos casos serían en realidad concursos reales entre el robo y el homicidio

y que la regla del artículo 433 N° 1 vendría a reemplazar la regla general de concurso.

La doctrina chilena ha negado consistentemente que este caso quepa dentro de los casos sancionados por el artículo 433 N° 1. Así, Garrido Montt ha sostenido que la fórmula “con ocasión” puede abarcar aquellos casos en que el homicidio es cometido simultáneamente o, siendo cometido con posterioridad, sirve para lograr la impunidad del autor, exigiendo en todo caso una conexión ideológica, de carácter subjetivo, entre ambos tipos.¹¹ Por su parte, Etcheberry, ha señalado que la fórmula con ocasión incluiría casos en que, a diferencia de los casos que caen en la fórmula “con motivo”, el homicidio se realiza como consecuencia de la indefensión que provoca en la víctima la comisión del robo. En estos casos incorpora también aquellos en que el homicidio es cometido para favorecer la impunidad de la realización típica.¹² En esta misma línea, y más recientemente, Oliver se ha mostrado favorable a que la expresión “con

¹¹ GARRIDO, Mario. 2008. Derecho penal. Parte Especial. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV. p. 208. Así, Garrido Montt incluye los casos en que el homicidio sirve a la consolidación de la apropiación entre aquellos que pertenecen al conjunto “con ocasión” y no “con motivo” ya que identifica que en cualquier caso una conexión ideológica entre el robo y el homicidio. La fórmula “con motivo”, entonces, identificaría aquellos casos en que el homicidio serviría, según la representación del autor, como instrumento de la comisión del robo.

¹² ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* p. 342.

ocasión” comprendería sólo casos en que el homicidio es cometido con el objetivo de asegurar la impunidad para el autor.¹³ El resto de los casos, es decir aquellos en que no existe la relación instrumental entre el homicidio y el robo, deberá ser resuelto a través de las reglas de concurso real del artículo 74 del Código Penal. La doctrina mayoritaria exige que esta conexión ideológica sea de carácter subjetiva.

La razón de la posición anterior radica exactamente en el mismo reconocimiento que hace Bascuñán: ante una vinculación sólo contextual entre el homicidio y el robo, no existiría razón sistemática para agravar la concurrencia del robo y el homicidio. Sin embargo, a pesar de ello, Bascuñán reconoce asimismo que la fórmula “con ocasión” no puede exigir una relación instrumental ni subjetiva entre el robo y el homicidio. Lo anterior se justifica por la redacción del artículo 433 y la incorporación del tipo de violación en la misma norma, dado que éste sólo puede ser realizado en concomitancia con el robo (y no para ejecutar un robo o como consecuencia de él).¹⁴ Además, como se dirá más adelante, la situación en

¹³ OLIVER, Guillermo. *op. cit.* pp. 312 –313.

¹⁴ BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p. 90.

que el homicidio sirve a la impunidad del delito es un caso que podemos calificar más correctamente como una concreción de la fórmula “con motivo”.¹⁵

Bascuñán acierta en incluir este tipo de casos entre los regulados por el artículo 433, pero falla al abandonar la pretensión de dotar de sentido a los casos de homicidios cometidos en el contexto de ejecución del robo (sin relación de instrumentalidad ni que deriven de las coacciones violentas o mediante amenazas) y a definir criterios que permitan distinguir aquellos casos de concurso real entre ambos hechos punibles que pueden ser subsumidos en la norma y los que no. Es decir, según la posición de Bascuñán parece ser que cualquier concurso real que consista en un homicidio cometido en el contexto del robo (no cualquier concurso real entre ambos) quedaría sometido a la regulación del artículo 433, pero sin que se defina qué se entenderá por un homicidio “cometido en el contexto” del robo.

Claramente la respuesta no puede provenir sólo de criterios de proximidad temporal o espacial. ¿Cuántas horas después o antes del robo

¹⁵ Ver *infra* 1.3.2.

debe ser cometido el homicidio para que sea aplicable el artículo 433? ¿Cuántos metros de distancia entre ambos? Estas son preguntas cuya respuesta puede ser arbitraria, como lo es cualquier criterio espacial o temporal que no atienda al sentido de que tipo de casos esté sometido a la regulación del artículo 433 junto a los demás casos que regula la norma. Por ello, para determinar el conjunto de casos de homicidios ejecutados en el contexto del robo que son sancionados por la regla del artículo 433, es necesario terminar la revisión de las constelaciones de casos identificados por Bascuñán, con el último tipo de casos: casos de homicidios con motivo del robo.

1.3.2. Homicidio “con motivo” del robo

El tercer caso señalado por Bascuñán corresponde a aquellos homicidios que son cometidos instrumentalmente para la ejecución de una apropiación. Es decir que el homicidio sirve como una forma de eliminar los obstáculos actuales o eventuales que el custodio o un tercero pueda oponer para resistir la apropiación de la cosa.

De acuerdo con lo señalado por Bascuñán, este caso constituiría el caso anómalo en la regulación legal, dada la regla de subsidiaridad del artículo 436, el encabezado del artículo 433 y la comprensión tradicional del injusto del robo con homicidio como un robo calificado.¹⁶ Esto es así, ya que al reemplazar el ejercicio de coacción violenta o intimidatoria por el homicidio, es imposible reconocer la configuración de un robo, para el cual es imprescindible la existencia de coacción intimidatoria o violenta. Así Bascuñán:

“Finalmente, el homicidio o las lesiones pueden constituir el medio del cual se vale el autor del delito para excluir deliberadamente los posibles obstáculos a la acción de apropiación. En este caso, no hay una acción de coacción previa al resultado mortal o lesivo, sino que esa muerte o lesión sustituye funcionalmente el empleo de medios coercitivos”.¹⁷

Y agrega entonces:

“La construcción dogmática correcta de este caso de robo calificado (“con motivo”) exige asumir que el homicidio y las lesiones no constituyen la culminación o grado máximo de la violencia del robo simple, sino que, por el contrario, la reemplazan. No se trata de casos en que la violencia coercitiva del robo simple se concreta en un

¹⁶ “En cambio, cuando se reconoce que la muerte o las lesiones del custodio o de su potencial defensor son en este caso un medio de ataque necesariamente alternativo a la violencia coercitiva, entonces no puede sino concluirse que la tipificación del homicidio o las lesiones “con motivo” de la apropiación, como supuesto de robo calificado, implica una redefinición de la estructura de injusto tal que ya no es exigible, en estos casos, el carácter violento del ataque, ni mucho menos su carácter intimidatorio.” BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p. 89.

¹⁷ *Íd.* p. 88.

resultado de muerte o lesiones, porque en estos casos no existe violencia coercitiva. Lo que sucede aquí es que la muerte o las lesiones representan un modo de ataque funcional a la ruptura de la custodia sobre la cosa que es alternativo a la coacción violenta”.¹⁸

La posición de Bascuñán a este respecto consiste en una oposición a la postura más tradicional respecto al robo con homicidio, que concibe la violencia y la intimidación como fenómenos desligados de la estructura de la coacción. Esta posición ha sido defendida en la doctrina nacional, principalmente por Jaime Vivanco¹⁹ quien, en base a un concepto fenomenológico de violencia, ha identificado el robo con homicidio como una subclase de robo, donde el homicidio sustituye a la violencia que configura el robo²⁰. Por otro lado, respecto a la intimidación, Vivanco

¹⁸ *Íd.* p. 88-89.

¹⁹ “En este trabajo, cuyo objeto es el estudio del robo con homicidio, nos preocuparemos solamente de aquella violencia consistente en los malos tratamientos de obra a las personas, porque es evidente que para matar en el ámbito de esta figura, al menos dolosamente, se precisa sólo de esta forma de violencia. Es decir, la comisión de un robo con homicidio supone que en él se ha ejercido una fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, capaz de matarla.” VIVANCO, Jaime. *op. cit.* p. 20.

²⁰ “En otras palabras, hablar de robo con homicidio dentro de la serie del robo con violencia en las personas, sólo significa señalar un robo en el cual la violencia consiste específicamente en matar a otro, porque, como decíamos poco antes, todo robo con homicidio es genéricamente un robo con violencia. En otros términos, dentro del lenguaje estrictamente técnico no se alude con tal expresión a un delito de robo y a uno de homicidio, sumado a él, puesto que este homicidio es uno de los elementos que forman o integran esta subclase de robo. Es lo mismo que hacíamos notar en el análisis de la estructura del robo simple: si ahora aquí se suprime la acción de matar, sólo queda la de apropiarse, es decir, un hurto, pero no un robo, porque si al todo le quitamos una parte no puede quedar el todo.” *Íd.*, p. 28. Siguiendo, con el propósito de justificar la gravedad del hurto, Mera ha identificado el plus de injusto que contiene el robo respecto del hurto, como uno relativo a la afectación de la seguridad personal o la integridad física que supone el ejercicio de violencia o intimidación. MERA, Jorge. *op. cit.* pp. 136-141.

incluye en el concepto “violencia” del robo la amenaza de un mal inminente “que paraliza por completo la voluntad de la víctima... porque la violencia física, no debe pesar solo por la materialidad misma del medio empleado, sino también por los efectos paralizantes causados por él en la voluntad del paciente.”²¹ Sin embargo, dado que descarta que una acción que consista en una amenaza pueda producir la muerte de la víctima, señala explícitamente que su trabajo se referirá solo a “aquella violencia consistente en los malos tratamientos de obra a las personas”²²

Es decir, todo robo con homicidio no es nada más que un robo, esto es un hurto calificado por una acción violenta sin que ésta requiera ser violencia coercitiva. A este respecto Bascuñán señala:

“La razón de fondo de esta preferencia de la doctrina se encuentra en su deficiente concepción de la violencia como un comportamiento desligado de la coacción. Este déficit no resulta sorprendente, si se tiene presente que la monografía que hasta el día de hoy constituye la última palabra entre nosotros en materia del delito de robo con homicidio, restringe estipulativamente su análisis al homicidio cometido mediante maltrato de obra, para luego afirmar que

²¹ VIVANCO, Jaime. *op. cit.* p. 19.

²² *Ibid.* p. 20. Así, los casos de robo que se ejecutan con intimidación son otra subclase del robo, distinta a aquellos casos de robo con homicidio.

todo robo con homicidio es genéricamente considerado un robo con violencia”.²³

Este trabajo comparte la oposición a esta concepción de violencia o intimidación y reconoce asimismo a la violencia o intimidación como comportamientos coercitivos que ponen al injusto de la coacción como parte del robo²⁴. Sin embargo, cabe poner en duda que en la constelación ahora analizada el homicidio “reemplace” a la coacción, de modo tal que deba descartarse la existencia de una coacción violenta. El problema de la afirmación anterior consiste en caracterizar todos los casos en que el homicidio sirve como medio a la apropiación como casos en que el homicidio “reemplaza” la coacción y no como una acción que, al mismo tiempo que produce la muerte de otro, produce también el efecto propio de una coacción: suprimir la capacidad de formarse o de expresar una voluntad. En estos casos, más que como una sustitución de la coacción, es correcto caracterizar la acción de producción de la muerte de otro como un comportamiento que, en ciertos casos, puede realizar al mismo tiempo una coacción de forma radical. Esto es así, porque el homicidio en vez de

²³ BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p. 88.

²⁴ Ver *infra* 2.2.

impedir momentáneamente la formación de una voluntad en el custodio o un tercero de oponerse a la sustracción del autor o de limitar la capacidad de actuar conforme a ella, el resultado de muerte suprime completamente la capacidad física del sujeto de oponerse a la sustracción del autor.

En los casos en que podemos identificar que el homicidio cumple una función coercitiva, son casos en que el sujeto que se enfrenta al autor de la sustracción, expresa la existencia de una voluntad presente o la formación de una voluntad futura de oposición al comportamiento apropiatorio del autor. En tanto podamos reconocer la voluntad actual o futura del custodio de oponerse a la apropiación por parte del autor, podemos señalar que en tanto la acción homicida del autor crea un impedimento físico que, en términos radicales, suprime toda capacidad de ejecutar la voluntad ya formada o de formarse una voluntad futura, el autor ejecuta un atentado en contra de su libertad.

Esto no quiere decir que todos los casos en que se comete un homicidio en el contexto de un robo pueda ser reconocido un atentado contra la libertad. Tampoco quiere decir (o por lo menos no en el mismo

sentido²⁵) que todo homicidio sea un atentado contra la libertad. Sólo pretende afirmar en que hay ciertos casos en que podemos reconocer que el homicidio es utilizado como neutralización de la capacidad física de resistir un ataque que de no habiendo sido ejecutado, habría permitido la oposición (exitosa o no) del custodio o un tercero a la apropiación de la cosa. Y esto no sólo es reconocible por los propósitos del autor (si se representó o no que utilizaría el homicidio como medio para ejecutar el robo), como lo afirma la doctrina nacional mayoritariamente,²⁶ sino que en la interpretación objetiva de la acción homicida como una forma de coacción útil para la realización de la acción de apropiación que es propia del robo.

Bascuñán advierte la posibilidad de interpretar el caso en el sentido anteriormente expuesto y la descarta explícitamente. Su argumento está relacionado con señalar que es imposible que el homicidio de un sujeto pueda ser considerado, aún en contextos determinados, como una forma de coacción violenta. La razón de esta imposibilidad se encuentra en que el

²⁵ En algún sentido, todos los delitos contra bienes jurídicos individuales (tanto patrimoniales como no patrimoniales) puede reinterpretarse como delitos contra la libertad general de acción. Esto porque tanto la vida como la integridad física y la propiedad, son instrumentos de desarrollo y expresión de la personalidad y por tanto, posibilidades de ejercicio de la libertad general de acción. Pero este no es el sentido en que nos interesa el homicidio como atentado contra la libertad en estos casos.

²⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* p. 342; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *op. cit.* p. 369 y a GARRIDO, Mario. *op. cit.* p. 207.

sujeto que sufre la muerte ya no existe después de la realización de la acción homicida. En tanto sujeto inexistente es incapaz de acción, por lo tanto, tampoco puede ser coaccionado a realizar u omitir una acción.²⁷

A este respecto, resulta interesante comparar el daño que provoca la coacción (en este caso, específicamente impedir realizar una acción por alterar la capacidad física del coaccionado, vulnerando la libertad individual de éste) con el daño que provoca el homicidio (la finalización de la vida). Si argumentamos que no es posible reconocer el injusto de la coacción porque con posterioridad a la ejecución de la acción, el sujeto sobre el cual se ejerce éste no podría sufrir el daño, no podríamos hablar de que el homicidio en sí provoca algún tipo de daño en el ser humano que es sujeto de la acción homicida (el daño no sería ya individual sino que podría sufrirlo la familia o la comunidad a la que pertenece, pero no el sujeto que es objeto de la acción homicida). ¿Cuál daño y en qué momento el sujeto a

²⁷ “Por lo mismo, cuando a raíz de la afectación de esos bienes se produce se produce también una afectación total o exorbitante de la capacidad general de acción de la persona (muerte, invalidez), se encuentra lisa y llanamente fuera de lugar la identificación de algún ámbito concreto y específico de acción como objeto relevante de ataque. La muerte es la más grave vulneración imaginable al libre desarrollo de la personalidad, pero precisamente por eso es que no se puede decir con sentido que la muerte impida realizar tal o cual acción. Lo mismo cabe decir de lesiones graves: el que mutila a un pianista rival para que no participe en una competencia no lo constriñe a omitir tomar parte en ese concurso sino que destruye su condición de pianista. Sólo un ser capaz de acción puede ser objeto de coacción.” BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p 87

quien se da muerte sufre el daño de muerte? La discusión en filosofía al respecto ha intentado fijar el momento del daño resultante de una acción letal entre varios diferentes momentos posibles, pero no ha abandonado el hecho que una acción homicida produce efectivamente un daño en un sujeto pese a que éste ya no exista luego de la acción.²⁸ En paralelo, lo mismo puede decirse entonces contra la objeción anterior: una acción de coacción puede reconocerse aún a través de una acción homicida, si reconocemos que el homicidio es instrumento para alterar (de forma definitiva y radicalmente) la capacidad física del sujeto para expresar una voluntad ya formada o para formarse una voluntad que por su posición era probable y previsible se formara con posterioridad.

En realidad, el problema en este tipo de casos es que la realización del homicidio como medio de la apropiación puede comprometer la factibilidad de que reconozcamos una sustracción como ruptura de una custodia ajena. Efectivamente, luego de la muerte del custodio y en ausencia de otros individuos que puedan ser igualmente custodios de la cosa, decae la posibilidad de reconocer una sustracción del objeto

²⁸ Para una reseña de la discusión, LUPER, Steven. Mortal Harm. *The Philosophical Quarterly* 57(227): 239-251. 2007.

apropiado. La solución ante estos casos, no es negar la aplicación de la regla de sanción del art. 433 por ausencia de coacción, sino más bien por ausencia de una apropiación mediante sustracción. Lo anterior significa, al mismo tiempo, que un caso como aquel tampoco puede ser resuelto como un concurso entre un hurto y un homicidio, sino que como un concurso medial entre un homicidio y, eventualmente, un hurto de hallazgo del artículo 448 del Código Penal.²⁹

Contra esta interpretación, es posible levantar el argumento esgrimido por Hans Welzel a propósito de la ejecución del robo:

“Quien se forma la resolución a la apropiación recién tras la aplicación de violencia, no comete robo sino (por ejemplo) hurto con lesión corporal. Quien mata a otro para apropiarse de sus cosas, comete asesinato en unidad de hecho con robo, puesto que con el ejercicio de violencia comienza la sustracción (RG. 63 105; BGH 9 135)”³⁰.

Según este argumento, la ejecución de una acción constitutiva de violencia o intimidación u homicidio tendiente a realizar una sustracción

²⁹ La definición sistemática de la estructura del hurto como delito de sustracción basada en la existencia del hurto de hallazgo, requiere también realizar la interpretación inversa. Exige interpretar “al parecer perdidas” como cosas respecto de las cuales no existe custodia al momento de la apropiación y no sólo respecto de aquellas cosas que el autor pudo representarse fueron extraviadas por el dueño sin su voluntad.

³⁰ WELZEL, Hans. 1967. *Das Deutsche Strafrech.* 10ª ed. Berlín, Walter de Gruyter. pp. 339-340. Trad. Juan Pablo Mañalich.

conlleva también la ejecución de la sustracción misma. A pesar de que el argumento es coherente con la teoría finalista sostenida por Welzel,³¹ y que efectivamente sea posible reconocer una acción dirigida a producir una apropiación mediante sustracción, si la víctima muere antes de que el autor pueda asumir la custodia del objeto, no será posible hablar de la realización exitosa de una acción de sustracción. Esto es así porque la sustracción se define como el quebrantamiento de la custodia que un sujeto mantiene sobre la cosa y la consiguiente constitución de una nueva custodia sobre ella, y si no existe sujeto que mantenga custodia sobre la cosa (porque no hay sujeto) no es posible quebrantar custodia alguna. En los casos anteriores, podremos perfectamente reconocer el dolo de sustracción y, por tanto, el disvalor de acción propio de la tentativa de un hurto pero no el disvalor de resultado propio de la realización exitosa de éste.

En segundo lugar, también cabrán en el conjunto de casos que serán catalogados como homicidios ejecutados con motivo del robo, aquellos realizados con el objetivo de producir una coacción mediante amenazas en

³¹ Esto es así porque la comprensión como una unidad de la acción violenta/intimidatoria/homicida y la acción de sustracción, mientras la primera tenga la finalidad de causar el resultado propio de la segunda, sólo se explica por la comprensión ontológica de la acción como el “ejercicio de una finalidad”. GOMEZ, José. 1984. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, Editorial Civitas. p. 69.

el custodio o un tercero que tenga la cosa en su nombre. Así, por ejemplo, si junto al custodio se encontraba una persona más y el autor para intimidar al custodio da muerte a este último, impidiendo con ello que el custodio logre decidirse por una intención de evitar la apropiación de la cosa, realiza al mismo tiempo el tipo de coacción mediante amenazas graves.

Por último toca analizar aquellos casos de homicidios cometidos con posterioridad de la consumación del robo. Según ya se señaló,³² la gran mayoría de la doctrina nacional identifica esta hipótesis, y específicamente aquella en que el homicidio es cometido con el propósito de asegurar la impunidad del autor, con el conjunto de casos de homicidios cometidos “con ocasión” del robo. Con ello les permite mantener la exigencia de una conexión subjetiva entre el homicidio y el robo. Bascuñán por su parte, no se refiere a estos casos a propósito del robo con homicidio, pero sí en el marco de la discusión del robo, dado el encabezado del artículo 433 según se revisará.³³ Al respecto señala que aquellas coacciones realizadas con posterioridad a la apropiación para consolidar la impunidad del autor son

³² Ver *supra* 1.3.1

³³ Ver *infra* 1.4.1

casos anómalos cuyo régimen de penalidad y punibilidad se asimila al del robo, a pesar de no tratarse de un robo.

El encabezado del artículo 433 sólo refiere a la violencia o intimidación que configuran el robo, señalando que lo allí dispuesto es aplicable ya sea que esas acciones coercitivas se ejecuten “antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad”. Sin embargo, la norma se refiere claramente a las acciones coercitivas y no a los resultados típicos que regula el artículo en conjunto con el robo.³⁴ Sin embargo, nada obsta a que los homicidios cometidos con posterioridad a la consumación del robo, puedan ser también incluidos en la fórmula “con motivo u ocasión”.

Entre los casos en que la ejecución del homicidio es comenzada con posterioridad a la consumación del robo o del hurto, se encuentran aquellos tipos de casos en que el homicidio es realizado con el objetivo de consolidar la apropiación del autor sobre la cosa o la impunidad del autor. Además de ese tipo de casos, están aquellos en que el homicidio es cometido a

³⁴ Vivanco y Mera asumen que se refiere a estos resultados típicos porque de acuerdo a su visión, los resultados típicos que califican el “robo” son una forma específica de violencia.

continuación del robo sin mayor vinculación que haber sido cometido en el contexto de aquel. Este último caso de homicidio realizado con posterioridad al robo, sin que éste sirva a la consolidación de la apropiación del autor o de su impunidad, será tratado a continuación cuando se complete el análisis de la fórmula “con ocasión”. En cuanto a los primeros casos, aunque el homicidio es cometido por una acción ajena a las acciones que configuran la apropiación coercitiva, contribuye a los propósitos de ésta en tanto sirve a la consolidación de la apropiación. La solución de estos casos pasa por trasladar la argumentación que será revisada respecto de la violencia o intimidación en el marco del robo, a estos casos de robo con homicidio, entendiendo que la realización delictiva del hurto aunque consumada, no se encuentra terminada hasta que el autor posee disponibilidad de la cosa sustraída. Entonces, el homicidio podría ser realizado, con esos fines y para efectos de la aplicación de la regla del artículo 433 N° 1, sólo hasta que se agote el injusto propio del robo.³⁵

³⁵ A favor de esta interpretación: “Pertencen al ámbito de éste [en referencia al robo con homicidio], por el contrario, todos los casos en que el homicidio es dolosamente causado para lograr la disponibilidad sobre la cosa. Vienen aquí en consideración varios grupos de hipótesis... También aquellas otras situaciones en que producida ya la consumación formal del delito, es decir, originada la desposesión de la víctima y fundamentado el apoderamiento por el sujeto, sobreviene el homicidio antes de que el delito termine, a fin de hacer efectivo el provecho económico perseguido. La doctrina actual distingue

Estos casos, en que el homicidio es realizado en conexión funcional con el agotamiento material de la apropiación o de la apropiación coercitiva, deberán ser también incluidos en el conjunto de casos de homicidios cometidos con motivo del robo.

Así es posible concluir que todo caso de robo y homicidio, en que éste último se encuentre en una relación funcional con el robo, aún cuando éste haya sido perpetrado con anterioridad, en concomitancia o con posterioridad a la realización de la apropiación coercitiva, serán casos que deberán ser sancionados por la regla del artículo 433. Esta relación funcional, en los términos ya expuestos, es lo que caracteriza a la fórmula “con motivo” del artículo 433 N° 1.

1.3.3. Homicidio con ocasión del robo

entre la consumación (formal) y terminación (material) del delito". TORÍO L, Ángel. La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio. Estudios penales y criminológicos (7):449-475. 1982-1983. p. 467. Torío López asuma la terminación de la ejecución de la apropiación no sólo como un marco temporal en el cual puede ejecutarse el homicidio para que reciba aplicación el artículo 433 sino que también como el contenido de la conexión entre el homicidio y el robo. Es decir, excluye aquellos homicidios ejecutados para asegurar la impunidad del autor.

Habiendo ya revisado lo que significa la expresión “con motivo” en el contexto de la regulación del robo con homicidio, se procederá ahora al análisis de lo que significa la fórmula “con ocasión”. Se ha dicho que, contra lo señalado por la doctrina mayoritaria en Chile, deben incorporarse también aquellos casos en que un homicidio es cometido como consecuencia de una acción violenta o intimidatoria con carácter coercitivo o en que, aunque no lo sea, se cometiera en el contexto del robo. Quedó pendiente la respuesta a la pregunta por los criterios debían definir ese contexto, señalando que no podía responder sólo a criterios de cercanía temporal o espacial.

Que el homicidio deba ser cometido en el contexto del robo, como hipótesis de un homicidio realizado con ocasión de aquel, quiere decir que el comportamiento que produce la muerte de otro es realizado a propósito del robo. Lo anterior significa que para que pueda decirse que un homicidio es realizado en el contexto de un robo, el homicidio debe formar parte de un conjunto de circunstancias que adquieran sentido por la ejecución de un robo. No basta por tanto, para que podamos señalar que un homicidio se cometió en el contexto de un robo, que exista entre ambos comportamientos

típicos una relación de cercanía espacial y/o temporal. Por supuesto, esa constatación será un antecedente a tener en cuenta, pero afirmar que se ha realizado un homicidio en el contexto del robo requiere además poder explicar dicho homicidio con referencia a las circunstancias que forman parte de la ejecución del robo. Así, por ejemplo, si el autor realiza una apropiación coercitiva constitutiva de robo y luego, sin que nadie lo persiga, mata a quien esperaba el transporte público en el paradero junto a él, sólo por gusto, no podremos reconocer un homicidio con ocasión del robo, pese a que el primer se haya realizado sólo minutos después y a un metro del lugar.

La relación entre la realización imputable de ambos tipos, sin embargo, no admite un robo realizado en el contexto de un homicidio, sino que sólo la ejecución de éste último en el contexto de aquel. Esto es importante para delimitar aquellos casos en que, pese a que la realización del homicidio y el robo pertenecen a un mismo contexto situacional, es el homicidio el que otorga la ocasión para ejecutar una apropiación coercitiva. Este será el caso, por ejemplo, en que el autor provoque la muerte de uno de los habitantes de una casa al interior de ésta y, aprovechando la situación de

vulnerabilidad, decida sustraer una joya del lugar perteneciente a uno de los convivientes de la víctima del homicidio. Casos como éste, tampoco podrán ser subsumidos en el artículo 433 N° 1.

1.4. La efectiva configuración de un robo como presupuesto de existencia de un robo con homicidio

Según lo argumentado hasta ahora, este trabajo asume que la norma del artículo 433 sólo puede ser aplicada habiéndose ejecutado un robo. Es decir, ningún hecho podría ser subsumido bajo la regla del artículo 433 N° 1 si no es subsumible antes bajo la norma que sanciona el robo con violencia o intimidación en las personas.

En contra de esta interpretación se levantan distintas objeciones, algunas de las cuales ya han sido objeto de revisión.³⁶

1.4.1 El hurto-robo

³⁶ Ver *supra* 1.3.2

En primer lugar se encuentra la objeción, basada en la redacción del encabezado del artículo 433, consistente en la afirmación de que la regulación explícitamente contempla una hipótesis de robo con homicidio que no sería un robo con violencia o intimidación; específicamente, aquellos casos en que la violencia o intimidación son ejercidas con posterioridad a la apropiación.³⁷ Este caso es diferente del caso que se revisó *supra* consistente en un robo consumado al que, con posterioridad, se suma un homicidio.

De acuerdo a esta objeción, debido a la falta de una conexión instrumental entre la coacción y la apropiación como elementos constitutivos del robo³⁸ existirían casos que aunque no podrían ser estructuralmente calificados como robo, si cabrían dentro de la aplicación del artículo 433 por expresa disposición de su encabezado. No podría existir robo, se dice, porque el robo supone que la coacción relevante sea realizada

³⁷ En el contexto del inciso primero del art. 433, el término “robo” 433 no alude a lo que técnicamente conocemos como tal, sino que refiere a “apropiación mediante sustracción”. En tanto dicha disposición regula los distintos casos en que puede verificarse la coacción violenta o mediante amenazas graves, el robo no puede ser uno de los factores de la operación sino que es el producto. Si la violencia o la intimidación son presupuesto de la realización de la descripción típica del robo, es imposible que aquel pueda consumarse antes de que sea ejecutada la coacción.

³⁸ Coincidimos en la necesidad de una conexión funcional entre la acción de coacción y el robo, según será revisado en *infra*.2.3.

como medio comisivo de la apropiación, exigencia que no se cumple si la apropiación (robo, en los términos del encabezado del artículo 433) se consuma antes de la ejecución de la coacción violenta o intimidatoria. En este caso, por tanto, no existiría una relación funcional entre la acción coercitiva y la acción de apropiación.

La dificultad sólo se presenta para aquellos que fijan el momento de consumación del hurto en la apropiación mediante sustracción, pero no para aquellos partidarios de la teoría de la disponibilidad para fijar el momento de consumación del hurto.³⁹ Sin embargo, la teoría de la disponibilidad se enfrenta a la dificultad para poder explicar la hipótesis en que un hurto resulta calificado como robo por una acción de violencia o intimidación posterior. Esto es así ya que, dado que la teoría de la disponibilidad fija el momento de la consumación del hurto allí donde el injusto material del

³⁹ Para quienes asumen la teoría de la disponibilidad no se presenta este problema con el inciso primero del artículo 433. Al entender que el hurto se consuma sólo una vez el autor tiene la posibilidad de ejercer efectivamente la posición fáctica relativa a la posición jurídica de propietario, la violencia o intimidación realizadas luego de la apropiación mediante sustracción son aún funcionales a la consumación del hurto. En Chile, Mario Garrido Montt es exponente de esta teoría, GARRIDO, Mario. *op. cit.* p. 159-160. Para una explicación más detallada ver MAÑALICH, Juan Pablo. El “hurto-robo” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. *Revista de Estudios de la Justicia* (1):65-93. 2006. p. 86.

hurto se ha agotado, carece de un límite para determinar cuándo el ejercicio de violencia o intimidación puede cualificar un hurto como robo.

El problema consiste en resolver si la hipótesis del inciso primero del artículo 433, que dispone que la violencia o intimidación pueden tener lugar después de la apropiación, es un robo con violencia o intimidación en las personas o, por el contrario, equipara un concurso real entre un hurto consumado y coacciones graves, a la penalidad del robo con homicidio siempre que con motivo u ocasión del hurto, se cometa además, un homicidio.⁴⁰

En el marco de dicha discusión, Bascuñán Rodríguez ha señalado expresamente que la existencia de esta figura de “hurto-robo”, como una especie de robo con violencia o intimidación en las personas, no supone la configuración de un robo, sino más bien un caso de concurso entre la apropiación y las coacciones violentas o mediante amenaza que es asimilado a su régimen de penalidad y punibilidad⁴¹ y que permitiría un

⁴⁰ Nótese que cómo se resuelva el problema no sólo tiene implicancias para la determinación de si todo robo con homicidio es un robo, sino que también tiene relevancia para determinar el ámbito de aplicación del robo con violencia o intimidación en las personas.

⁴¹ “Tratándose de la violencia o intimidación ejercidas con posterioridad a la comisión de la apropiación, es manifiesto que no puede hablarse de robo en el sentido propio del término, tal como es

principio de reconocimiento de la autotutela de la posesión en el hurto.⁴² Sin embargo, según se ha señalado en la discusión nacional, es innecesario acudir a un supuesto principio de legitimación de la autotutela de la posesión para dar una explicación satisfactoria de la disposición.⁴³

Mera, por su parte, ha señalado que lo dispuesto en el artículo 433 inciso 1º, respecto a que la violencia o intimidación podrá realizarse también con posterioridad al hurto, sólo sería aplicable al robo con homicidio ya que la ocasión en que puede tener lugar la violencia o la intimidación en el marco del robo, estaría ya regulada por el artículo 439.⁴⁴ La conclusión de esta posición es que los casos de robo con homicidio en que la violencia o intimidación se producen luego de la apropiación, no son

definido en el art. 432 C.P. Ello, por una sencilla razón que si ya se encuentra consumada la apropiación, ésta no se ha cometido “usando” de medios coercitivos violentos o intimidatorios. Tal como lo demuestra el examen del derecho comparado, se trata aquí de una regla que por razones prácticas somete un caso de hurto y coacción (o lesiones u homicidio) al mismo tratamiento penal del robo. Por esta razón, debe evitarse el error en que usualmente incurre la doctrina al definir el concepto de robo incluyendo esta regla como criterio de configuración del tipo. Desde un punto de vista dogmático se trata de un tipo de delito distinto, sometido a un mismo régimen de penalidad y punibilidad” BASCUÑÁN, Antonio. *op. cit.* p. 84.

⁴² MAÑALICH, Juan Pablo. *op. cit.* p. 74.

⁴³ “Para ofrecer una adecuada explicación dogmática de la hipótesis típica de coacción posterior a la apropiación como hipótesis estructuralmente vinculada al injusto del robo, no resulta necesario recurrir a un controvertido principio general de legitimación de la autotutela de la posesión. La explicación puede formularse a partir de una consideración de la estructura típica del hurto, en tanto delito de resultado cortado, frente a la exigencia de actualidad de la agresión antijurídica como presupuesto de la legítima defensa como causa de justificación” *Íd.* p. 81.

⁴⁴ MERA, Jorge. Delitos contra la propiedad. Revisión Crítica y propuestas de reforma. Revista de Estudios de la Justicia (13):51-75. 2010. p. 68. De la misma opinión, OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 299.

al mismo tiempo casos de robo con violencia o intimidación en las personas.

Sin embargo, no hay razones de texto para hacer esta distinción. El artículo 439 pretende establecer la relación en que debe encontrarse la violencia o intimidación con la apropiación y para ello utiliza ciertos ejemplos de qué contará como violencia o intimidación en el marco del robo. Sin embargo, la incorporación de esos ejemplos al artículo 439 no excluye otros supuestos de violencia o amenazas (graves) que consistan en una instanciación de la relación establecida por la norma: es decir, violencias o intimidaciones que sean funcionales a una apropiación mediante sustracción.

Por otro lado, el encabezado del artículo 433 sólo dispone que la violencia o intimidación que configuran el robo, pueden acaecer luego de la consumación del hurto para favorecer su impunidad. En este sentido, la disposición del inciso 1° del artículo 433 presupone la definición contenida en el artículo 439 de lo que contará como violencia o intimidación en el marco del robo, disposición que refiere además, a todos los tipos contenidos

en el párrafo 2º y no sólo al artículo 436 que dispone la sanción para el robo simple.

Una propuesta interpretativa para el inciso primero del artículo 433, se encontraría, según Mañalich, en entender los casos en que la coacción se realiza con posterioridad a la acción de apropiación, como casos en que, pese a que el hurto se encuentre consumado, la lesión al bien jurídico protegido no ha concluido y por ello, puede ser calificada como una agresión actual para efectos de la legítima defensa.⁴⁵

En la base de este planteamiento se encuentra la diferencia entre el concepto formal de consumación y el concepto material de agotamiento del injusto, y en la relevancia de esta distinción para la comprensión del hurto como delito de resultado cortado. El concepto de agotamiento está referido, a diferencia del concepto de consumación, a la realización del injusto del delito y la plena afectación al bien jurídico que éste supone. La consumación, por su parte, como concepto formal, sólo alude al

⁴⁵ “La tesis que se defenderá consiste en que la regulación de la legítima defensa como causa de justificación es suficiente para explicar satisfactoriamente la tipificación del hurto-robo como hipótesis del delito de robo, en términos tales que desde esa perspectiva resulta posible justificar su reconducción legal a la estructura básica del robo como coacción.” MAÑALICH, Juan Pablo. *op. cit.* p. 75.

cumplimiento de los requisitos establecidos en el tipo sin que sea necesario que el pleno cumplimiento de estos requisitos, conlleve sin más, la finalización del ataque al bien jurídico afectado por el comportamiento típico.

En el caso del hurto, esta distinción toma relevancia en tanto entendemos su estructura responde a la de un delito de resultado cortado; es decir, un delito en el cual la realización efectiva del objeto de un determinado ánimo exigido en el autor al momento de la consumación, se encuentra más allá de la consumación del tipo. El hurto supone un ánimo de apropiación cuya plena materialización se encuentra más allá de la consumación del delito, que tiene lugar a través de la correspondiente sustracción⁴⁶. Dicho ánimo de apropiación consiste en actuar respecto de la cosa tal como lo haría su dueño, ánimo que dirige la acción de sustracción como un inicio de lesión del bien jurídico propiedad. Por ello, la consumación del tipo de hurto no conlleva el agotamiento material de su injusto. En el marco de la distinción entre la consumación (formal) de un

⁴⁶ “Pero también aquí basta que el lucro exista como fin de la acción; para la perfección del hurto no importa que se haya conseguido efectivamente el lucro esperado.” CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. 2ª ed. Bogotá, Editorial Temis Bogotá. Volumen IV. 1996. p. 39.

tipo y el agotamiento (material) de su injusto, la concreción del poder de propietario buscado por el autor puede ser descrita como la “terminación” de la lesión al bien jurídico propiedad, entendida como contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídica de propietario. Es decir, la consumación del hurto sólo marcaría un hito inicial de lesión del bien jurídico protegido, afectación que es “terminada” cuando dicha lesión deja de ser actual.⁴⁷

Para la determinación de los límites de lo que contará como una agresión actual, se debe recurrir a las agresiones que en el contexto de un hurto darían lugar a la legítima defensa. Para ello, de acuerdo a Mañalich, deberá considerarse el concepto de “unidad de acción en sentido jurídico” elaborado por Jakobs a propósito de la actualidad de la agresión en la legítima defensa.⁴⁸ El concepto es importante porque deja ver, en la elaboración de Jakobs, que pueden existir diversas acciones que, en su conjunto, adquieran un significado único en virtud de la existencia de un tipo delictivo. Así, el caso del hurto seguido de coacciones adquiriría este

⁴⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. *op. cit.* pp. 86-90.

⁴⁸ *Íd.* p. 91.

significado común por la falta de agotamiento de la lesión al bien jurídico propiedad, que se producirá cuando se concrete el propósito del autor con la “plena arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a la posición de propietario”.⁴⁹

En este contexto, la violencia o intimidación realizada con posterioridad a la consumación de un hurto sí puede servir a la realización completa de la lesión del bien jurídico propiedad protegido por la norma prohibitiva del hurto. Por lo tanto, aun cuando la violencia o intimidación no sean instrumentos para lograr la consumación del tipo, sí contribuirán a la realización del ataque al bien jurídico en términos definitivos y, por tanto, es posible predicar entre ambas una relación de carácter funcional.⁵⁰

A partir de esta última afirmación es posible equiparar la estructura de injusto de la hipótesis de “hurto-robo” establecida en el encabezado del artículo 433 con la estructura de injusto del robo. El inciso 1º del artículo

⁴⁹ *Íd.* pp. 92-93. Para revisar la argumentación de Jakobs, ver: JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Editorial Marcial Pons. 1995. pp. 468-469.

⁵⁰ Así Mañalich: “Luego, puede afirmarse que la vinculación que debe concurrir entre la acción de apropiación ya consumada y el ejercicio de coacción grave corresponde a una conexión funcional, precisamente porque, si bien ya se ha producido la consumación de una acción de apropiación, esa consumación, desde la perspectiva de la afectación del objeto de protección, no expresa todavía una lesión definitiva, esto es, la plena arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a la posición de propietario. El ejercicio de coacción es funcional a la consolidación del resultado expropiatorio expresado (sólo) indiciariamente en la consumación del hurto.” MAÑALICH, Juan Pablo. *op. cit.* p. 92-93.

433 otorga a la relación funcional entre actos de violencia o intimidación luego de la apropiación y para la consolidación de ésta, el mismo significado que otorga a la violencia o intimidación como medio de la consumación de la apropiación: el de un robo con violencia o intimidación en las personas. Lejos de excluir las hipótesis del artículo 433 N° 1 del conjunto de casos catalogados como robo, dicha disposición contribuye a la definición del alcance de la norma que castiga el robo con violencia o intimidación en las personas; renueva el significado de la conexión funcional entre la coacción y la apropiación como una conexión que ejemplifica una utilización de la primera también con el fin de agotar la vulneración a la propiedad que conlleva la última y no sólo como mecanismo para su consumación.

1.4.2. El homicidio como coacción

El segundo problema al cual se enfrenta la conclusión de que todo robo con homicidio es un caso de robo, consiste en los ya discutidos casos

de aquellos homicidios ejecutados como medio para la apropiación⁵¹. Como fue observado, la doctrina más tradicional considera éste como el caso paradigmático del robo con homicidio sin advertir problema alguno, frente a lo cual Bascuñán Rodríguez afirma que, dado que el homicidio reemplaza a la acción coercitiva propia del robo, el caso en referencia sería uno de concurso entre un hurto y un homicidio que la legislación equipara al robo en su régimen penalidad y punibilidad. Sin embargo, según se constató, el conflicto que realmente presentan esos casos es que, en la medida en que no haya un tercero que comparta la custodia sobre la cosa, es imposible ejecutar una apropiación mediante sustracción como exige la regulación del hurto y, como se verá, del robo.

Ante esta constatación, dos son las opciones. Por un lado, podemos asumir que dichos casos (esto es, aquellos en que el homicidio realice las coacciones del robo sin que exista un tercero que tenga también custodia sobre la cosa) no se encuentran sancionados bajo las reglas del artículo 433 N° 1 porque no responden a la estructura del robo. O, afirmar que dichos casos sí forman parte de aquellos sancionados por el art. 433 N° 1 y

⁵¹ Ver *supra* 1.3.2.

entonces hay por lo menos un caso de robo con homicidio que no es un caso de robo (ni un hurto, considerando que la razón por la que no sería un robo es la imposibilidad de la sustracción por la muerte del custodio). En este último caso el artículo 433 N° 1 castigaría un caso de apropiación en concurso con el homicidio con la misma pena de un robo con homicidio.

Tal como se ha señalado, la regulación establecida en el artículo 433 está estrechamente vinculada a aquella establecida en los artículos 432, 436 y 439 que castigan y definen el comportamiento que realiza el tipo de robo. La regla de subsidiaridad del artículo 436, la redacción del artículo 433 y la regulación complementaria entre el artículo 433 y 439 relativa a la violencia o intimidación para todos los casos de robo, inclinan la interpretación hacia considerar que todo robo con homicidio supone un robo.

Y si, como se demostrará en lo que sigue, todo caso de robo presupone a su vez siempre un caso de hurto, un caso en el que la sustracción sea imposible de ejecutar sólo podrá dar lugar a una punibilidad fundada en las reglas de sanción penal relativas a concursos de hechos punibles de carácter general ajenas a las contenidas en los artículos 433,

436, 432 o 440. En estricto rigor entonces, este problema concierne a determinar si todo robo es siempre un hurto, cuestión que será revisada más adelante.⁵²

1.5 Todo robo con homicidio es primariamente un robo.

Debido a la conexión que exige el artículo 433 N° 1 entre el homicidio y el robo, es posible afirmar, en principio, que todo robo con homicidio es estructuralmente un tipo delictivo en que el comportamiento que realiza el robo tiene preeminencia frente a aquel que configura el homicidio. Esto es así por la conexión en que ambos se encuentran, ya sea sirviendo el homicidio como medio para la consumación o agotamiento del injusto del robo o como hecho realizado en el contexto del robo (y no viceversa).

A pesar de la conexión exigida, existen posiciones doctrinarias que sostienen que, en base a la mayor importancia que para la sociedad y el derecho tendría la vida humana frente a la propiedad, la primera debería ser

⁵² Ver *infra* 2.4.

considerada como el bien jurídico primordial en el marco del robo con homicidio,⁵³ justificando su inclusión en el conjunto de los delitos contra la propiedad sólo como “un recurso técnico legislativo dirigido a configurar un medio enérgico de lucra contra la criminalidad patrimonial violenta”.⁵⁴

Sin embargo, esta argumentación no tiene asidero en nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de la preferencia de cierta doctrina por la vida como objeto de protección jurídico penal frente a los bienes jurídicos patrimoniales, lo cierto es que nuestro ordenamiento asume, a través de la pena, una valoración prácticamente equivalente para las acciones típicas que atenten contra uno y otro bien jurídico. Así, la pena establecida para el homicidio simple está fijada en presidio mayor en su grado medio y, la del robo, considerando que tiene como eje la vulneración a la propiedad,⁵⁵ una de presidio mayor en su grado mínimo a máximo. Es decir, incluso este último, tiene la posibilidad de tener una pena de mayor entidad que la de un homicidio. Es el legislador a través de la pena quien define qué bien

⁵³ Así por ejemplo MERA, Jorge. Hurto y robo... *op. cit.*; y, respecto a la regulación española que contempla una figura simétrica, TORÍO L, Ángel. *op. cit.* p 452.

⁵⁴ TORÍO L, Ángel. *op. cit.* p 452.

⁵⁵ Esto será revisado *infra* 2.4.

jurídico tiene más valor que otro, por muy criticables que estas valoraciones resulten.

En segundo lugar, la apreciación respecto a la preeminencia del robo con respecto al homicidio obedece a una de carácter estructural y no material. Si consideramos que todo robo con homicidio es un robo, la norma de sanción del artículo 433 N°1 en cuanto al homicidio contempla tres normas de comportamiento que protegen de igual manera tanto el bien jurídico vida, como el de la libertad personal y de propiedad. Por el contrario, la mejor comprensión del texto legal permite concluir que, estructuralmente, la acción constitutiva de homicidio debe ser ejecutada en el contexto o con fin del robo y no al revés.⁵⁶ Y por supuesto, la relación entre la realización de ambos hechos punibles responde a una fundamentación que abordaremos más adelante.

Para reforzar y esclarecer el punto, se analizará dos figuras típicas diferentes al robo con homicidio, no presentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero que permiten visualizar la diferencia estructural entre ellas y,

⁵⁶ Ver *supra* 1.3.2 y 1.3.3

como consecuencia, abordar las diversas fundamentaciones que pueden estar detrás de distintas técnicas de tipificación.

1.5.1 El homicidio calificado por codicia

En nuestra legislación, el delito de homicidio se encuentra tipificado en el artículo 391 del Código Penal, dentro del párrafo primero que trata del homicidio en el Título III denominado “Crímenes y simples delitos contra las personas”. El N° 1 de dicho artículo, contempla cinco circunstancias que califican la pena del homicidio simple, dentro de las cuales se encuentra la premeditación, la alevosía, el ensañamiento, actuar bajo premio o promesa remuneratoria o utilizando veneno. A pesar de que en nuestro país actuar por codicia no es una de las calificantes del homicidio, según la doctrina nacional más reciente, la incorporación de la codicia como calificante sería la tendencia legislativa actualmente predominante para castigar atentados contra la vida vinculados a fines patrimoniales.⁵⁷

⁵⁷ “En relación con esta figura la señalada tendencia legislativa es particularmente apreciable. En el derecho comparado, el homicidio preordenado al robo suele ser considerado como una modalidad del

Tanto en Alemania como en Argentina, dos de los países que han incorporado como tipo calificado de homicidio aquel cometido con codicia, esta última está asociada a un motivo especialmente “bajo” por el cual se comete homicidio.

Así, el Código Penal Alemán, establece en el §211 (2) que será considerado asesino quien

“por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano”⁵⁸.

El Código Penal Argentino, por su parte, señala en términos análogos, en su artículo 80, que

“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.”

Además, y por otro lado, la legislación argentina incorpora además en el numeral 7° del artículo 80° el mismo castigo al que matare “Para

asesinato y no como un delito patrimonial” OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 303. Esta opinión explicita una asimilación entre el robo con homicidio y el homicidio calificado por codicia, como si ambas figuras fueren idénticas y sólo se diferenciaran por la formulación utilizada por el legislador para su tipificación.

⁵⁸ LOPEZ, Claudia (trad.) 1999. Código Penal Alemán. Colombia, Universidad Externado de Colombia. p. 78. En cuanto a la traducción, podría hacerse una precisión respecto de la palabra "Straftat" como "hecho", pues se refiere más bien a un hecho que reviste caracteres de delito.

preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”⁵⁹.

De la lectura de las disposiciones anteriores podemos extraer en principio algunas diferencias con la tipificación chilena del robo con homicidio. En primer lugar, el homicidio calificado por codicia no exigiría para su consumación la realización de una apropiación mediante sustracción sino que sólo la existencia del ánimo de enriquecimiento, es decir, del ánimo de obtener un beneficio patrimonial. Es decir, no requeriría para su consumación ni siquiera un principio de lesión al bien jurídico propiedad o patrimonio.

En segundo lugar, y tal como previamente a la modificación de 1959 ocurría con el robo con homicidio, el homicidio calificado por codicia no puede ser descrito como la concurrencia de dos injustos que, por sí mismos, sean delictivos según la regulación penal. En este caso, el ánimo de

⁵⁹ El Código Penal Argentino también prevé la existencia del robo con homicidio en su artículo 165, bajo la siguiente redacción: ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. La interpretación del robo con homicidio y del homicidio con fin de hurto, será revisada *infra* 1.5.2.

enriquecimiento, aún cuando es elemento típico de determinados delitos, como la estafa, no es una circunstancia que sea delictiva en sí misma. Es decir, no puede decirse que la codicia autónomamente afecte algún bien jurídico penalmente relevante.

El homicidio calificado por codicia es un homicidio que resulta agravado por un móvil especialmente bajo, en este caso, la codicia. Estructuralmente, en este caso existe una sola acción típica, la de matar a otro, que por haber sido realizada motivada por fines de enriquecimiento patrimonial, tiene un mayor disvalor que una acción homicida no motivada por codicia. En este tipo, es la protección de la vida la que se encuentra en el centro y no la propiedad o el patrimonio. La codicia, como tendencia ligada a bienes patrimoniales, tiene la función exclusiva de constituir una agravante, cuya fundamentación se encontraría en la banalización de la vida humana que identificamos en un acto que la instrumentaliza para fines estrictamente patrimoniales.

No podemos decir que el caso de robo con homicidio sea idéntico. No todos los casos en que la vida humana es utilizada para obtener fines

patrimoniales son punibles bajo las reglas del artículo 433 N° 1 como sí lo serían bajo una disposición que regulara el homicidio calificado por codicia. Esto es así, porque la disposición al exigir que el imputado por el artículo 433 sea culpable por robo⁶⁰, castiga la afectación a la propiedad que, entendido como contenido de poder correlativo a la posición de propietario, sólo puede ser lesionada a través de sustracción.⁶¹

En efecto, la figura de la codicia no sólo incluye casos en que los bienes jurídicos propiedad o patrimonio se vean puestos en peligro o lesionados, sino que también casos en que no fuera posible apropiación alguna por parte del autor o casos en los que es imposible la sustracción o la transferencia de la custodia. Así por ejemplo, piénsese en el caso siguiente:

B vende corazones en el mercado negro. B, conociendo que A tiene un corazón sano y cotizado, provoca la muerte de A y extrae quirúrgicamente su corazón con el propósito de luego venderlo a un cliente que espera por él en la sala de operaciones.

Un caso como el anterior, difícilmente podría ser subsumido bajo la regulación del robo con homicidio. En principio porque en el caso no alcanzamos a reconocer la existencia de una custodia que pueda alterada a

⁶⁰ Ver *supra* 1.4.

⁶¹ Que todo robo es un hurto y por ello exige la realización de apropiación mediante sustracción será revisado en *infra* 2.4.

través de la sustracción. Con esto descartamos la configuración de un hurto y si, como afirmará este trabajo, el robo supone en todos los casos la existencia de un hurto, tampoco la de un robo o la de un robo con homicidio.

En segundo lugar, el órgano de un cadáver, aunque constitutivo de una cosa,⁶² no es una cosa susceptible de apropiación para efectos de la regulación penal. La ley 19.451 sobre trasplante y donación de órganos, el Código Sanitario y el Decreto N° 240 de 1983 del Ministerio de Salud reconocen los órganos como cosas respecto de las cuales no se puede disponer libremente; por el contrario, su disposición se encuentra sujeta a múltiples restricciones. Ambos cuerpos legales regulan con especificidad quiénes pueden importar órganos y con qué objetivos, quienes son donatarios, a qué fines pueden destinarse los distintos órganos, en qué momentos y qué procedimientos deben seguirse para realizar uso de ellos. En el marco de esta regulación, la única voluntad que se regula es la voluntad de la “persona-cuerpo” previo a su fallecimiento y del

⁶² La discusión acerca de la distinción conceptual entre una cosa y una persona, es compleja y excede los límites de este trabajo. Sin embargo, un cadáver es una cosa en tanto no es una persona de acuerdo a lo establecido por el artículo 78 del Código Civil.

“reemplazo” de dicha voluntad ante la inexistencia de una declaración previa por parte del primero. Aunque se contempla la posibilidad de que el destino de los órganos esté en manos de terceros, lo que podría hablar a favor de una especie de propiedad de éstos sobre el cadáver, el listado de quienes pueden suplir la voluntad del donante no necesariamente se corresponde con el de los herederos y, aunque así fuera, sería difícil argumentar un derecho de propiedad de los herederos respecto del cadáver o de los órganos del causante una vez muerto.⁶³ Es decir, aunque nos encontremos ante una cosa, ésta en ningún caso es ajena ya que se requeriría que algún otro fuese propietario del cadáver⁶⁴.

⁶³ Esto es así porque los herederos solo suceden en los derechos patrimoniales del causante y el cuerpo se transforma en una cosa sólo después de la muerte de éste. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general. 1998. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. pp. 329-330.

⁶⁴ A este respecto resulta interesante la pregunta por el estatus de los órganos y tejidos corporales una vez que pasan a formar parte de un centro de investigación científica, ¿puede decirse que dichos centros son dueños de los órganos donados para esos fines? ¿puede alguien hurtar órganos o tejidos humanos desde un centro de investigación? Podemos responder esta pregunta ya sea afirmando un derecho de propiedad sobre los órganos o sólo una autorización administrativa del Estado para usar cosas inapropiables con determinados fines. Quienes estén en contra de afirmar la existencia de un derecho de dominio sobre restos humanos argumentarán que las múltiples restricciones que impone la regulación a su transferencia ponen en principio en duda la existencia de un real derecho de dominio sobre él. Esto es así porque, además de estar prohibida su disposición a título oneroso, resulta cuestionable que estén autorizados a hacerlo a título gratuito ya que la ley y el reglamento definen exhaustivamente quienes pueden realizar el acto de donación sin incluir a centros de investigación científica. En segundo lugar, no parece razonable pensar que un tercero pueda hurtar restos humanos. Aún cuando la sustracción vulnera los derechos de uso que tiene el centro de investigación, realmente parece improbable que luego de 10 años se pueda reconocer la prescripción adquisitiva de la cosa. Por otro lado, quienes estén a favor de reconocer un derecho de dominio sobre la cosa señalarán que nada obsta a pensar que, al igual que los órganos o tejidos separados de un cuerpo vivo que pertenecen a la persona de la cual fueron separados,

El caso previamente presentado no produce una afectación del bien jurídico propiedad. En la medida que la cosa no es ajena, su apropiación por otro no puede siquiera poner en peligro la propiedad o el patrimonio de alguien más.

Según nuestra regulación vigente, un caso como este estaría resuelto por un concurso real entre el tipo de homicidio y el de extracción de órganos de un cadáver con fines de trasplante sin cumplir con las disposiciones legales o para su utilización con otros fines, tipo establecido por artículo 13 bis de la ley N° 19.451 que regula la donación y el trasplante de órganos. Bajo un ordenamiento que reconociera la figura del homicidio calificado por codicia, el caso antes descrito habría podido ser subsumido bajo esa figura penal, agravándose la comisión del homicidio por lo propósitos de enriquecimiento del autor.

una vez entregado los restos humanos al centro de investigación científica, éste tenga un derecho de dominio respecto de ellos. Por supuesto, dicho derecho será un derecho de dominio exiguo ya que, por disposición de la ley, estará sujeto a altas restricciones de uso y de transferencia principalmente debido a razones de salud pública y respeto de creencias y prácticas culturales. Sin embargo, no por ello deja de poder decirse que le pertenece a alguien, existiendo otros derechos de dominio exiguos en nuestro ordenamiento. Aún más, la regulación no establece la prohibición de la disposición de ese derecho de dominio, sólo establece la nulidad de los actos realizados a título oneroso, quedando todo lo demás permitido. Por tanto, respecto de estas cosas, al ser ajenas, sí es posible una apropiación mediante sustracción de un tercero. Por último, se dirá no existe una imposibilidad de que las partes del cuerpo una vez separadas de él puedan ser objeto de propiedad ya que el artículo 17 del Decreto 240 de 1983 cumpliendo el mandato del artículo 154 del Código Sanitario, excluye de la regulación de ambos cuerpos normativos a la sangre, los huesos y otros órganos y tejidos orgánicos.

En estos términos, es clara la existencia de un móvil instrumental para dar muerte a A, que consiste en obtener un incremento del patrimonio a costa de la muerte de un ser humano vivo y de la extracción de sus órganos con posterioridad. El objetivo de enriquecimiento que mueve a B a dar muerte a A, a pesar de que no lesiona ni representa la puesta en peligro de ningún bien jurídico patrimonial, si puede ser entendido como un móvil que devalúa aún más el valor de la vida humana de otro y en ese sentido ser caracterizado igualmente como un móvil “bajo”. Así, el objeto de protección de la norma del homicidio calificado, no excede a la vida humana de otro y el fundamento de la existencia de esta agravante se encuentra en que la instrumentalización de la vida para la obtención de enriquecimiento, lesiona más intensamente el bien jurídico vida humana a través de su banalización. A, al dar muerte a B, sólo para obtener un enriquecimiento patrimonial ulterior, declara la posibilidad de subordinar un bien jurídico personalísimo a un interés patrimonial que el ordenamiento reconoce de un carácter puramente instrumental.

Puede ser útil dar un segundo ejemplo puede clarificar aún más la diferencia entre una y otra figura delictiva.

A es titular de un seguro de vida que tiene como beneficiario a su amigo B. Aunque A se preocupa por el futuro de B si llega a morir, B odia a A en secreto y sólo lo soporta porque lo mantiene. Un día, cansado de A y de esperar su muerte, y conociendo que tras su muerte podrá cobrar la póliza de la que es beneficiario, B introduce un veneno en el café de A, que una vez en el cuerpo es imposible de rastrear. Luego de los funerales de A, B concurre a la compañía de seguros y cobra la póliza.

En el caso anterior es obvio que no podemos predicar la existencia de un robo, porque tampoco es posible afirmar la existencia de un hurto⁶⁵. Y es imposible verificar un hurto por la inexistencia de ruptura de custodia por la acción realizada por B de retirar el dinero. Por el contrario, es clara la disposición patrimonial que efectúa la compañía de seguro, motivada por su errónea representación respecto de las causas de la muerte de A.

Bajo el derecho chileno vigente, este caso sería castigado como un concurso medial entre el delito de estafa del artículo 468⁶⁶ y el delito de homicidio del numeral 2) del artículo 391, ambos del Código Penal. Nuevamente bajo un ordenamiento que reconociese el delito de homicidio por codicia, podríamos efectivamente considerar que el propósito de

⁶⁵ Ver *infra* 2.4.

⁶⁶ Este tipo lesiona el bien jurídico patrimonio, ya que requiere un empobrecimiento con un enriquecimiento correlativo. La propiedad como bien jurídico, solo atiende a la posibilidad de disponer, con las atribuciones del propietario, de una cosa. Para analizar con mayor detención la propiedad como bien jurídico lesionado por el comportamiento constitutivo de hurto, ver KINDHÄUSER, Urs. La apropiación en el hurto: objeto y límites. *Revista del poder judicial* (54):139-164.

enriquecimiento que motivó la producción de la muerte de A, agrava este último hecho fundado en la banalización de la vida en su utilización como instrumento.

Los dos ejemplos anteriores sirven para evidenciar tanto que la codicia como móvil del homicidio es una circunstancia agravante, como que ese propósito puede resultar materializado en un ataque contra la propiedad como contra el patrimonio o de ninguno de estos. Es decir, que es completamente ajeno al ejercicio de coacción o de apropiación mediante sustracción, ambos propios del robo. Lo relevante en la calificación del homicidio por codicia, es la banalización de la vida, no la vulneración de un bien jurídico patrimonial.

En el marco del robo con homicidio y tal como fue revisado, esto no es así ya que todo hecho que pueda ser subsumido bajo el artículo 433 N° 1 requiere la comisión de un robo. El robo con homicidio, en cambio, tiene su fundamentación en una vulneración especialmente intensa de la propiedad, en tanto el homicidio cometido con motivo u ocasión de un robo permite preparar, consumir o consolidar su lesión.

1.5.2. El homicidio realizado para ejecutar otro delito

La segunda figura de la cual es necesario distinguir el robo con homicidio es del homicidio realizado con el fin de ejecutar o consumir otro delito. Esta última está dispuesta actualmente en el Código Penal Argentino⁶⁷ y consiste en una agravante para aquellos casos de homicidios ejecutados con el fin de servir a otro delito, en distintas modalidades especificadas por la disposición. En principio, la regulación parece castigar con mayor severidad aquellos homicidios motivados por otra conducta contraria a derecho que, para lo que nos interesa, puede estar constituida por un robo o hurto.

En el marco del derecho penal argentino, ambas figuras podrían ser diferenciadas por la comisión de un homicidio exigida por la agravante del N° 7 del artículo 80, frente a la mera exigencia de una muerte producida en el contexto de un robo sin que ésta sea necesariamente imputable al autor.

⁶⁷ Art. 80.- Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: N° 7°: Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Esto es así porque la regulación, a través del verbo “resultare” parece consagrar un delito calificado por el resultado. Como se señaló,⁶⁸ en nuestra legislación está vedada esa interpretación desde la modificación legislativa de 1954.

Dado que el Código Penal Argentino contempla tanto esta figura, en el N° 7 del artículo 80, como la del robo con homicidio en el art. 165, se ha señalado que la diferencia fundamental entre ambas consiste en una de tipo psicológica. A este respecto, el homicidio con motivo de otro delito exigiría una conexión medio a fin en las representación del autor al realizar el homicidio; representación que no sería exigida en el caso del robo con homicidio.⁶⁹ Adicionalmente, el robo con homicidio requeriría que la muerte se realice, aunque no se verifique la relación medio a fin. En el caso del homicidio con fin de hurto, aunque la relación medio a fin es exigida como propósito en el autor del homicidio, que el comportamiento del autor resulte

⁶⁸ Ver *supra* 1.1

⁶⁹ “El más somero examen advierte que el art. 80, 7°, se refiere al homicidio cometido por un sujeto en cuya mente, en el momento de matar, existe el propósito de preparar, facilitar, consumir u ocultar, mediante la muerte, otro delito; es una figura que contiene un elemento subjetivo consistente precisamente en otro delito propuesto. El art. 165, en cambio, considera el homicidio que con motivo u ocasión del robo resultare. En este caso, pues, la relación subjetiva no es de medio a fin.” SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 10ª Reimpresión. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. Tomo IV. p. 286.

exitosamente subsumible en el numeral 7 del artículo 80, no requiere que el delito propuesto se consuma.

Así, Soler

“La figura del art. 165 es una figura de robo: la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio. La del art. 80, en cambio, es una figura del homicidio, y la razón de la agravante es de naturaleza eminentemente subjetiva e independiente de que en realidad se logre o no se logre robar. El hecho se agrava porque se mata *para* robar.”⁷⁰

Lo anterior puede ser ilustrado con el siguiente ejemplo:

A es miembro de una banda que ha organizado detalladamente un robo de un banco. El plan incorpora que todos los miembros de la banda, menos A, ingresarán al banco y sólo después que A les avise que ha matado al guardia G, coaccionarán a los cajeros y sustraerán los dineros que se encuentren en su interior. El día del asalto, A llega a su posición bajo la creencia que todo el resto de sus compañeros se encontraban dentro del banco. En cumplimiento de su propósito A mata a G. Sin embargo, sus compañeros de banda horas antes habían decidido retractarse del plan sin avisarle a A, por lo que nunca ingresaron al banco y por tanto, nunca comenzaron la ejecución del robo.⁷¹

⁷⁰ *Íd.* p. 286-287.

⁷¹ “La figura del art. 165 es una figura del robo: la acción, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo y no al homicidio. La del art. 80, en cambio, es una figura del homicidio, y la razón de la agravante es de naturaleza eminentemente subjetiva e independiente de que en realidad se logre o no se logre robar. El hecho se agrava porque se mata para robar. Es completamente equívoco buscar esa diferencia en la peligrosidad subjetiva.” *Íd.* p. 286.

En el caso, por supuesto A realiza un homicidio con el fin de consumir un robo (en los términos del artículo 80 N° 7 del Código Penal Argentino), sin que siquiera haya comenzado la ejecución del robo como delito cuya consumación se pretendía con la ejecución del homicidio. Por supuesto esto no prejuzga la eventual responsabilidad del resto de los miembros de la banda respecto del homicidio del guardia G realizado por A, pero sí asume que ninguna de las hipótesis del numeral 7 del artículo 80 exige la consumación del delito-propósito.

Lo anterior es reforzado por el hecho de que dicho numeral incorpora distintas agravantes que corresponden a escenarios tan distintos como el homicidio cometido con el propósito de preparar o facilitar un segundo hecho delictivo y el de consumir un hecho delictivo. Cualquiera sea el caso, el segundo comportamiento, ya sea delictivo o no (como en el caso de la preparación), forma parte de una tendencia interna trascendente que posee el autor al ejecutar un homicidio, que incluso en la hipótesis en que el homicidio es realizado con el fin de consumir el segundo delito, no exige la efectividad de la realización del propósito. Esto distingue al homicidio con fin de la consumación de robo del robo con homicidio, la que es válida

incluso en comparación con nuestra regulación del robo con homicidio: este último exige la ejecución de un robo.

Del examen tanto del homicidio por codicia como del homicidio con fin de hurto, podemos extraer dos conclusiones. La primera es que, según se ha repetido, ninguna de las dos figuras realmente exige la ejecución de un robo, lo que las diferencia del robo con homicidio. Mediante esa comparación se ha hecho visible que cada una, en lo que aquí nos interesa: el robo con homicidio, tienen específicos y distintos ámbitos de aplicación a casos que dependen de la formulación legal que configura cada una de las figuras.

La segunda, es que la diferencia en que el legislador ha decidido regular cada una de las figuras revisadas no es casualidad: el fundamento que se encuentra detrás de la incorporación de las agravantes es distinto del fundamento que se encuentra detrás de las sanciones establecidas por el artículo 433. Tanto el homicidio por codicia como el homicidio utilizado como instrumento de otro delito, arrancan del mayor reproche de la banalización de la vida humana que expresa el autor al utilizarla como

medio para la obtención de fines bajos como la codicia o de fines relacionados con la ejecución o preparación de otro delito.

Por el contrario, la justificación de la existencia del robo con homicidio como hecho punible parece encontrarse en el reforzamiento de la protección de la propiedad. Los distintos mecanismos que sirven a la ruptura de custodia ajena, intensificando la oposición a la voluntad del custodio, se encuentran especialmente reprochados por nuestro ordenamiento y no sólo por el carácter delictivo que esos medios - coacciones u homicidio- tienen independientemente en el derecho, cuyo reproche ya se encontraría incorporado con la eventual aplicación de las reglas generales de concursos, sino que son especialmente reprochados por su utilización como mecanismos para contradecir la voluntad del dueño o del custodio de proteger el poder fáctico que posee el propietario sobre la cosa, dada su condición jurídica de tal. Esto coloca al ataque a la propiedad en el centro del robo con homicidio.

CAPÍTULO II. EL ROBO COMO HURTO.

Habiéndose determinado que el robo con homicidio en todo caso involucra la realización de un robo, corresponde ahora entonces tratar la estructura y finalidad de este último. En este trabajo se defenderá una concepción según la cual el robo es siempre y primariamente un hurto.

2.1 Antecedentes de la regulación del robo con violencia o intimidación en las personas.

El robo con violencia o intimidación en las personas se encuentra regulado en el artículo 432, en el inciso 1° del artículo 436 y el artículo 439 del Código Penal. Dichos artículos se encuentran ubicados en el Título IX del Código Penal que trata sobre los crímenes o simples delitos contra la propiedad. El artículo 432 se ubica en el párrafo 1° denominado “De la

apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño” y los artículos 436 y 439 en el párrafo 2º de dicho título denominado “Del robo con violencia o intimidación en las personas”.

El artículo 432 dispone los requisitos típicos del robo con violencia o intimidación en las personas al señalar que

“El que sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”.

Por su parte, el inciso 1º artículo 436 del Código Penal, establece la sanción para aquellos robos con violencia o intimidación en las personas no dispuestos en los artículos previos al párrafo segundo. Como fue señalado previamente, esta disposición consagra una norma de subsidiaridad expresa⁷². Finalmente, el artículo 439 señala qué deberá entenderse por violencia o intimidación en el marco del robo.

De acuerdo a lo dispuesto por los artículos 432 y 439, y a lo señalado por la doctrina tradicionalmente, el robo con violencia o intimidación en las personas materialmente es una afectación al bien jurídico propiedad y al

⁷² Ver *supra* 1.2.

bien jurídico libertad personal. En esta medida, es un delito pluriofensivo. Estructuralmente, es una conjunción entre el delito de hurto y el delito de coacciones, en tanto comparte la descripción típica del hurto y añade la realización de violencia o intimidación en las personas. Así, en segundo lugar, sería un “delito complejo”.

Su caracterización como “delito complejo” se explica porque la realización del robo requiere a su vez la de un delito de hurto y uno de coacciones (ya sea en su modalidad mediante amenazas o violencia)⁷³. El primero ha sido conceptualizado por la doctrina como “una apropiación mediante sustracción de una cosa corporal, mueble y ajena”, tipificación que se encuentra en el artículo 432 de nuestro Código. Para la realización del hurto como delito, debe existir entonces una apropiación mediante

⁷³ Los tipos de coacción violenta y coacción mediante amenazas pueden ser comprendidos como un mismo delito de coacción asociado a dos medios comisivos diferenciados, la violencia y las amenazas. Esto es así porque lo esencial en ambos tipos es la afectación de la libertad personal entendida como libertad de acción. Así “...el bien jurídico protegido por las amenazas condicionales tiene que ser necesariamente el mismo bien jurídico protegido por las coacciones violentas. Si la diferencia entre uno y otro tipo de delito radica esencialmente en el medio comisivo empleado, entonces no resulta razonable sostener que ellos protegen diversos bienes jurídicos, pues la especificación del medio de ataque no altera el objeto de protección. Este bien jurídico no es otro que la *libertad personal* entendida como libertad de acción, es decir, como ausencia de actuación en el marco de la vida social.” BASCUÑÁN, Antonio. 1994. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 47(3):191-306. p. 282.

sustracción y que dicha acción se realice respecto de una cosa que cumpla las características de ser corporal, mueble y ajena.

Respecto a la apropiación mediante sustracción, y a pesar de que nuestra legislación no incorpora el concepto “sustracción” en la tipificación del hurto, existe consenso en que la apropiación debe ser realizada a través de una acción de sustracción. De lo contrario, no sería posible diferenciar el hurto frente al tipo de hurto de hallazgo del artículo 448 o el de apropiación indebida del artículo 470 N° 1, ambos del Código Penal. La sustracción a su vez, puede ser entendida como un quebrantamiento de custodia sobre la cosa, con la consiguiente constitución de una nueva custodia sobre ella por el autor. Por último, la sustracción puede ser reconocida como un acto de apropiación, porque a ella acompaña en el autor un ánimo de apropiación, que debe ser entendido como un ánimo de actuar respecto de la cosa como si fuera su dueño.⁷⁴

Sobre el delito de coacción mediante violencia o amenazas, según se verá a continuación, corresponde a la realización de una acción que permite suprimir la capacidad física de formarse o expresar una voluntad o la

⁷⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* p. 296

alteración de la capacidad de decidir conforme a una intención. Se verá además, que no cualquier acción apta para producir estos efectos es una coacción que permite realizar el supuesto de hecho del robo.

En cuanto a sus requisitos típicos, además de exigir la realización de los delitos de hurto y coacciones, la realización del tipo exige una conexión funcional entre la violencia o intimidación y la ejecución del ataque a la propiedad que supone el hurto. Así, el artículo 432 exige que la apropiación se ejecute “usando de violencia o intimidación en las personas” y el artículo 436 dispone la sanción para todos aquellos casos de “robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas” no considerados en los artículos anteriores. Por su parte, y más definitivamente, a través de diversos ejemplos el artículo 439 establece que se considerarán como violencia o intimidación para efectos del párrafo segundo “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.”. El significado de esta conexión será revisada en los apartados que siguen.

2.2. La violencia e intimidación como coacción grave.

La violencia o intimidación que fungen como elementos del tipo del robo deben ser entendidas, en primer lugar, como mecanismos de coacción, y en segundo lugar como mecanismos de coacción grave.

La primera de las exigencias ha sido defendida extensamente en nuestro país por Antonio Bascuñán, quien en se ha opuesto a la conceptualización más tradicional del robo, según la cual éste constituiría un delito cuya gravedad se fundamentaría en una especial afectación de la seguridad personal, la integridad corporal o la vida humana. Esta posición ha sido propuesta dentro de la doctrina nacional por Jorge Mera y Jaime Vivanco, en base a una comprensión de la violencia e intimidación como mecanismos de afectación física del cuerpo del custodio ajenos al ejercicio de una coacción.

La posición de Mera, por un lado, defiende la supremacía de los bienes jurídicos integridad corporal y vida humana independiente frente al bien jurídico libertad personal, afirmación en base a la cual, postula que la protección de dichos intereses jurídicos son los únicos que pueden fundamentar el alto marco penal contemplado como consecuencia jurídica

para la realización imputable del tipo de robo.⁷⁵ Por su lado, Vivanco, ha defendido una naturalización de los conceptos violencia e intimidación como mecanismos físicos de daño corporal, reinterpretando toda violencia o intimidación en el marco del robo como acciones de violencia física, que al menos ponen en peligro la vida o la integridad corporal⁷⁶. Esto permite sostener que estos medios comisivos sólo tendrían relevancia típica en cuanto sean aptos para poner en peligro la integridad corporal o la vida de otro ser humano vivo.

Este trabajo toma posición por una comprensión del robo como una figura pluriofensiva en tanto afecta necesariamente la propiedad y la libertad personal. Esta posición se basa fundamentalmente en la existencia

⁷⁵ “Para que exista violencia o intimidación deben concurrir, obviamente, las exigencias del artículo 439, y emplearse dichos medios en la oportunidad y con alguna de las finalidades señaladas en el artículo 433. Sin embargo, la pesquisa, con miras a configurar el robo, no se agota con dicha constatación, sino que apenas comienza. Establecido que aquéllas concurren, en los términos de las disposiciones citadas, deberá indagarse a continuación si se trata del empleo de medios que exceden la finalidad apropiatoria, por constituir un daño o un riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas. No toda violencia configura el robo. No es el empleo, en sí, de la violencia lo que califica a una apropiación como robo.” MERA, Jorge. Hurto y Robo... *op. cit.* p. 114.

⁷⁶ Esto permite sostener a Vivanco que todo robo con homicidio sería una especie del conjunto robo, según lo señalado en supra 1.3.2. Junto a esta comprensión, aparece el problema de diferenciar todo robo del robo con lesiones, que Vivanco resuelve fijando el límite en las lesiones menos graves. Así: “Como los robos calificados comienzan con la agravante de lesiones graves del N° 2 del artículo 397 “hacia arriba”, resulta que las lesiones menos graves del artículo 399 y las leves del artículo 494 N° 5 pasan, por de pronto automáticamente, a considerarse incluidas dentro de los posibles resultados de la violencia que prevé la figura de robo simple del artículo 436, inciso 1°, según la especial manera de comportarse la violencia que se expone en el párrafo siguiente.” VIVANCO, Jaime. *op. cit.* pp. 16-17.

del artículo 439 como una definición de la función que deben cumplir la violencia o intimidación como mecanismos dirigidos a obtener la realización u omisión de alguna acción por parte del custodio que permita la apropiación.⁷⁷

El artículo 439 dispone, a través de ejemplos de acciones coercitivas, qué comportamientos deberán contar como violencia o intimidación en el marco del robo. Señala dicha norma que se entenderán como violencias o intimidación en las personas sólo comportamientos coercitivos, es decir: acciones constitutivas de coacciones a hacer (“que se entreguen o manifiesten las cosas”) a tolerar o a omitir (“ya sea para impedir la resistencia u oposición a que se quiten”), para terminar declarando que lo será también “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”. Es decir, se define la violencia o intimidación en relación a la acción de apropiación, especificando que entre ambos debe existir una relación funcional en que la violencia o intimidación sean

⁷⁷ El artículo 439 del Código Penal dispone: Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas lo malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público.

instrumentos que, a través de la neutralización o forzamiento de un comportamiento del custodio, puedan permitir la apropiación.⁷⁸

Es decir, la comprensión de la violencia e intimidación como mecanismos coactivos y no como mecanismos de puesta en peligro de la vida o integridad corporal, es la que da cuenta de mejor forma de la regulación legal vigente que configura el robo.⁷⁹

En tanto asumimos que el plus de injusto incorporado por la violencia o intimidación al robo responde a una afectación de la libertad personal, ambos conceptos deben ser entendidos normativa y no naturalmente⁸⁰. Es decir, el conjunto de acciones que puedan exitosamente ser calificadas como violencia o intimidación no pueden depender de la descripción de

⁷⁸ Se distingue esta relación funcional que requiere una dimensión objetiva y subjetiva, de aquella sólo constituida por las representaciones del autor. BASCUÑÁN, Antonio. El robo como...*op. cit.* p. 86.

⁷⁹ Existen más allá de la existencia del artículo 439, argumentos adicionales para defender la posición del robo como un tipo contra la libertad personal y para mostrar la insuficiencia de los argumentos suscritos por Mera en cuanto a la supuesta superioridad que tendrían en nuestro sistema jurídico penal, los bienes jurídicos integridad corporal o vida frente a la libertad personal. Dichos argumentos adicionales, de carácter histórico y dogmático. Para su revisión: BASCUÑÁN, Antonio. El robo como... *op. cit.*

⁸⁰ A este respecto, existe un pasaje que ilustra frente a qué amenazas de naturalización debe resistirse el análisis sobre la violencia como coacción: “En este sentido, debe considerarse comprendido dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que “quebranta o paraliza la voluntad” sin motivarla.” SOLER, Sebastián. *op. cit.* p. 277. Entre nosotros, independiente de aceptar la libertad como bien jurídico protegido, se ha recepcionado el concepto de violencia como maltrato de obra en OLIVER, Guillermo. *op. cit.* pp. 277-278

ciertas acciones específicas realizadas por el autor – tales como golpear o apuntar con un arma por ejemplo – sino que de su aptitud para forzar un comportamiento que de otra forma el custodio no realizaría o de impedir un comportamiento que sí se llevaría a cabo de lo contrario. Golpear a un boxeador o apuntar con un arma que se sabe descargada, probablemente no tendrá impacto alguno sobre la voluntad del custodio que permitan estos sean funcionales a la apropiación.

De esta forma, toda coacción por amenazas propia o violenta en el robo comparte el núcleo de injusto de la coacción como injusto autónomo dentro de nuestro sistema jurídico penal tipificado en los artículos 296 N° 1 y N°2 y 494 N° 16 del Código Penal.

A pesar de los comprensibles alegatos de política criminal de Mera, en cuanto a lo desproporcionado de la penalidad asignada al robo, su argumento debe ser desestimado por dos razones fundamentalmente. La primera de estas arranca del principio democrático, en tanto da al legislador exclusividad para decidir sobre las consecuencias jurídico penales para aquellas acciones que infrinjan mandatos o prohibiciones de conducta

jurídico-penalmente relevantes. Es decir, independiente de la crítica que en el ámbito político válidamente podamos dirigir en contra del legislador en cuanto a la desproporción de las penas asignadas a ciertas conductas, no podemos contravenir las normas jurídicas ya perfectas de acuerdo a los mecanismos de formación de la ley. No corresponde a los juristas en este marco, utilizar como argumentos de interpretación de la ley las críticas que válidamente tengan en contra de las consecuencias jurídico-penales impuestas por el legislador, sino que interpretar los tipos penales de acuerdo a un principio de coherencia, no redundancia y utilidad. En este marco, la interpretación de Mera y Vivanco es inaceptable frente a la definición del artículo 439, a pesar de que sea comprensible (o incluso podamos empatizar con) el intento de Mera por reducir el ámbito de aplicación del robo.

La segunda, es que aun si defendiéramos la labor crítica de la dogmática frente a la legislación penal, tal como señaló Bascuñán existen otras propuestas interpretativas que dan cuenta de la magnitud de la consecuencia jurídica de mejor forma, sin tener que acudir por ello a otros bienes jurídicos ajenos a la regulación actual del robo. En este punto, traducir la exigencia de violencia o intimidación como medios de

apropiación en la exigencia de coacción grave permite justificar en mayor medida las altas penas asignadas al robo. Esta explicación permite mantener el carácter pluriofensivo fundado en la libertad personal.⁸¹

En general, habiendo concedido el carácter coercitivo propio de la violencia o intimidación, existe un cierto consenso respecto a que debemos exigir un mecanismo coercitivo de cierta entidad. Dada la alta penalidad asignada al robo con violencia o intimidación en las personas en comparación con la penalidad establecida por la realización de los tipos de coacción, no cualquier mecanismo de coacción mediante violencia o amenazas puede dar lugar a un robo.

En cuanto a la intimidación, ésta debe corresponder a una amenaza condicional inminente de lesionar bienes jurídicos personalísimos de relevancia como la vida, la integridad corporal o la indemnidad o autodeterminación sexual del coaccionado o de terceros.⁸² La gravedad de la amenaza se traduce en que el anuncio de la irrogación de un mal que

⁸¹ BASCUÑÁN, Antonio. El robo como... *op. cit.* p 108.

⁸² “En virtud de estas consideraciones, la doctrina dominante exige para realizar el tipo del delito de robo que la amenaza consista en el anuncio de la inminente irrogación de la muerte o de un atentado grave a bienes relevantes, como la incolumidad personal (lesiones), la autodeterminación sexual (violación, abusos deshonestos de consideración) o la libertad personal (secuestro, sustracción de menores).” *Íd.* pp. 104-105.

caracteriza a la coacción mediante amenazas recaiga sobre dichos bienes jurídicos y que la amenaza requiera del cumplimiento inmediato de la condición y la realización inminente del mal anunciado. Este último requisito se explica en tanto frente a una amenaza extendida en el tiempo, existen posibilidades de protección y resguardo por las cuales el autor puede optar, disminuyéndose la entidad del ataque a la libertad personal.

Por su parte, respecto de la coacción violenta, dada la imposibilidad de su graduación en cuanto a la afectación de la libertad personal, la doctrina ha ocupado distintos criterios para limitar el conjunto de conductas que pueden ser calificadas como violentas para efectos del robo.⁸³

A este respecto, Mera ha señalado que todo ejercicio de violencia es apto para configurar el robo si dicha “violencia” está constituida por el ejercicio de lesiones menos leves o de un peligro para la integridad corporal o la vida. Sin embargo, este criterio está asociado a la comprensión de la violencia propia del robo como el ejercicio de una acción que conlleva, materialmente, una lesión o peligro de la vida o integridad corporal del

⁸³ *Íd.* p. 110.

custodio con independencia de la afectación de su libertad personal, concepción que ha sido desestimada según lo ya señalado.⁸⁴

Habiendo rechazado el criterio de Mera aún es posible extraer un criterio para ello de la misma regulación del robo. La redacción del artículo 432 señala que la violencia o intimidación que configuran el robo deben ser ejercidas “en las personas”. Según lo anterior, el criterio delimitador del ejercicio de violencia como medio coercitivo grave para efectos del robo, debe ser construido bajo la exigencia de que la violencia ejercida afecte la capacidad corporal de formación o ejecución de la voluntad del custodio y no en su capacidad instrumental de poder ejecutar su voluntad, por ejemplo, afectando la disposición o conformación de instrumentos propios del custodio.⁸⁵

Atendiendo a este criterio no caerían dentro de la prohibición propia de la coacción violenta en el hurto, aquellos comportamientos que priven o

⁸⁴ Ver *supra* 1.3.2.

⁸⁵ “Desde una perspectiva sistemática, lo más importante es cerrar el paso en el nivel de los delitos de coacción grave a los desarrollos más extremos del proceso de interpretación extensiva del concepto de violencia, al que también se denomina “desmaterialización” o espiritualización” de dicho concepto, que ha tenido lugar en el contexto del tipo genérico de coacción. Para este propósito, se debe asignar estipulativamente a la expresión “en la persona”, que adjetiva a la violencia como medio comisivo del robo, el sentido de excluir aquellas formas de violencia que no inciden en la capacidad persona – corporal – de actuación, sino en la capacidad instrumental o en las condiciones del medio ambiente en que se desenvuelve su acción.” BASCUÑÁN, Antonio. El robo como... *op. cit.* p. 111.

modifiquen los objetos de los que se serviría el custodio para repeler o impedir la acción apropiatoria del autor.

Sólo este criterio atiende tanto a la conexión funcional entre la acción apropiatoria y la violencia como al carácter de ésta como mecanismo de afectación de la libertad personal de otro.

2.3 La conexión funcional entre la coacción grave y la apropiación.

Lo característico de la estructura del robo frente a la de cualquier otro concurso real o ideal entre el hurto y la coacción violenta o por amenazas, se encuentra en la vinculación que ambos injustos deben exhibir entre sí.

En tanto mecanismos coercitivos, la coacción violenta o mediante amenazas debe exhibir una relación de funcionalidad con la acción de apropiación. Lo anterior, aparece definido por el artículo 439⁸⁶, pero también por el encabezado del artículo 433. Tal como se argumentó a propósito del robo con homicidio, el inciso primero del artículo 433 señala

⁸⁶ Ver *supra* 2.2.

los momentos en que puede ejercerse la violencia o intimidación para que dicha secuencia de comportamientos pueda ser subsumida bajo el tipo de robo. Así, éstas pueden tener lugar con anterioridad a la ejecución de la apropiación “para facilitar su ejecución”, en el acto de comisión del hurto, o con posterioridad a él “para favorecer su impunidad”.

Frente a esta regulación, y la exigencia de una conexión funcional, resulta problemático el caso de violencia o intimidación realizada con posterioridad a la consumación del hurto, precisamente porque no podría predicarse que las coacciones fuesen instrumento de la apropiación. Este conflicto ya ha sido revisado a propósito del robo con homicidio, lugar en que se señaló que una respuesta que permita mantener dicha relación funcional debe fundarse en una diferenciación entre el concepto de consumación (formal) del hurto y el de agotamiento (material) de su injusto, en el marco de una comprensión de éste como delito de resultado cortado. Lo anterior permitió explicar la hipótesis compleja del encabezado del artículo 433 como una de robo en base a la existencia de una agresión actual a la propiedad con relevancia para la legítima defensa. La actualidad de la lesión al bien jurídico propiedad, permite afirmar la existencia de un

vínculo funcional entre coacción grave y apropiación, considerando en esos casos que la acción coercitiva es funcional a la consolidación de la lesión a la propiedad. En este sentido, el inciso primero del artículo 433 redefiniría la conexión que debe existir entre la violencia o intimidación y, con ello, el significado de robo con violencia o intimidación.⁸⁷

En este contexto y en el marco de la comprensión de la violencia e intimidación como acciones coercitivas, la conexión funcional que debe existir entre la acción de apropiación puede ser caracterizada como una en que éstas sirven a la lesión de la propiedad que es propia de la acción típica del hurto. Ya sea con anterioridad a su consumación, en concomitancia con ella o con posterioridad y durante siga reconociéndose una agresión actual, las coacciones deben servir a la afectación del poder que sobre ella tiene el dueño por detentar dicha calidad jurídico formal.

2.4 El robo como hurto.

⁸⁷ Ver *supra* 1.4.1

En base a lo ya señalado, es posible concluir que todo robo es un hurto acompañado por una acción coercitiva funcional a la ejecución de la apropiación o a la consolidación de ésta y el agotamiento de la acción lesiva.

Contra esta conclusión se levantan dos posibles objeciones.

La primera está referida a la importancia del valor de lo sustraído como factor para determinar la pena aplicable a la realización de un hurto, circunstancia que es irrelevante para determinar la pena aplicable a quien ha ejecutado un robo con violencia o intimidación en las personas. En este último caso, independiente del valor de lo sustraído, la pena se mantiene en el margen del presidio mayor en sus grados mínimo a máximo.

Contra esta objeción es posible responder, en primer lugar, atendiendo a la diferencia entre las normas de comportamiento y las normas de sanción penal. De acuerdo a esta distinción, por norma de comportamiento ha de entenderse a aquella proposición jurídica que prescribe un determinado comportamiento, ya sea prohibiéndolo o

mandatándolo.⁸⁸ Estas normas, que no requieren estar expresadas explícitamente en la ley, existen en tanto son el presupuesto lógico de toda norma que sanciona penalmente un determinado comportamiento. Quien realiza un determinado tipo penal establecido en una norma de sanción penal no infringe la descripción típica, sino que actúa conforme a ella. Por lo tanto, es lógicamente necesaria la existencia previa de una proposición jurídica prescriptiva que sea infringida por quien realiza la descripción del tipo penal y, eventualmente, castigada con una pena como consecuencia jurídica de un actuar normativamente reprochable.⁸⁹

Por su parte, la norma de sanción penal debe ser comprendida como aquella que dispone la sanción aplicable a la realización imputable de un comportamiento prohibido o la omisión de uno mandado y las condiciones para su aplicación.⁹⁰

En otras palabras, las normas de comportamiento son las normas que prescriben acciones prohibidas o mandatadas por el derecho para cuya

⁸⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* (12):165-184. 2010. pp. 170 -171.

⁸⁹ *Íd.* p. 167.

⁹⁰ *Íbidem.*

infracción, el derecho penal contempla sanciones sujetas a múltiples modalidades y condiciones que serán establecidas en las normas de sanción penal. En este marco, es la norma de comportamiento la que define el comportamiento específico que deberá ser realizado o evitado en función de la conservación de bienes jurídicos y pueden ser deducidas, aunque no de forma directa ni sencilla, de las normas de sanción penal dispuestas en el Código Penal.

Así, por ejemplo, las normas de sanción penal que ofrecen distintos castigos a quien “mate a otro”, puede deducirse una única prohibición de matar a otro, a pesar de que existan en nuestro derecho por lo menos tres sanciones previstas para la realización de esta acción.⁹¹ Así, una norma de sanción penal puede suponer una o varias normas de comportamiento, como una misma norma de comportamiento puede estar asociada a una o más normas de sanción penal.

En cuanto al cuestionamiento basado en la determinación de la pena para el hurto, es posible señalar que la pena establecida por la regulación a un delito es independiente de la estructura de la norma de comportamiento

⁹¹ Las sanciones de los artículos 390, 391 N° 1 y 2 y 392 del Código Penal.

respectiva; por el contrario, corresponde a la norma de sanción penal. Según se verá más adelante,⁹² la distinción entre la norma de comportamiento (aquella que dispone el mandato o prohibición de realizar u omitir un determinado comportamiento y por tanto sirve como razón para la acción) y la norma de sanción penal (aquella que dispone las consecuencias normativas que se siguen de infringir la normas de comportamiento y las condiciones de su aplicabilidad) depende la diferenciación entre los presupuestos de antinormatividad y punibilidad de un determinado comportamiento⁹³. Así, a pesar de que existan diferencias en las condiciones impuestas para sancionar con distintas penas un hurto y un robo, eso no obsta a que la prohibición que protege la propiedad en ambos casos sea idéntica.

Por otro lado, incorporar el criterio del valor de la cosa sustraída como exigencia de la norma de comportamiento propia del hurto, disuelve la distinción entre los delitos contra la propiedad y el patrimonio, clasificación que es necesaria para explicar la diversidad de tipos que están

⁹² Ver *infra* 2.5

⁹³ MAÑALICH, Juan Pablo. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista Ius et Praxis* 20(2):21-70. p. 4.

presentes en nuestro Código Penal. O, al menos, obligaría a considerar el hurto como un delito contra el patrimonio y no contra la propiedad.

Sin embargo, esta conclusión es incorrecta. El injusto del hurto, como delito contra la propiedad, se caracteriza por lesionar el contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídico formal de propietario y no el patrimonio del dueño de la cosa. En este sentido, debemos entender que el verbo rector “apropiar” es relativo a una determinada cosa y no a su valor. Esto es así debido a la inexistencia de una propiedad sobre el valor de las cosas y la consiguiente imposibilidad de construir un concepto de jurídico-penal de apropiación sobre él, además de la inutilidad de la teoría del valor para permitir una distinción entre el tipo de hurto y el de los delitos de enriquecimiento o empobrecimiento.⁹⁴En la misma línea, la redacción del artículo 432 que describe el comportamiento sancionado, describe la acción como la apropiación de una cosa corporal, mueble y ajena, apropiación que debe leerse como apropiación mediante sustracción. La exigencia de sustracción toma sentido si entendemos que lo indispensable en el injusto del hurto es que supone una vulneración a la posición de propietario de

⁹⁴ KINDHÄUSER, Urs. *op. cit.*

ejercer el contenido fáctico propio de su posición normativa, y no el valor de su patrimonio. Comprenderlo de otra manera significa adoptar una interpretación que no puede distinguir entre el delito de hurto y el de hurto de hallazgo regulado en el artículo 448 y por tanto, insostenible con la regulación legal vigente. Es decir, para ser coherente tanto con la interpretación del artículo 432 y sistemático con la regulación penal, resulta inadecuado construir la norma de comportamiento del hurto incluyendo la exigencia de un determinado valor en la cosa objeto de la apropiación.

La segunda objeción que es posible dirigir en contra de la conclusión de que todo robo es un hurto, está referida a la incorporación, en el artículo 439, de las hipótesis de coacción a la manifestación o entrega como ejemplos de violencia o intimidación útil para la realización de la apropiación. En derecho comparado, algunas legislaciones contemplan, junto al tipo de robo con homicidio, el tipo de extorsión de cosa que se caracteriza por la coacción a la entrega como medio apropiatorio.⁹⁵ Bajo un

⁹⁵ Así por ejemplo, el Código Penal Argentino incorpora tanto el robo con homicidio como la extorsión, tipificando esta última en el artículo 168 del Código. Así también la legislación alemana establece dos tipos de extorsión en los párrafos 253 y 255, a la vez que en su párrafo 249 dispone el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas. Por último, también la legislación española dispone en su artículo 243 el tipo de extorsión, mientras que en su artículo 242 dispone las sanciones para el robo con violencia o intimidación en las personas.

escenario como aquel, se vuelve indispensable la clarificación de los ámbitos típicos de ambos, específicamente del alcance de la intimidación como medio comisivo⁹⁶. Nuestra legislación no presentaría este problema debido a que la inexistencia de una norma que sancione la extorsión de cosa⁹⁷ y la explícita mención del artículo 439 a la manifestación o entrega de cosa como mecanismo de apropiación con relevancia para el robo, es claro que estos casos reciben la sanción establecida para el robo en el artículo 436.

Sin embargo, la existencia de estos casos en que el custodio manifiesta o entrega la cosa como hipótesis de robo, sí genera un problema para la comprensión del robo siempre como un hurto. Esto es así, porque manifestar o entregar la cosa por parte del custodio parecería ser en principio incompatible con el ejercicio de sustracción como medio de la apropiación del hurto.⁹⁸ Por lo tanto, habría por lo menos un caso en que un

⁹⁶ En derecho comparado, se ha distinguido ambos tipos en función de distintos criterios. Se ha dicho, dada la redacción que tiene mayoritariamente,

⁹⁷ El artículo 438 del Código Penal Chileno sólo contempla el tipo de extorsión documental.

⁹⁸ Se ha señalado que esta conclusión impediría la realización del hurto en autoría mediata por autolesión del instrumento. MAÑALICH, Juan Pablo. El hurto-robo.... *op. cit.* p. 67.

robo no sería al mismo tiempo un hurto: aquel en que el custodio entrega la cosa apropiada.⁹⁹

Bascuñán ha defendido en nuestro país un criterio de delimitación de aquellos casos de manifestación o entrega que deben caer dentro del ámbito típico del robo y aquellos, por ser equivalentes a una disposición patrimonial, quedan fuera del ámbito de aplicación del robo, sin perjuicio de su imputación al autor bajo otro título delictivo, como el de las coacciones mediante amenazas. El criterio estaría dado por la sustituibilidad o insustituibilidad de la contribución del coaccionado. En palabras de Bascuñán,

“En tanto su contribución a la pérdida de su custodia sobre la cosa pueda ser reemplazable en el caso concreto por una ruptura de la misma efectuada de propia mano por el autor del delito, la coacción a hacer entrega es equivalente a tolerar su apropiación.”¹⁰⁰

⁹⁹ “En el Código Penal chileno no sólo la acción de constreñir a tolerar la apropiación es constitutiva de robo, sino también las acciones de constreñir a entregar o a manifestar la cosa sobre la que se constituirá una nueva custodia...Desde la perspectiva del derecho comparado, esta particularidad de la regulación legal chilena, que es indesmentible a la vista del art. 439 C.P., extiende el ámbito típico paradigmático del delito de robo hacia el ámbito típico del delito de extorsión, en su variante concreta de extorsión-de-cosa.” BASCUÑÁN, Antonio. El robo como... *op. cit.* p. 82. En este mismo sentido, OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 279.

¹⁰⁰ BASCUÑÁN, Antonio. El robo como... *op. cit.* p. 83. De acuerdo a lo expuesto por Bascuñán, este ha sido el criterio que ha utilizado una parte de la doctrina alemana para establecer la distinción entre el robo y la extorsión (ver nota 85). Sin embargo, también se han esgrimido criterios relacionados a la actualidad de la amenaza dirigida (en la extorsión, el mal con que se amenaza no tendría carácter actual

Bascuñán propone este criterio de sustituibilidad de la acción del coaccionado con el fin de interpretar la coacción a la entrega utilizando el concepto de apropiación del artículo 432 permitiendo con ello, una restricción del conjunto de casos que serán subsumibles bajo el artículo 436. Es decir, una entrega que aunque permita reconocer una “entrega de la custodia” (en oposición a una ruptura de ella) impida reconocer una disposición patrimonial, aunque viciada (que quedaría sujeta exclusivamente al ámbito del tipo de coacción mediante amenaza). Así, cuando podamos reconocer que la entrega o manifestación pudo haber sido sustituida por una acción realizada directamente por el autor como mecanismo de apropiación, estaremos frente a una apropiación por parte del autor y el comportamiento podrá ser subsumido en el tipo de robo. En cambio, si el comportamiento de entrega o manifestación del coaccionado es insustituible por otro realizado por el autor, deberá reconocerse una disposición patrimonial, que aunque viciada por la coacción, sólo podrá ser sancionada (de cumplir con los requisitos típicos) de acuerdo con el tipo de la coacción mediante amenazas. En cualquier caso, aún en aquellos casos en

como en la intimidación) o una disyunción entre el mal sugerido y la prestación exigida. SOLER, Sebastián. *op. cit.* p. 278.

que se aplique la sanción del robo, habiendo manifestación o entrega de la cosa, no podremos reconocer en el hecho punible la conjunción de los injustos del hurto y de las coacciones dada la falta de sustracción.

Sin embargo, al formalizar este criterio sustantivo, identifica lo que puede ser un indicio de disposición patrimonial (la sustituibilidad de la acción del coaccionado) en un indicador. Generalmente el que podamos calificar a algún acto del custodio como sustituible por el autor hablará a favor de la existencia de la disposición patrimonial (incluso de aquellas viciadas por error o dolo, de acuerdo a las reglas del derecho civil), pero la conexión en ningún caso es lógicamente necesaria. Puede pensarse así por ejemplo, un caso en que aunque el comportamiento de la víctima pueda ser sustituido por el coaccionador, pueda interpretarse que ésta no lo advierte y por ello, no pueda reconocerse una disposición patrimonial de la cosa.

Una propuesta para distinguir entre los casos en que existe contribución del custodio cuando existiría sustracción y cuando no, ha sido elaborada por Hruschka aplicando la distinción entre reglas de imputación

del primer nivel y de segundo nivel¹⁰¹ al comportamiento de la víctima (el custodio). Así, sólo podría reconocerse existe sustracción si es posible explicar el comportamiento del custodio como un comportamiento que adolece del primer nivel de imputación. Por el contrario, si la contribución del custodio puede explicarse por exclusión de la imputación de segundo nivel, la acción del autor sólo podría ser subsumida en el tipo de extorsión de cosa o estafa de cosa.¹⁰² La aplicación de las reglas de imputación de primer y segundo nivel son justificadas por el autor en atención a que nos permitirían reconocer estándares de conceptos de liberar. Así, la exclusión de las primeras nos permiten identificar un acción no realizada “con volición” ni “voluntariamente”, frente a que un comportamiento realizado sólo con un déficit de imputación en el segundo nivel, es un hecho que aunque realizado “con volición”, no lo es “voluntariamente”.¹⁰³ Lo anterior, frente a la premisa que sólo es posible reconocer sustracción “si la pérdida

¹⁰¹ Las reglas de imputación de primer nivel son aquellas que determinan la capacidad de acción, la imputación en el segundo nivel determina la capacidad de motivación.

¹⁰² HRUSCHKA, Joachim. La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 52(1-3):451-466. 1999. p. 464.

¹⁰³ *Íd.* p. 459 y 460.

de la cosa debe imputarse de forma plena al anterior tenedor de la cosa”.¹⁰⁴ En este caso, por tanto, y frente a la coacción mediante amenazas como vis compulsiva, ningún robo realizado usando amenazas podrá corresponderse con un hurto, por ausencia de sustracción, conclusión a la que arriba el mismo Hruschka en su artículo.¹⁰⁵

La tesis anterior ha sido desestimada por confundir categorías adscriptivas con categorías prescriptivas.¹⁰⁶ Mañalich ha señalado que la interpretación del tipo de robo requiere determinar la norma de comportamiento que es infringida por el autor que realiza ese supuesto de hecho, “frente a lo cual los criterios que diferencian la imputación (y su exclusión) de primer nivel y de segundo nivel no pueden constituir premisas de las cuales se sigan consecuencias necesarias”. Es decir, no puede aceptarse con Hruschka que exista una “conexión conceptual entre esas normas de comportamiento y las reglas de imputación generales en tanto

¹⁰⁴ *Íd.* p. 461

¹⁰⁵ “Una vis compulsiva o una intimidación nunca pueden llevar a una situación de necessitas absoluta. Pero si esto es correcto, entonces no hay lugar en el actualmente vigente §249 StGB [robo] para un robo intimidatorio mediante peligro actual para la vida o integridad (*). En este sentido, la ley incurre en un error y debe modificarse en este aspecto.” *Íd.* p. 465.

¹⁰⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. El “hurto-robo”... *op. cit.* p 69.

aplicadas al comportamiento de la víctima”, ya que esto “no puede sino ser un apriorismo”.¹⁰⁷

Dada la existencia del artículo 439 del Código Penal, es necesario entonces retomar el esfuerzo por elaborar un concepto normativo de sustracción que nos acerque al esfuerzo de identificar correctamente la norma de comportamiento que se encontraría supuesta por el tipo de hurto, en el que la contribución del custodio a través de la entrega o manifestación tenga cabida. Si esto no plausible, entonces concluiremos que existe por lo menos un caso de robo que no es a su vez un hurto.

Según lo señalado por Mañalich, de lo que se trata para determinar un concepto normativo de sustracción es de “determinar si el desplazamiento de custodia debe explicarse como una arrogación de quien constituye una nueva custodia sobre la cosa, o en cambio como un acto de disposición de quien tiene previamente la custodia sobre la cosa.”¹⁰⁸El concepto de sustracción expresa el quebrantamiento de una custodia que otro tiene sobre

¹⁰⁷ *Ibídem.*

¹⁰⁸ *Ibídem.*

la cosa, seguido de la constitución de una nueva custodia por parte del autor, frente a un desplazamiento de la propiedad por voluntad del custodio.

Ya vimos que el objeto de protección de la norma de comportamiento supuesta en el hurto es la propiedad, como contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídico-formal de propietario. Esto significa que un comportamiento constitutivo de hurto no lesiona necesariamente el valor de uso o cambio del patrimonio de la víctima, sino que lo priva de su posibilidad de control de la cosa para disponer de ella de acuerdo a las facultades derivadas del derecho de dominio de la cosa. Tampoco lesiona el derecho de dominio que el propietario tiene sobre la cosa, ya que “sería absurdo afirmar que el delito se consuma cuando el ladrón adquiere el dominio, pues como nunca puede adquirirse el dominio de una cosa robada, todos los hurtos sería siempre intentados y nunca consumados, si con ese fin se pretendiera la consecución de la propiedad”.¹⁰⁹

De esa noción de propiedad como objeto jurídico protegido, nace la exigencia de sustracción como ruptura de custodia y constitución de una nueva custodia, como acción de apropiación. En este sentido, custodia debe

¹⁰⁹ CARRARA, Francesco. *op. cit.* p. 16.

ser entendida como un enclave de control fáctico y dominio sobre una determinada cosa. Lo anterior no exige que se identifiquen ciertos lugares en ciertas personas tienen dominio sobre las cosas en su interior (así como, las cosas que se encuentran dentro de una casa están en custodia de quien habita dicha casa, por ejemplo).¹¹⁰ Por el contrario, la “esfera de custodia es un concepto jurídico no solamente referido a la casa o al lugar de depósito, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas”.¹¹¹ La custodia entonces puede ser conceptualizada como el poder que ejerce una persona sobre una cosa, independiente de que exista o no un contacto físico directo con ella.¹¹² Determinar en qué esfera de custodia se encontrarán las cosas dependerá entonces de un conjunto de patrones y prácticas socio-culturales que nos permiten reconocer que una cosa se encuentra bajo el poder de alguien.

¹¹⁰ Así, Carrara, aunque partidario de la teoría de la *contrectatio*, dirige una crítica a la identificación de la “posesión de la cosa” con la “posesión de la casa”: “...no todas las cosas que están en mi casa son poseídas por mí; los objetos que otros llevan consigo cuando entran en ella, son de ellos, no míos, y esto está claro; y cuando el ladrón entra a mi casa y se lleva mis cosas, se apodera de ellas, aunque yo siga siendo propietario de la casa”. *Íd.* p. 17.

¹¹¹ SOLER, Sebastián. *op. cit.* p. 185.

¹¹² En la misma línea Sánchez-Ostiz, aunque respecto al hurto de supermercado: “Según entiendo, en el contexto y peculiaridades de esta clase de comercio, la disponibilidad parcial no es apoderamiento a efectos típicos, pues la voluntad del propietario sigue efectivamente manifestándose sobre los objetos, a pesar de la posesión de ellos por los clientes.” Sánchez-Ostiz, P. Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio. *Revista de Derecho* (2):241-251. 2001. p. 245.

Piénsese así, en que el dueño de un automóvil mantiene la custodia sobre ese automóvil aunque éste se encuentre estacionado a dos cuadras del lugar en que se encuentra, precisamente porque tiene la llave que permite movilizar dicho auto y probablemente ha dispuesto mecanismos de seguridad que excluyen a otros del control sobre la cosa.

En este contexto debe ser evaluada la acción de entrega por parte del custodio dado el ejercicio de una coacción grave, y si ésta puede ser reconocida como sustracción o como un desplazamiento patrimonial viciado por coacción de la cosa. La sustracción es una acción o conjunto de acciones que trasgrede la voluntad del custodio, mediante la ruptura de los mecanismos de custodia que dispone para mantener una posición de control fáctico sobre la cosa. Dicho control fáctico será más intenso cuanto más cercana se encuentre la cosa al custodio, más o más intensos mecanismos de custodia se dispongan para su protección. En el caso de una cosa cuya entrega es forzada por el autor a través de un ejercicio de coacción grave, se trasgrede con ello un mecanismo de custodia especialmente intenso: el porte o la intermediación del cuerpo del custodio respecto de la cosa, permitiendo

la cosa salga del control fáctico del custodio y sin que exista voluntad de entregarla.

Distinto es el caso, por ejemplo, de un relojero que en la vitrina de su tienda entrega uno de sus relojes a un comprador, quien con posterioridad decide salir corriendo de la tienda llevándose el reloj. Aquí, la entrega, en tanto entrega voluntaria y dado el contexto socio-cultural de interacción entre un vendedor y un comprador, no puede ser identificada ni como sustracción ni como disposición patrimonial. En el caso es posible reconocer la sustracción de la cosa, pero sólo con posterioridad a la entrega y desde el momento en que el comprador decide arrancar llevándose la especie.

La caracterización de una entrega como disposición patrimonial, parece nacer de la distinción del robo con coacción a la entrega en que ésta constituye sustracción y la estafa de cosa cuya entrega constituye disposición patrimonial viciada por error. La equiparación de ambas figuras se produce porque en ambas, la entrega de la cosa realizada por la víctima, en términos de la regulación civil del consentimiento, es una acción que ha

sido realizada por una voluntad viciada por fuerza o error, respectivamente. Sin embargo, de que pueda considerarse a ambas acciones producto de una voluntad viciada, no puede concluirse inmediatamente que, dado que existe voluntad del custodio en la entrega, no es posible reconocer sustracción sino que sólo disposición patrimonial de la cosa. Cualquier ejercicio de coacción para la apropiación, producirá la afectación de una voluntad a través del mismo vicio de fuerza. Y lo anterior no depende de que se tome la cosa por el autor (voluntad de omitir viciada por la coacción) o se entregue por parte del custodio o tercero (voluntad de hacer viciada por la coacción). Concluir que la existencia de voluntad (viciada) impide la existencia de sustracción, implicaría dejar sin aplicación la hipótesis de apropiación mediante amenazas graves.

En base a lo anterior, la objeción a que la hipótesis de la entrega de la cosa por parte del autor no obsta al reconocimiento de una sustracción, si con ello podemos reconocer un control adquirido por el autor sobre la cosa no autorizado por custodio y en contra de la voluntad del dueño de la cosa.

Dicho lo anterior, es posible confirmar entonces las tesis de que el robo es siempre y en cada caso un hurto. En palabras de Sebastián Soler:

“La circunstancia de que en este artículo se repita literalmente la definición del hurto pone bien de manifiesto que el robo es, en realidad, no obstante la diferencia de nombre, una figura calificada de hurto, y que, en consecuencia, entre las dos media la relación de género a especie”.¹¹³

Ya afirmado que todo robo es un hurto, es posible afirmar al mismo tiempo que todo robo es en el centro, un hurto. A favor de lo anterior habla la conexión funcional que debe existir entre el ejercicio de la coacción mediante violencia o amenazas,¹¹⁴ en tanto el ejercicio de la coacción siempre debe ser realizada con el propósito de preparar, consumir o consolidar la acción de apropiación en que consiste el delito de hurto. Ya descartadas las objeciones contra que todo robo sería al mismo tiempo un hurto, el reconocimiento de la relación funcional entre el ejercicio de la coacción y la apropiación (no viceversa) nos permite concluir que el robo, aunque figura materialmente pluriofensiva y estructuralmente compleja, tiende a la protección de la propiedad y a la realización de la acción constitutiva de hurto.

¹¹³ SOLER, Sebastián. *op. cit.* p. 265.

¹¹⁴ Ver *supra* 2.3.

2.5 El robo con violencia o intimidación como hecho punible.

Si la regulación del robo castiga aquellos comportamientos que infringen la prohibición propia del hurto, por una parte, y la prohibición que supone el delito de coacción, ya sea en su modalidad mediante amenazas o violencia, es correcto caracterizar a la realización del hecho punible robo como un concurso de delitos que resulta castigado con una pena específica en ciertos casos según lo disponen las reglas de punibilidad que son propias del tipo de robo.

En este punto se hace necesario clarificar la distinción entre un delito y un hecho punible, lo que nos obligará también a volver sobre la diferencia entre norma de comportamiento y norma de sanción penal. Un delito puede ser conceptualizado como un “quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento” frente a un hecho punible que podemos identificar como “un delito o una conjunción de delitos que satisface ulteriores condiciones

de las cuales pudiera depender su punibilidad fijadas por la correspondiente norma de sanción y por las reglas que complementan”.¹¹⁵

Un delito, por tanto, es la contravención imputable de una norma de comportamiento que puede ser efectivamente imputada, en un primer y segundo nivel de imputación, a un determinado sujeto considerado como autor de dicho quebrantamiento. Como se señaló previamente, una norma de comportamiento es una proposición jurídica que consiste en la prohibición o el mandato de una determinada acción. Una norma de comportamiento así, exhibe la estructura de una proposición que integra un operador deóntico y una oración proposicional que describe la acción que es prohibida o mandatada.¹¹⁶ La existencia de la norma de comportamiento se encuentra fundada en la necesidad lógica de contar con una norma que permita calificar el comportamiento que realiza el supuesto de hecho del tipo delictivo como un comportamiento antinormativo (ya que el autor, realiza y no contraviene el supuesto de hecho en que consiste el tipo delictivo).¹¹⁷ La norma de sanción penal, por su parte, es aquella que

¹¹⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. 2014. La violación como delito... *op. cit.* p. 4.

¹¹⁶ MAÑALICH, Juan Pablo. Norma e imputación... *op. cit.* p. 171.

¹¹⁷ *Íd.* p. 167.

establece el supuesto de hecho (tipo delictivo) por cuyo cumplimiento se sigue una determinada consecuencia jurídica (la pena).¹¹⁸ Así, existe una diferencia estructural entre norma de comportamiento y norma de sanción.

Adicionalmente, también existe una diferencia funcional entre ambas. Las normas de comportamiento, por un lado, dispone la prohibición o mandato de la realización de un determinado comportamiento que debe servir como razón eficaz para la acción por parte de su destinatario en tanto una norma de comportamiento está orientada a la protección de determinados bienes jurídicos frente a su lesión o puesta en peligro.¹¹⁹ Por su parte, a la norma de sanción penal le corresponde el establecimiento de “derechos y deberes punitivos a consecuencia del quebrantamiento (imputable) de una determinada norma de comportamiento”, mediante la cual asegura la vigencia de la norma de comportamiento que protege bienes jurídicos.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho* 24(1):87-115. 2011. p. 92.

¹²⁰ *Ibidem.*

La norma de comportamiento, aunque muchas veces no se encuentre explícitamente formulada por la ley, puede ser reconstruida a partir de un cierto conjunto de normas de sanción penal. Es el supuesto de hecho contenido en la norma de sanción penal la que representa, en el caso de cada delito-base,¹²¹ la formulación invertida de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable realiza el supuesto de hecho.¹²² De la identificación de ese delito-base depende, entonces, la correcta formulación de la norma de comportamiento que se encuentra detrás de cada uno de los modelos complejos, como respectivos tipos calificados o atenuados. Y, como consecuencia también, la correcta interpretación y aplicación tanto de los tipos delictivos base como de los modelos complejos.

Volviendo ahora al robo con violencia o intimidación en las personas, podemos decir de él que es un tipo delictivo cuya realización imputable, concurriendo todas las circunstancias adicionales que determinar su

¹²¹ Aquí delito-base constituye “la forma más simple de quebrantamiento de la respectiva norma de comportamiento”. *Íd.* p. 91 (nota al pie 8).

¹²² *Íd.* p. 91. Mañalich en este punto ofrece el ejemplo del tipo de homicidio, “el que mate a otro” señalando que la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable realiza el delito de homicidio, se corresponde con “prohibido provocar la muerte de otro”.

punibilidad, puede ser denominada como un hecho punible. Importa ahora, por tanto, determinar el o los delitos que conforma(n) dicho hecho punible.

De acuerdo a lo revisado a lo largo de este capítulo, el tipo de robo estaría compuesto por los injustos de hurto y de las coacciones, a lo que se sumaría una específica relación entre ambos determinada de forma conjunta por los artículos 433 y 439. Considerando que tanto el injusto del hurto como el de las coacciones forman la unidad más básica de trasgresión de los bienes jurídicos que son objeto de protección de sus normas de comportamiento (la propiedad y la libertad personal respectivamente), es que podemos identificar a su vez que tanto la realización imputable del tipo de hurto como de la coacción (ya sea violenta o mediante amenazas) son delitos según el concepto arriba señalado.¹²³

En este marco podemos caracterizar la realización imputable de un robo como un hecho punible que consiste en la concurrencia de dos delitos, el hurto y la coacción siempre que se cumpla la conexión funcional entre

¹²³ La formulación correcta y precisa de las normas de comportamiento que se encuentran detrás del hurto y coacción es un esfuerzo importante que debe ser realizado para una interpretación y aplicación correcta del tipo de hurto, de coacciones y de robo. Este trabajo sólo pretende abrir la puerta y evidenciar la necesidad de realizar ese análisis con posterioridad.

ambos delitos.¹²⁴ La exigencia de esta última conexión fungiría como un requisito de punibilidad que sujetaría la realización conjunta de ambos delitos a una regla específica de penalidad, la dispuesta por el artículo 436. Esto es así ya que no puede decirse que la realización de la conexión de funcionalidad lesione un bien jurídico determinado fuera de los ya protegidos por las normas de comportamiento del hurto y de la coacción. Esta conexión de funcionalidad tiene relevancia, en cambio, para determinar el conjunto de casos en que la realización de ambos delitos se somete a dicha regla y entender cuál es la fundamentación del tratamiento diferenciado que reciben en nuestro código.

2.6. El artículo 436 como regla específica de penalidad de concursos.

Según lo señalado, las instancias de realización del robo como hecho punible se corresponden con un conjunto de determinados concursos entre los delitos de hurto y coacción, en que el artículo 436 se impone como la

¹²⁴ Ver *supra* 2.3.

norma de sanción penal que da resolución a esos concursos frente a las reglas generales aplicables.

La pregunta que sigue a continuación, refiere a qué casos de concurso se encuentran sancionados por dicha regla de penalidad. O sea, qué casos de la ejecución de un delito de hurto y uno de coacción,¹²⁵ deben ser sancionados por la regla del artículo 436 y no por las reglas generales de concursos de hechos punibles (ya que tanto el hurto, como las coacciones por amenazas y violentas son tres hechos punibles en sí mismos¹²⁶). Esto dependerá de las reglas de punibilidad que contemple la regulación del robo, es decir, de reglas que determinen qué comportamientos son punibles bajo dicha regla y cuáles no.

Los criterios para identificar qué casos se encuentran regulados por la pena establecida en dicho artículo, están dados por la conexión funcional

¹²⁵ Aquí debe entenderse, delitos de hurto y coacciones cometidos por una misma persona y antes de que, por cualquiera de ellos, se condene al autor por sentencia definitiva. Esto es lo que caracteriza el fenómeno de reiteración delictiva frente al de reincidencia. Para una explicación más detallada, ver MAÑALICH, Juan Pablo. La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena. *Política Criminal* 10(20):498-527. 2015. p. 505.

¹²⁶ Este análisis es ciego respecto a qué exigencias de los tipos de hurto, coacciones violentas o coacciones mediante amenazas son exigencias de punibilidad bajo los artículos respectivos y cuáles son circunstancias específicamente delictivas. Dado que las reglas generales de concursos, refieren a concursos de hechos punibles (no de delitos), este análisis respecto al artículo 436 como regla de penalidad específica para ciertos concursos debe ser matizada y enriquecida posteriormente con la individuación correcta de cada una de las normas de comportamiento respectivas.

entre las coacciones y el hurto que ya fue tratada.¹²⁷ El hecho que dicha conexión haya sido descrita como una que sirve tanto a la consumación del delito como al agotamiento del injusto del hurto, es que los casos de concurso entre hurto y coacción que serán sancionados por la norma de sanción penal del robo, serán determinados casos de concurso real o medial entre el hurto y la coacción.

En cuanto al concurso real, sólo se incorporarían entonces casos de concurso entre el hurto y la coacción violenta o mediante amenazas, si ésta última cumple dos condiciones: primero, ser funcional al agotamiento del injusto de hurto o funcional a la comisión del hurto sin que sea un medio necesario para ello (en caso de ser medio necesario, reconoceremos en cambio un concurso medial) y segundo, ser una coacción “grave” según fue desarrollado en su momento.¹²⁸ Estos casos, a pesar de ser funcionales a la agotamiento del injusto, no caerían dentro de un concurso medial precisamente porque no contribuye a la consumación del hurto¹²⁹. Por

¹²⁷ Ver *supra* 2.3.

¹²⁸ Ver *supra* 2.2.

¹²⁹ El artículo 75 del Código Penal señala que “(L)a disposición del artículo anterior [referida al concurso real] no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno

último, si la coacción es medio para su consumación, pero que no uno de carácter, no lo será por esta última característica.

En estos casos entonces, en vez de someter el concurso real de delitos a las reglas generales de penalidad de concursos de hechos punibles, se somete a la del artículo 436, como regla de penalidad especial de concursos. El artículo 436 resulta ser una regla especial más severa que el régimen general, porque impide que se condene por una pena menor a la pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es una pena de presidio de cinco años y un día. El régimen general de penalidad para casos de concurso real dispuesto en el artículo 74 del Código Penal prevé un régimen de acumulación material de las distintas penas al señalar que habiendo sido cometidos dos o más hechos punibles por una misma persona “se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.” Así, considerando que la pena señalada para el robo en su modalidad más grave, esto es, en el caso en que el autor sustraiga una especie cuyo valor supera las cuarenta unidades tributarias mensuales, es de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años de presidio) y que la pena

de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave”.

considerada para la coacción mediante amenazas de mal constitutivo de delito (la más grave) es también de presidio menor en sus grados medio a máximo, la aplicación más benigna de dichas reglas bajo la norma de la acumulación material del artículo 74,¹³⁰ podría dar lugar a una condena por 2 años y 10 meses aproximadamente. Esa posibilidad, que está disponible incluso para el caso más grave de un concurso real entre el hurto y las coacciones, no existe si dicho concurso resulta sometido a la regla de penalidad especial del artículo 436, ya que el límite inferior de la pena establecida ya está fijado en 5 años y un día de presidio. Sólo en el caso en que se imponga el grado de la pena más grave tanto para la coacción como para el hurto, la pena aplicable siguiendo la regla del concurso supera al mínimo establecido para el robo,¹³¹ pero sólo en un año y sin la posibilidad, que sí existe bajo la aplicación del artículo 436, de condenar al autor por sobre esos 6 años y hasta los 10 años y un día. Por eso, podemos decir que

¹³⁰ Dado que el hurto y las coacciones no son delitos de la misma especie en el sentido del artículo 351 del Código Procesal Penal, no resulta aplicable el régimen de la acumulación jurídica dispuesto en él.

¹³¹ La aplicación del grado máximo tanto en el hurto como en la coacción, bajo la regla del artículo 74, conduce a la determinación de una pena de 6 años.

la regla del artículo 436 del Código Penal siempre producirá el efecto de agravar la responsabilidad del autor.¹³²

En el caso de un concurso medial entre el hurto y coacción, esto es, aquellos casos de concurso real en que una de las acciones (en este caso, la constitutiva de coacción) sirve de instrumento para la ejecución de la otra (del comportamiento constitutivo de hurto), el resultado es el mismo. Para este caso, sometido por disposición legal a la misma solución de un concurso ideal, el artículo 75 del Código Penal dispone un régimen de absorción agravada, señalando que “sólo se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave”. Es decir, la aplicación de la regla en un concurso medial entre una coacción (la más grave) y el hurto (en su modalidad más grave), exige la imposición de la pena de presidio menor en su grado máximo, esto es, una pena de presidio que va desde los tres años y un día hasta cinco años. Es decir, en este caso el artículo 436 también impide al juez determinar la pena entre los tres años y un día y los cinco años,

¹³² Este cálculo de las penas asociadas tanto al hurto como al robo con violencia en las personas está actualmente sometido a una discusión legislativa en el marco del proyecto de ley identificado periodísticamente como “agenda corta anti-delincuencia” y que corresponde al proyecto de ley boletín N° 9885-07.

posibilidad que sí existe para aquellos casos de concurso que se encuentren fuera del conjunto de casos a los que resulta aplicable el artículo anterior.¹³³

¿Cuál es la razón que existe para que los casos de concursos que resultan sometidos a la regla de penalidad del robo sean más graves que aquellos que no? Es una pregunta que bien puede deberse al frenesí punitivo del legislador frente a los fenómenos delictivos que vulneran la propiedad individual. Esa puede ser una respuesta de política criminal que además, es perfectamente coherente con la experiencia de nuestros días. Una respuesta dogmática, sin embargo, sólo podremos inferirla de la revisión de las reglas que definen el conjunto de casos que se encuentran bajo su aplicación. Así, parece ser que el legislador establece un especial reforzamiento de las normas de comportamiento que protegen la propiedad individual cuando, en el contexto de la lesión de este bien jurídico y con el propósito de hacer posible dicha lesión, se vulnera de una forma especialmente intensa la voluntad de otro (sea el custodio un tercero o la víctima).¹³⁴ Así, ante

¹³³ Eso sólo para el caso que se condene por el grado mínimo de la pena establecida en el artículo 436. De imponerse una pena al autor en el grado máximo, la aplicación del artículo 436 impediría la condena por todo el intervalo que va desde los 5 años y un día hasta los 15 años.

¹³⁴ Aquí se puede citar a Bascañán, respecto al robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación y luego el homicidio.

cualquier medio que pueda servir a la realización de la sustracción mediante apropiación, se castiga más severamente cuando dicho medio está constituido por la trasgresión de una voluntad expresada actualmente del custodio.

CAPÍTULO III. EL ROBO CON HOMICIDIO COMO HURTO.

3.1. El robo con homicidio como concurso entre homicidio, hurto y coacción.

Luego de lo concluido en los capítulos anteriores, estamos en posición ahora de revisar cuál es la naturaleza específica del robo con homicidio.

En primer lugar, se ha señalado que todo robo con homicidio es un robo y un homicidio, y que no cualquier vinculación de ambos admite ser sancionada bajo el artículo 433 N° 1. Entre estos se encontrarán los casos en que el homicidio sea cometido con motivo del robo, esto es, aquellos en que el homicidio ocupe una posición de instrumento respecto del robo y aquellos en que el homicidio sea realizado en el contexto de aquel.¹³⁵

¹³⁵ Ver *supra* capítulo I.

Por otro lado, mediante el análisis del robo se llegó a la conclusión de que el robo es siempre una conjunción entre el hurto y la coacción violenta o mediante amenazas. Se caracterizó al robo como un hecho punible que reúne los delitos de hurto y coacción, cuya penalidad está dispuesta por una norma especial, que se impone frente a las reglas generales que, de otra forma, sancionarían la realización conjunta de ambos hechos punibles. La conexión funcional entre dichos delitos, define los casos sometidos a esta regulación.¹³⁶

Atendida las conclusiones anteriores, es posible afirmar ahora que la estructura del robo con homicidio respondería a un hecho punible, que reúne a su vez los hechos punibles del robo y del homicidio¹³⁷, y que resulta sancionado por una regla de penalidad especial según si se cumplen las condiciones de punibilidad establecidas por la regla de sanción. Las reglas que disponen la aplicabilidad de la pena establecida, exigen que se realice el hecho punible robo¹³⁸ y que entre éste y el homicidio exista la conexión que

¹³⁶ Ver *supra* 2.3.

¹³⁷ Los que, sin la regla del artículo 433 N° 1, serían castigados por las reglas generales del artículo 74 y 75 del Código Penal.

¹³⁸ Esto significa que se realice un delito de hurto y de coacción (ya sea mediante violencia o amenazas) y que se cumpla la conexión de funcionalidad como condición de punibilidad.

representa la frase con motivo u ocasión.¹³⁹ Es decir, el artículo 433 N° 1, que sanciona el robo con homicidio, sería una regla de sanción para un concurso de tres delitos que exige dos cosas para su aplicación: que exista un específico concurso de delitos entre el hurto y la coacción (un concurso de delitos que, como hecho punible, equivale a un robo) y que con motivo u ocasión de ese concurso, se sume el delito de homicidio.

El conjunto de casos que podrán ser sancionados según esta regla de penalidad especial está determinado por aquellos en que con motivo u ocasión del robo, se realice un homicidio. Como ya hemos señalado, dichos casos corresponden a aquellos en que el homicidio es realizado como instrumento para realizar o consolidar la apropiación (homicidio con motivo del robo) y casos en que el homicidio es realizado en el contexto de realización de un robo (homicidio con ocasión del robo).¹⁴⁰

De lo anterior, se deduce que los concursos de hechos punibles entre el robo y el homicidio que son sometidos a la regla del artículo 433 N° 1, son algunos casos de concurso real y de concurso medial. En cuanto a los

¹³⁹ Ver *supra* 1.3.2 y 1.3.3.

¹⁴⁰ Ver *supra* 1.3.2. y 1.3.3.

casos de concurso real, estos estarán dados por aquellos homicidios realizados con ocasión del robo y aquellos realizados con motivo que hayan servido para la consolidación de la lesión a la propiedad o a la consumación del robo mientras no sea considerado como un medio necesario.¹⁴¹

Por otro lado, y respecto al concurso medial, éste estará dado por aquellos casos en que el homicidio es realizado con motivo de la comisión del robo, siendo el primero un instrumento necesario para cometer el segundo, esto es, cuando haya servido como un mecanismo especialmente intenso de supresión de la capacidad física de formarse una voluntad o dar expresión de ella o cuando haya servido como un instrumento para causar en terceros una impresión apta para alterar la capacidad del custodio de decidir conforme a una intención. El resto de los casos de concurso real o medial, que no cumplan con estos requisitos, se sujetarán a las reglas generales de concursos de hechos punibles establecidas en los artículos 74 y 75 del Código Penal y en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

¹⁴¹ En el caso en que el homicidio sirva como instrumento a la consumación del robo y el primero sea un medio necesario para cometer este último, el concurso deberá ser calificado como concurso medial.

Los concursos de hechos punibles sujetos al artículo 433 N° 1 resultan, por aplicación de dicha regla, más graves que los que se sancionan por disposiciones generales. Esto es así ya que la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, asignada al robo con homicidio por el artículo 433 N° 1, es siempre mayor a aquella resultante de la aplicación de las reglas generales de concurso. Así, si consideramos que la pena establecida para el robo está fijada en presidio mayor en su grado mínimo a máximo y que el artículo 392 dispone para el homicidio simple una pena de presidio mayor en su grado medio, un concurso real entre ambos podrá ser castigado con penas que vayan desde 15 años y dos días (en el caso más favorable) hasta 35 años de presidio (en el más desfavorable).¹⁴² Así, aunque el robo con homicidio permite una determinación judicial de la pena de 10 años y un día, condena que no puede ser impuesta siguiendo la regla de la acumulación material, también permite (en el margen superior) que el juez pueda determinar la pena en una de presidio perpetuo calificado. Esto significa la imposición de una condena

¹⁴² Para la determinación de la pena de un concurso real de hechos punibles entre el robo y el homicidio, resulta aplica la regla de la acumulación material establecida en el artículo 74 del Código Penal en tanto ambos, no son hechos punibles que lesionen el mismo bien jurídico tal como lo exige la aplicación de la regla de acumulación jurídica del artículo 351 del Código Procesal Penal.

de presidio de por vida y con restricción de solicitar la libertad condicional antes de los 40 años de privación de libertad efectiva o de que se le concedan al condenado beneficios carcelarios que impliquen incluso su salida temporal del recinto penitenciario en que se encuentre.¹⁴³

En conclusión, la regla del artículo 433 N° 1 es una regla que dispone una sanción más grave para ciertos casos de concurso real o medial entre el robo y el homicidio que, de otra forma, serían castigados en el marco de las reglas generales de concursos de hechos punibles.

3.2 El robo con homicidio como hurto.

Dado lo anteriormente dicho, todo robo con homicidio es necesariamente un hurto. Esto es, es necesariamente un ataque al bien jurídico propiedad a través de una apropiación mediante sustracción realizada por el autor sobre una cosa corporal, mueble y ajena. Dado que la aplicación de la sanción del robo supone la realización de una apropiación en estos términos y que la aplicación de la sanción del robo con homicidio,

¹⁴³ Así lo dispone el artículo 32 bis del Código Penal.

supone la aplicación de la regla de sanción del robo, es que todo caso que pretenda ser resuelto a título de robo con homicidio debe contemplar al menos la ejecución de un delito de hurto.

Lo segundo importante, es que no sólo requiere la existencia de un delito de hurto sino que pone su ejecución en el centro de la realización de los delitos de coacción y homicidio. La aplicación de la sanción del robo con homicidio requiere que, al mismo tiempo, pueda ser aplicada la sanción del robo con violencia o intimidación en las personas. Y no sólo eso, sino que requiere que el homicidio sea cometido como medio para, o en el contexto de, un robo (y no al revés).¹⁴⁴ Considerando que en la estructura del robo la ejecución del delito de coacción debe ser realizada como instrumento de ejecución o consolidación de la ejecución de la acción de apropiación propia del hurto,¹⁴⁵ es que la ejecución de la acción productiva de la muerte de otro propia del delito de homicidio siempre será instrumental o será realizada en el marco de la acción de apropiación mediante sustracción (y no al revés).

¹⁴⁴ Ver *supra* 1.3.2 y 1.3.3.

¹⁴⁵ Ver *supra* 2.3.

3.3 Una implicación de lo anterior: pluralidad delictiva.

Lo establecido en los dos numerales anteriores son conclusiones respecto a la estructura del tipo delictivo establecido en el artículo 433 N° 1, de los delitos cuya ejecución requiere para su realización y de la función que cumple dicho artículo como norma de sanción penal.

Sin embargo, la importancia del análisis es que tiene directa consecuencia en la aplicación de las reglas jurídico-penales de carácter general. Así, por ejemplo estas conclusiones tendrán relevancia para la aplicación de las reglas generales del *iter criminis* o de las agravantes específicas dispuestas para ciertos delitos, por ejemplo. Sólo para proveer un ejemplo de ello, se revisará cómo incide esta conclusión en la cuantificación en un determinado caso de los hechos punibles de robo con homicidio.

Supongamos el siguiente ejemplo:

“S fue “contratado” por P para ingresar al domicilio de la familia M, sustraer el máximo de especies y matar a todos los

integrantes que se encontraran en el domicilio. La mañana de los hechos, S se dirige al domicilio cargando un bolso, una cuchilla y una pistola e ingresa aprovechando la entrada de D quien, como cada mañana, viene en busca de su novia, N. En la puerta, ambos forcejearon durante unos minutos ante la presencia de N y su padre, encontrándose la madre y la abuela de N en el segundo piso de la casa. Finalmente y ante la incapacidad de impedir la resistencia de D, S le dispara y apuñala para luego escapar corriendo del lugar. Producto de las lesiones, D muere horas más tarde en el hospital.”

El caso anterior, es la simplificación de un caso que fue resuelto con sentencia condenatoria el 26 de febrero del año 2011 por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.¹⁴⁶ La sentencia condenó a los imputados por cinco robos con homicidio, uno en carácter de consumado y los restantes en carácter de frustrado.

Dejando fuera la discusión acerca de la corrección de condenar en carácter de frustrado (y no sólo en el de una simple tentativa, como parecería en principio más correcto¹⁴⁷), subsiste la pregunta por lo acertado de que el tribunal condenara a los imputados por cinco realizaciones imputables de robo con homicidio. Es decir que al momento de cuantificar los hechos punibles de robo con homicidio, el tribunal haya identificado cinco de ellos. Este será el problema que será analizado en lo que sigue.

¹⁴⁶ 3° TJOP de Santiago. 26.2.2011. RIT 136-2010.

¹⁴⁷ Este es un problema que requiere un análisis por separado.

El conflicto se presenta al existir en un caso una acción de apropiación mediante sustracción acompañada de varias acciones de coacción o varias acciones de producción de la muerte de otro, todas ellas realizadas en relación al hurto en los términos descritos en este trabajo.¹⁴⁸ En dicho contexto se abre la pregunta, ¿la pluralidad de acciones de coacción o de producción de la muerte de otro, puede determinar el número de veces que se aplica la regla del artículo 433 N° 1?

Tal como se ha señalado, es el comportamiento constitutivo de hurto, y el atentado contra la propiedad que éste representa, el que se encuentre en el centro de la realización imputable de un robo con homicidio.¹⁴⁹

La respuesta es que sólo la cantidad de veces en que se ejecuta un delito de hurto puede determinar el número de veces en que deberá aplicarse el artículo 433 N° 1.¹⁵⁰ Ningún otro delito, ni el de coacción ni el de homicidio.

¹⁴⁸ Si no fueran funcionales a la acción de apropiación, ya en principio se desestima la aplicación de la regla del artículo 433 N°1 por no cumplir con las reglas de penalidad que establece la exigencia de una conexión funcional entre ambas, ver en *supra* 1.3.2 y 1.3.3.

¹⁴⁹ Ver *supra* 3.2.

¹⁵⁰ Así, por un lado, Enrique Gimbernat ha señalado: “La doctrina dominante de que cuando se produzca un robo con varios homicidios solo uno de los delitos contra las personas forma el complejo,

La respuesta está fundada en la finalidad de la norma de sanción del artículo 433 N° 1, que sanciona infracciones contra los bienes jurídicos propiedad, libertad personal y vida humana independiente en una determinada relación en la que, como ya se ha dicho, la infracción a la propiedad ocupa un rol principal. La afectación de los bienes jurídicos de la libertad personal o la vida humana sólo son relevantes para la regla del artículo 433 N° 1, en tanto son funcionales para, o se encuentran en el contexto de, la ejecución o consolidación de la afectación de la propiedad de otro. Esta relación es la que determina el mayor desvalor que representan los casos regulados por el artículo 436, frente a otros concursos entre el hurto y las coacciones o por el artículo 433 N° 1, frente a otros casos de concursos entre robo y homicidio.

Habiendo una sola acción de apropiación mediante sustracción, sólo existe la posibilidad de que podamos reconocer una vez el mayor desvalor

entrando los demás en concurso con éste como simples homicidios (o asesinatos), ha de ser rechazada: el que injuria a tres personas en el mismo número de un periódico responde de tres injurias por escrito y con publicidad y no de una por escrito y con publicidad en concurso con dos sin cualificar. Por consiguiente, todas las muertes que hayan servido de medio para sustraer constituirán un delito independiente de robo con homicidio.” GIMBERNAT, Enrique. *op. cit.* p. 436. Por otro, Alfredo Etcheberry ha afirmado que, en el caso de varios homicidios cometidos en relación funcional con el robo, existe sólo un tipo de robo con homicidio cuya penalidad será determinada de acuerdo al artículo 69 del Código Penal, el que dispone que el tribunal dispondrá la pena aplicable de acuerdo a la entidad del mal causado. ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* p. 341 De esta misma opinión es OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 315.

de la relación de funcionalidad entre la acción de apropiación y la de coacción o la de producción de la muerte de otro.¹⁵¹ Así por ejemplo, si para la obtención de una cosa ajena se coacciona a 10 personas, mediante el ejercicio de violencia o intimidación en las personas, se realiza sólo una acción de sustracción, sólo ha habido una vez en que se ha verificado la relación de funcionalidad que exige la aplicación de la regla de sanción del robo, ya que sólo fue realizada una acción de apropiación mediante sustracción. Así también sucede con la regla del artículo 433 N° 1. Si en el marco de la ejecución de sólo una acción de apropiación, en la que se utiliza como medio de contradicción de la voluntad de otro la violencia o intimidación, se ejecuta la muerte de 10 personas como medio para ejecutar una u otra acción, será posible reconocer sólo una vez la conexión de la que depende la aplicación de la regla; sólo una vez se realizará una apropiación mediante sustracción en la que se hayan utilizado mecanismos de contradicción de la voluntad del custodio tan intensas como la supresión de

¹⁵¹ Así parece reconocerlo Pablo Sánchez Ostiz: “El robo violento se basa en la idea de una peculiar forma de violencia, la que adquiere el sentido de ser “de apoderamiento”, de ruptura de la relación de tenencia de la cosa por anular la capacidad de voluntad del poseedor. Por esta razón, la que exceda del apoderamiento, o la que se dé además de éste (antes, con ocasión, etc.), deberá sancionarse aparte como delito contra el bien jurídico en cuestión en cada caso.” SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *op. cit.* p. 250.

la existencia de otro o del mismo custodio o en que se haya aprovechado el contexto del robo para realizar un homicidio.

En conclusión, la cantidad de acciones de apropiación mediante sustracción determinará la cantidad de veces en que puede ser aplicada la regla del artículo 433 N° 1 así como la regla del artículo 436.

El segundo paso es preguntarse por cómo se sancionarán entonces los demás delitos de coacción u homicidio. Porque aunque la pluralidad de las acciones que realizan dichos delitos no puede fundar una pluralidad de aplicaciones de las reglas de sanción del robo o robo con homicidio, también es cierto que el desvalor de dichos delitos no se agota en la relación de funcionalidad entre estos y el delito de hurto.¹⁵²

Ciertamente, cada víctima de homicidio supone la realización de una acción productiva de la muerte de otro, aunque dichas acciones sean producidas en unidad de hecho. Cada producción de un resultado de muerte

¹⁵² Otro sector de la doctrina, pese a estar de acuerdo con que sólo se realiza un tipo de robo con homicidio, ha resuelto el plus de injusto de los homicidios adicionales, a través de la aplicación del artículo 69 del Código Penal. Así, Alfredo Etcheberry señala: “Si se cometen varios homicidios, el delito siempre es único, y la mayor extensión del mal sólo se hace sentir a través del Art. 69... Estimamos, con Núñez, que el núcleo del delito sigue siendo la apropiación, de modo que la pluralidad de homicidios no basta para multiplicar el delito, si la apropiación sigue siendo única”. ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* p. 341 De esta misma opinión es OLIVER, Guillermo. *op. cit.* p. 315 y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *op. cit.* p. 371.

conlleva en sí el desvalor del delito de homicidio, sin que sea razonable asumir que la aplicación del artículo 433 N° 1 conlleva en sí el desvalor de múltiples muertes producidas en el contexto de un robo. Lo mismo puede decirse de la aplicación regla de sanción del artículo 436 ante la realización de múltiples acciones de coacción.

En este contexto, una correcta aplicación del derecho exigiría castigar al autor no sólo de acuerdo a la regla del artículo 433 N° 1 o del 436, sino que además por los demás delitos cometidos en unidad o pluralidad de hechos y de acuerdo con las reglas generales de concursos de hechos punibles. Sólo así se expresa correctamente el reproche por el desvalor de las acciones cometidas por el autor.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha pretendido revisar la estructura del robo con homicidio con el objeto de determinar si siempre en todo caso sería un hurto, comprendiéndolo por tanto fundamentalmente como tipo de apropiación.

Para ello, en primer lugar, se ha realizado un análisis del robo con homicidio como robo, atendiendo a las objeciones que se han levantado desde la doctrina para señalar que no siempre un robo con homicidio sería un robo o, de serlo, no necesariamente sería su objeto principal. Producto de dicho estudio, se pudo concluir que el robo con homicidio es siempre un robo y su realización siempre tiende a él.

A continuación, se llevó a cabo el análisis del robo como tipo delictivo. Allí se desarrolló al robo como un tipo pluriofensivo y complejo, compuesto por los injustos del hurto y de la coacción. Como conclusión,

derivada de la conexión funcional que se exige de la coacción respecto del hurto, se afirmó que todo robo es siempre y principalmente un hurto. Finalmente, se caracterizó la realización imputable del robo como un hecho punible que reúne en todo caso la realización de los delitos del hurto y la coacción y al artículo 436 como una regla de penalidad especial que agrava específicos casos de concursos entre los hechos punibles hurto y coacción.

Por último, y como consecuencia, se arribó a la conclusión de que todo robo con homicidio es siempre y principalmente un hurto. Así, se caracterizó la realización imputable del robo con homicidio como un hecho punible que supone la realización de los hechos punibles robo y homicidio y a la regla del artículo 433 N°1 como una regla de penalidad que agrava, en comparación con las reglas generales, los concursos sometidos a su aplicación. La utilidad práctica de lo anterior fue probada a propósito de un problema discutido actualmente por la doctrina relativo a la pluralidad delictiva del homicidio. Al respecto se señaló, sólo la acción de apropiación mediante sustracción que realiza el delito de hurto es la que determina la cuantificación de los hechos punibles de robo con homicidio realizados en

un determinado caso, quedando los otros delitos de homicidio (o coacción, según el caso) sancionados bajo las reglas generales.

BIBLIOGRAFÍA

BASCUÑÁN, Antonio. 1994. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 47(3):191-306

- BASCUÑÁN, A. 1994. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 47(3):191-306.
- _____ . 2002. El robo como coacción. Revista de Estudios de la Justicia (1):55-125.
- CARRARA, F. 1996. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. 2ª ed. Bogotá, Editorial Temis Bogotá. Volumen IV.
- ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- GARRIDO, M. 2008. Derecho penal. Parte Especial. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV.
- GIMBERNAT, E. 1964. El comportamiento típico en el robo con homicidio. Anuario de derecho penal y ciencias penales 17(3):423-449

- GOMEZ, J. 1984. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, Editorial Civitas. 624 p.
- HRUSCHKA, J. 1999. La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción. Anuario de derecho penal y ciencias penales 52(1-3):451-466.
- JAKOBS, G. 1995. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid, Editorial Marcial Pons. 1113 p.
- KINDHÄUSER, U. 1999. La apropiación en el hurto: objeto y límites. Revista del poder judicial (54):139-164.
- LUPER, S. 2007. Mortal Harm. The Philosophical Quarterly 57(227): 239-251.
- MAÑALICH, J. 2006. El “hurto-robo” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. Revista de Estudios de la Justicia (1):65-93.
- _____ . 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Revista de Estudios de la Justicia (12):165-184.
- _____ . 2011. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. Revista de Derecho 24(1):87-115.

- _____ . 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista Ius et Praxis* 20(2):21-70.
- _____ . 2015. La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena. *Política Criminal* 10(20):498-527.
- MERA, J. 1995. *El hurto-robo*. Santiago, Editorial Jurídica Conosur. 181 p.
- _____ . 2010. Delitos contra la propiedad. Revisión crítica y propuestas de reforma. *Revista de Estudios de la Justicia* (13):51-75.
- OLIVER, G. 2013. *Delitos contra la propiedad*. Santiago, Legal Publishing. 591 p.
- LECCIONES DE DERECHO PENAL. Parte especial. 2005. Por Sergio Politoff “et al”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 613 p.
- RODRÍGUEZ, L. 2009. El robo con homicidio. *Revista de Estudios de la Justicia* (11):131-151.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. 2001. Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio. *Revista de Derecho* (2):241-251.

- SOLER, S. 1992. Derecho Penal Argentino. 10ª Reimpresión. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. Tomo IV.

- TRATADO DE DERECHO CIVIL. Partes preliminar y general. 1998. Por Arturo Alessandri “et al”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.

- TORÍO, A. 1982-1983. La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio. Estudios penales y criminológicos (7):449-475.

- VIVANCO, J. 2009. El delito de robo con homicidio. 3ª ed. Santiago, Legal Publishing. 81 p.

- WELZEL, H. 1967. Das Deutsche Strafrech. 10ª ed. Berlín, Walter de Gruyter. Trad. Juan Pablo Mañalich.