



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO.
MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.
SEDE CURICÓ.

“ROBO CON HOMICIDIO, ANÁLISIS HISTORICO Y LEGAL, CON ENFASIS EN LA
AUTORÍA MEDIATA, INDUCCIÓN Y EL EXCESO DE DOLO DEL COAUTOR ”.

AUTOR: AUGUSTO SANTIS POBLETE.

RUT :13.596.726-2.

PROFESOR GUÍA: MIGUEL SOTO PIÑEIRO.

CURICÓ, JULIO DE 2017

INDICE

Introducción.....	1
Capítulo I: Análisis del delito de robo con homicidio, evolución histórica, legal y tratamiento normativo.	
1.1.- Regulación normativa previa a la codificación.....	5
1.2.- Situación normativa y jurisprudencial posterior a la codificación.....	7
1.3.- Proyectos de código penal.....	14
1.4.- El robo como coacción - ¿Posible restructuración del tipo penal de	16
Capítulo II: Caracterización del delito en la legislación nacional.....	19
2.1.- Generalidades en torno a su regulación en el código penal.....	19
2.2 Carácter complejo del delito.....	21
2.3.-Análisis de la exigencia objetiva y subjetiva.....	22
2.4.- Análisis de la exigencia del nexo ideológico.....	24
Capítulo III: La coautoría en el robo con homicidio.....	27
3.1.- Alcances de la coautoría bajo el prisma del artículo 15 del código penal chileno.	31
3.2.- Requisitos de la coautoría.....	37
3.3- El exceso de dolo del coautor y criterios de nuestros tribunales respecto del exceso de dolo del coautor.....	41
Capítulo IV: Autoría mediata e inducción.....	50

4.1.-Concepciones respecto del autor mediato y del inductor en la doctrina nacional y comparada.....52

4.2.- Criterios de nuestros tribunales respecto del exceso de dolo del inducido.....59

Conclusiones.....65

Bibliografía.....69

RESUMEN.

Esta actividad formativa equivalente a tesis, tiene por tema central el análisis del delito de robo con homicidio, tipo penal, cuya alta pena asignada, permite ser categorizado, como uno de los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico, en tiempos pretéritos, podía incluso alcanzar la pena de muerte.

Su evolución en nuestra legislación positiva, las principales características, la elaboración dogmática en torno al tipo penal indicado y requisitos exigidos, para la configuración de un delito de carácter complejo, compuesto por más de una acción típica, son algunos de los tópicos respecto de los cuales se referirá esta actividad formativa equivalente a tesis.

Es aspecto relevante en la figura típica de robo con homicidio, la situación de los autores del delito, en caso de configurarse una coautoría. Con este fin deberemos recurrir a las modernas teorías elaboradas en torno a la definición de la coautoría, siendo de especial importancia la teoría del dominio del hecho, elaborada por Roxin.

Teorías constitutivas del marco teórico, que permitirán analizar la situación de quienes siendo coautores en la comisión del delito se han excedido en el dolo, es decir, han actuado más allá del acuerdo o finalidad inicial. La situación de éste, los otros coautores y el tratamiento que nuestros tribunales les han otorgado, será materia de análisis de esta actividad formativa equivalente a tesis.

ABSTRACT

This work has as central topic the robbery with homicide crime analysis, penal type has been categorized as one of the most serious of our legal system, even being in past times penalized with capital punishment.

The evolution of this typical action into our statutory law, across the time, its main characteristics, its dogmatics development and the requirements for configuration of a complex nature crime, consisting of more than one typical action, are some topics of this thesis.

Even more, if there are several perpetrators, we refer to modern theories developed about the joint-authorship definition, especially control in the act theory devised by Roxin. These theories constitute the theoretical framework, allow us to analyze the situation of those being co-authors, in the commission of this crime has exceeded the intent, that is, they have acted beyond the original agreement or intent or purpose. The status of this one and his coauthors and the treatment that our courts has given them, will be jointly analyzed in this thesis.

PALABRAS CLAVES.

ROBO CON HOMICIDIO, EVOLUCIÓN, EXIGENCIAS, COAUTORÍA, EXCESO DE DOLO

INTRODUCCION

El robo con homicidio constituye uno de los delitos más graves de nuestro ordenamiento jurídico penal, en atención a la alta pena asignada. No sólo constituye un atentado contra dos bienes jurídicos fundamentales cuales son la vida y la propiedad - o debiera decirse la propiedad y la vida-, sino también, constituye una de las poquísimas figuras que tiene asignada la pena máxima que nuestra legislación penal - no militar- contempla, asignándosele, en abstracto, como máximo, la pena de presidio perpetuo calificado.

Para abocarse a lo que dice relación con la autoría mediata, la inducción y del exceso de dolo del coautor en este delito, se debe previamente, determinar el alcance de figura compleja que le reserva el código penal a este delito, en su artículo 433 número 1, resultando una figura diferenciada respecto del Robo con Violencia e Intimidación del Artículo 436 del mismo cuerpo normativo.

Se busca en la presente actividad, determinar la procedencia de atribuir responsabilidad penal, ya sea situando al dolo en el aspecto subjetivo o en el juicio de reproche, en quienes concertados para un robo con violencia, se ven comunicados por la acción del coautor, que se excede y mata a la víctima con motivo u ocasión del robo, debiéndose detener el análisis en las exigencias de la vinculación ideológica entre el robo y el homicidio, especialmente en relación con la intención positiva de inferir injuria o daño a otro.

Estimo prudente, previo al análisis dogmático y jurisprudencial específico de los tópicos seleccionados, a la luz de su carácter de complejo, describir y analizar este peculiar tratamiento, tanto en su faz objetiva como subjetiva, en cuanto a las exigencias del tipo atribuibles a los sujetos activos, todo lo cual no se puede realizar sin entender la evolución de este delito desde su génesis, incluyendo el periodo previo a su codificación, hasta la última reforma de la ley 13.303, que lo muta en definitiva, de ilícito calificado por el resultado a un delito complejo de resultado.

La importancia de los análisis previos en torno a la figura penal propiamente tal, propuesta descriptivamente en el párrafo anterior, descansa en el diverso tratamiento dogmático resultante, en cuanto al dolo necesario para determinar responsabilidad criminal, que le puede corresponder al coautor en un delito complejo de resultado, como está establecido actualmente, en comparación a lo que respecta a un delito calificado por el resultado, como en su redacción primitiva, pues en el escenario actual, efectivamente se requiere que la culpabilidad del autor o coautor según corresponda,

abarque la totalidad de la acción típica del “ robar matando”, tal como lo indicaba el profesor Jaime Vivanco en su brillante monografía de 1957¹.

Sin perjuicio de tan célebre autor, se citará en aspectos puntuales la teoría de don Antonio Bascuñán Rodríguez, que considera al robo como coacción. Dicho enfoque, de reciente data, reconoce al robo como un delito complejo y pluriofensivo, siendo, atendida su alta penalidad, un crimen de coacción, con medios de comisión de especial gravedad, de los cuales se espera un mal grave e inminente, que suprime la capacidad de acción personal de la víctima, cuyo carácter injusto no deriva del peligro concreto que este produce para la vida o la integridad física, sino que del hecho de que, por ser un crimen de coacción, lo que se afecta en definitiva es la libertad personal, mas no la propiedad o la vida e integridad física².

Asimismo, será de importancia citar la jurisprudencia anterior a la modificación legal, que no exige la presencia de dolo por parte del autor en este delito y su comunicación ideológica en relación al homicidio, bastando la ocurrencia de este resultado, con independencia de la voluntad de realización, analizarlo, en contrapunto con la jurisprudencia producida con posterioridad a esa fecha, para permitir dilucidar la existencia de resabios de la calificación por el resultado o de la aplicación derechamente del “ *Versare in re ilícita*”, que incluso puede ser una norma contraria al principio de culpabilidad, atentatorio además a un precepto de carácter constitucional, como lo es, el artículo 19 número 3 inciso quinto de nuestra carta fundamental.

Tal como señala el Profesor Argentino Alexis Leonel Símaz, la casación Chilena de principios del Siglo XX, sostuvo que concertados los reos para cometer el robo con violencia en las personas, si de la misma resulta una muerte, son responsables todos, aunque algunos no hayan participado en la muerte³.

Igualmente el profesor Etcheberry, en su Obra “El Derecho Penal en la Jurisprudencia” , señala que la corte suprema en fallo contra Manuel Ibáñez Soto, afirma que la sanción establecida para el robo con homicidio se aplica cuando se ha producido un homicidio con motivo u ocasión del robo, desde que este se encuentra en grado de tentativa, exigiéndose solo una relación entre ambos delitos, “cualquiera que ella sea”, y se agrega que es “ Un Principio universalmente aceptado en derecho que quien ejecuta un acto ilícito es totalmente responsable de todas las consecuencias previsibles que de él se deriven”⁴.

¹VIVANCO Sepúlveda, Jaime. El Delito de Robo con Homicidio. Santiago, LexisNexis, 2007. p.94.

² BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. El Robo como Coacción. Revista de Estudios de la Justicia. número 1,2002.p.5.

³SIMAZ, Alexis. El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo. Buenos Aires, Editorial Ad. Hoc, 2002. p.257.

⁴ETCHEBERRY Orthustegui, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002, Tomo II. p.514

En este contexto y a la luz de las reflexiones del profesor Guzmán Dalbora, que cita en su texto al profesor Claus Roxin, se puede señalar que los elementos objetivos de la coautoría, consiste en que varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones), de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo, como asimismo el acuerdo recíproco de voluntades y dependiendo de la complejidad del proyecto criminal, un plan que lo articule⁵. Así las cosas, resulta necesario determinar el alcance de la culpabilidad y más específicamente del dolo, respecto de las personas que concertadas para sustraer con ánimo de lucro una especie, de propiedad de un tercero, se ven comunicados por el dolo homicida de su coautor, que se extralimita del plan netamente sustractivo trazado, con anterioridad.

En el mismo sentido, el caso del autor mediato de un robo con violencia e intimidación que, por decisión del autor ejecutor, se transforma en un homicidio, producido con motivo, y generalmente, con ocasión del robo.

La coautoría, implica que todos quienes participan (coautores) tienen un propósito común y un plan de ejecución en conjunto, pero puede ocurrir que al concretar el hecho, algunos de ellos sobrepase lo pactado, surgiendo como cuestión crucial a resolver, si los demás coautores deben responder de ese exceso no considerado por ellos dentro del modus operandi convenido. La respuesta de la doctrina es que si uno de los correalizadores sobrepasa ostensiblemente lo proyectado, la responsabilidad de los coautores se limita exclusivamente a lo comprendido en el acuerdo previo; respondiendo por el exceso, sólo quien lo provocó, tal como lo señala Mario Garrido Montt, en su obra *“Etapas de ejecución del delito, autoría y participación”*.

En este punto, como sostiene Mañalich, “Independientemente de cuan estricta o latamente se interprete la exigencia del concierto previo, lo distintivo de la coautoría es la presencia de una relación de representación recíproca que haga interpretar la conducta aislada de cada uno de los intervinientes como una conducta que al mismo tiempo cuenta como acción de cada uno de los demás”⁶.

Por otra parte, tratándose de los cómplices, lo que caracteriza su actuar es que estos, a pesar de participar de un hecho ajeno, proceden de forma conjunta y coordinada; en efecto, como señalan acertadamente Politoff, Matus y Ramírez, “para que exista dicha participación se requiere una *convergencia* o *acuerdo de voluntades*(dolo común)”⁷, añadiendo, en el mismo sentido, “claramente no puede asimilarse tal acuerdo en forma completa al de la coautoría, pues los partícipes no

⁵ GUZMAN Dalbora, José Luis. *El Exceso del Coautor en el Robo con Homicidio*. Estudio y Defensas Penales. Santiago, Legal Publishing, 2009, p.482.

⁶MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. *Condiciones Generales de Punibilidad*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, (2) ,2005. p. 471 y ss.

⁷POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 422.

están en posición de querer (jurídicamente) la realización de un hecho que no depende de ellos, sino de la voluntad del autor”⁸.

De esta manera, y siguiendo los principios de participación en el hecho ajeno (accesoriedad, exterioridad, comunicabilidad y convergencia), se produce dicha coordinación, aunque siempre reconociéndose el poder decisivo del autor. De esta manera, “Sin acuerdo de voluntades solo hay responsabilidad individual”⁹. Su actuar, claramente, se aleja de lo perseguido por la voluntad del autor, la cual sirve de referente a los cómplices para su actuar.

Situando al dolo como elemento del injusto, se analizará la situación del no ejecutor, en el que su dolo comprende el homicidio en su prisma eventual, incluso bajo la tenue pero sustancial distinción con la culpa con representación, que ha hecho en muchas ocasiones jurisprudenciales, responder al no ejecutor de la muerte, por ese resultado no querido pero dudosamente aceptado, para lo cual se debe propender a una justificación o a una crítica dogmática a fallos jurisprudenciales que tienden a desentender la máximas garantistas en materia de coautoría, en que cada coautor sólo responde hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro, y que además desde la óptica subjetiva, implica que cada coautor responde por el obrar de los demás solo en el marco de su dolo .

⁸ Ibid, p. 423.

⁹ Ibid, p. 424.

CAPITULO I. ANÁLISIS DEL DELITO DE ROBO CON HOMICIDIO, EVOLUCION HISTÓRICA, LEGAL Y TRATAMIENTO NORMATIVO.

El delito de robo con homicidio, en tanto delito complejo, tiene un largo desarrollo histórico, y de acuerdo a lo investigado, se encuentran manifestaciones del mismo, en los primeros textos de nuestra tradición jurídica, en la España de la alta edad media, para luego plasmarse definitivamente tanto en el Código Penal español como en el chileno, y conforme al derecho español, terminar separándose en dos delitos distintos, para recibir –actualmente- el tratamiento del concurso que corresponda a cada caso en particular, distinto a lo regulado en nuestro país.

En este sentido el profesor Luis Rodriguez Collao, señala: “El Recurso de los denominados delitos complejos-categoría a la cual pertenece el robo con homicidio-es una técnica altamente desaconsejable particularmente por las dificultades interpretativas que generan y por acentuar las situaciones de falta de proporcionalidad que alberga el Código Penal. Tal vez por ello, varios de los ordenamientos que algún día acogieron un tipo similar o idéntico a nuestra figura de robo con homicidio ya no lo contemplan, permitiendo que el desvalor del atentado contra la propiedad y el desvalor de la muerte sean apreciados independientemente, como sucede en España, desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1995”¹⁰.

1.1.- REGULACIÓN NORMATIVA PREVIO A LA CODIFICACIÓN.

Hasta antes de la Codificación, en términos generales, seguían vigentes en Chile las disposiciones dictadas durante la colonia, pues revisados algunos textos legislativos del período aludido, se pudo verificar la vigencia y aplicación de la Partida VII del Rey Alfonso X El Sabio, de 1265, que “habla de todas las acusaciones y malfeterías que los hombres hacen, por las que merecen recibir pena”, en su título VIII, que trata de “Los homicidios”, luego de definirlo como “matamiento de un hombre”, expresa que “Homicidio es cosa que hacen los hombres a veces de manera injusta y a veces con derecho”. O sea y como primer elemento, es posible descubrir en esos primigenios atisbos legislativos, una referencia a la conducta y su tipicidad, que no se aleja mayormente de la tipificación del art 391 de nuestro actual código penal, pero

¹⁰ RODRIGUEZ Collao, Luis. Robo con homicidio. Revista de Estudios de la Justicia, número 11,2009.p.131.

más destacable aún, es que ya en esa etapa se hace referencia a la juridicidad o antijuricidad posible de esa conducta típica.

En el ámbito del delito estudiado, interesante resulta destacar, que en las partidas se distinguen tres categorías de homicidios, los cometidos a sabiendas, o los que denominaríamos hoy en día, homicidios dolosos, o que son ejecutados en forma deliberada, o sea, de manera “contraria a derecho”; la segunda categoría, referido a los homicidios justificados o en los que no existe antijuricidad; y la tercera categoría, los cometidos “con ocasión”, expresión a juicio del autor, está vinculada por lo menos en este texto, a la idea de los homicidios culposos y que cuando ha sido incorporada en los códigos ha generado graves problemas hermenéuticos, como veremos precisamente cuando abordemos en específico ésta temática, en que además, el término es extraído del tipo homicidio, para incorporarlo en el delito complejo de robo con homicidio, estrictamente como una de las posibles vinculaciones entre ambos atentados.

En la Novísima Recopilación de Leyes de 1805, En el Título XXI, “De los Homicidios y Heridas”, en su numeral 1, distingue entre homicidios legítimos e ilegítimos. Lo más interesante es el numeral 9, que sanciona al que “matare o hiriere a otro robándole en el camino”, encontramos en esta norma, el antecedente del delito estudiado.

En esta disposición, ya de manera directa, se vincula el robo con el homicidio, e incluso, podríamos indicar que se asimila a lo que los autores modernos señalan como el que robando mata, con la salvedad que en este caso también podría darse la hipótesis del que “matando, roba”¹¹.

La ley patria de 07 de agosto de 1849, dentro de las que se refieren al derecho de propiedad, destaca la ley de fecha 07 de agosto de 1849¹², que en su artículo 11 prescribe, “Comete robo el que quita alguna cosa mueble ajena, contra la voluntad de su dueño con violencia o fuerza hecha a la persona”. El artículo 17, dispone: “...Si la fuerza empleada consintiere en homicidio intentado, se aplicará la pena de este delito”. De esta forma, se establece una figura incipiente de robo con homicidio, pero en lugar de tratarlo como un delito complejo como se estableció en el Código finalmente, existe una suerte de “absorción” de la pena, por el peligro al bien jurídico que se considera de mayor valía respecto al atentado contra la propiedad, que es considerado de menor importancia¹³.

¹¹ DEL RIO Castillo, Raimundo. *Manual de Derecho Penal* Tomo I. Santiago, 1935, p. 304.

¹² *Ibid*, p. 305.

¹³ CARRASCO Ferrari, María. *Jurisprudencia sobre el Delito de Robo con Homicidio*. Memoria (para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1965, p.23.

1.2.- SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL POSTERIOR A LA CODIFICACIÓN.

El proceso emancipador, trae aparejada la idea de establecer cuerpos sistemáticos, ordenados, omnicomprensivos de toda un área del derecho. Tras algunos intentos fallidos, en 1856, el Gobierno encargó la tarea de elaborar un Cuerpo sistemático de normas penales a su Embajador en Bélgica, don Manuel Carvallo, quien presentó un trabajo parcial en 1859 y además tradujo el Código Penal Belga, cuyo texto traducido se publicó en 1868. Sin embargo, su obra no se vería coronada porque falleció sin terminarla¹⁴.

El 17 de enero de 1870, se crea una Comisión Redactora con la finalidad de elaborar un Código Penal para nuestro País. Si bien, la directriz general al momento de designarse la Comisión era tomar como base el Código Penal Belga, según se expresa en el Acta Número 1, porque “su precisión, claridad y sencillez, lo hacen superior a cualquier otro para servir como base o punto de partida en la reforma de nuestra legislación penal”; sin embargo, a propuesta del Comisionista Sr. Reyes, terminaría primando la idea de recoger la lógica y en recurrentes casos, artículos textuales, del Código Penal Español de 1850, utilizándose directamente los tipos penales del referido Código, el que además, contaba con la ventaja de tener un comentarista, como lo era Pacheco¹⁵.

En la sesión 90 (03 de junio de 1872), la Comisión acordó adoptar el sistema del Código español que llama hurto a la apropiación hecha sin violencia en las personas ni fuerza en las cosas, y robo, a la apropiación en que concurre alguna de esas circunstancias, criterio que se mantiene hasta el día de hoy¹⁶. Asimismo, consideró ambos delitos como esencialmente distintos, rechazando la idea de reputar al robo como una especie del género hurto, pues las circunstancias que se exigen a uno y a otro son muy diversas. Asimismo se adoptó conservar respecto de la pena de Hurto, el sistema de la ley patria que hace el castigo proporcional a lo hurtado, pero no en cuanto al robo, cuya gravedad no nace de la cuantía, sino de la especie de violencia con que se perpetró y de las circunstancias que acompañaron su perpetración¹⁷.

¹⁴RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel. Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, Edeval, 1974, p. 11.

¹⁵Ibid, p.17.

¹⁶ En efecto, en lo referente a la apropiación con fuerza en las cosas, “De ser un caso de hurto agravado, como lo era en la legislación patria, pasó a configurar el delito de robo con fuerza en las cosas, conceptual y sistemáticamente diferenciado tanto del hurto como el robo con violencia o intimidación en las personas”. BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 77.

¹⁷RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel. Op. Cit., p. 417.

En la Sesión 92 del 12 de junio de 1872, se aprobó la moción del Comisionado Rengifo, aprobándose el Art. 420, actual artículo 433 del Código Penal, en los siguientes términos, sólo indicándose el numeral 1, pertinente a la presente actividad.

Artículo 420 “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para facilitar su impunidad, será castigado con las penas de presidio mayor en su grado máximo a muerte, a elección del tribunal: 1° Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio”.

El mismo texto del Art. 420 aprobado por la Comisión, llegaría a ser ley con la publicación del Código, con modificaciones de contenido menores sufridas en su tramitación parlamentaria y en cuanto a su ubicación, quedando incorporado en el todavía vigente artículo 433 del Código Penal. Las modificaciones consistieron en que la pena asignada se iniciaría en presidio mayor en su grado mínimo y no máximo y se le suprimió la referencia a la elección del tribunal, en atención a que era el propio Código el que establece las reglas de determinación judicial de la pena.

Con esta inclusión legal, su texto quedó de la siguiente manera, sólo para efectos de la materia a regular; “Art. 433. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para facilitar su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte:

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

Asimismo, hemos de destacar que pese a ser la base de dicho proyecto el Código Español de 1850, este presenta una novedad significativa respecto de su fuente inspiradora, el aludido artículo 420, al señalar que, al momento de producirse alguna de las hipótesis calificadas de dicho delito, que “...la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para facilitar su impunidad...” es una referencia propia de nuestro Código. En efecto, “Esta fórmula aclaratoria de la extensión del ámbito típico del robo respecto de las posibles formas de relación entre el ejercicio de coacción y el apoderamiento de la cosa mueble ajena, no se encuentra en el Código Penal Español de 1850, como asimismo no existe constancia acerca de su origen en las Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora”¹⁸.

En esta evolución legislativa resulta del todo atinente mencionar la Ley del 3 de agosto de 1876, publicada con fecha 05 de octubre del mismo año en “*El Araucano*”, encontrándose apenas vigente el código penal. Esta norma perseguía contener el vandalismo de la época, aumentando las penas de los delitos contra la propiedad.

¹⁸ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p.79

En el ámbito que interesa, su artículo 3° estableció: “El culpable de robo o tentativa de este crimen será castigado con la pena de muerte, siempre que al mismo tiempo se hiciere reo de homicidio, violación u otra injuria grave contra las personas¹⁹”.

La redacción de este artículo originó varios problemas; por una parte, presentaba dificultades al momento de definir la relación que debe existir entre el robo y el homicidio, lo que no queda claro con la expresión “al mismo tiempo”; por otra, castigaba al delito consumado y a la tentativa, pero se omitió el delito frustrado.

La Ley 5.507 publicada el 09 de noviembre de 1934, dispuso que “El culpable de robo consumado o frustrado, o de tentativa de este delito, será castigado con las penas de presidio mayor en su grado máximo a muerte, si con motivo u ocasión del delito, se hiciere reo de homicidio, de violación o de alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, del Código Penal”.

Esta ley superaba los problemas técnicos, que supuestamente tenía la ley anterior, ya que sustituyó la expresión “al mismo tiempo”, por “con motivo u ocasión”, y además, incluyó la situación del delito frustrado²⁰.

Ley 11.625, publicada el día 4 de octubre de 1954, según señala don Manuel de Rivacoba y Rivacoba²¹, el Código Penal no recibió críticas, sino hasta mediados del siglo XX y esto producto de la Escuela Positivista que tardíamente había llegado a América. Siguiendo a dicho autor, hemos constatado que si la Comisión hizo algunos esfuerzos para salvar ciertos defectos que contiene el Código español de 1850, se cometieron muchos otros desaciertos con las modificaciones introducidas sin un estudio previo y profundo, de dicho código.

Estas críticas, hacen que se consagren normativamente los principios de culpabilidad, que inspirarán la ley 11.625, publicada el 4 de octubre de 1954.

En el mismo orden de ideas, don Luis Rodríguez Collao añade que “El propósito central de esta reforma como lo deja de manifiesto la historia del establecimiento de la ley en comento (11.625), fue hacer frente al incremento que por esa época, según los autores de la iniciativa, había experimentado el delito de robo, en el entendido que la mayor drasticidad redundaría en una disminución de los niveles de criminalidad”²².

Dichos objetivos se resumen en los siguientes aspectos fundamentales:

1.- Simplifica la regulación de las hipótesis calificadas o agravadas de robo: Ello se produjo “simplificando la detallada regulación originaria del código penal, que contemplaba cuatro numerandos en el art. 433 y dos incisos en el artículo 435, aumentando además las penalidades”²³. En efecto, se suprimieron los numerales 3 y 4 del artículo 433.

²⁰.CARRASCO Ferrari, María. Op. Cit. p., 12.

²¹ RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel. Op. Cit., p 23.

²² RODRIGUEZ Collao, Luis. Op. Cit. p., 133.

²³ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 80.

2.- Aumentó las penas de los delitos de robo con violencia o Intimidación en las personas, contemplado en el artículo art. 436; robo en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias previsto y sancionado en el artículo 440; y robo en bienes nacionales de uso público tipificado en el artículo 443.

Especial atención merece la modificación que sufrió la pena establecida para el tipo genérico de robo, artículo 436: “El texto originario del Código Penal establecía tres marcos penales diferentes de presidio (tres años y un día a diez años, quinientos cuarenta y un día a cinco años, sesenta y un día a tres años), atendiendo al valor de la cosa objeto del robo”²⁴. De esta manera, la modificación producida con la dictación de dicha ley estableció en su lugar una pena única de cinco años y un día a veinte años de presidio cualquiera que fuera el valor de la cosa objeto de robo²⁵.

Asimismo, estableció que se castigarían dichos delitos como consumados desde que se encontrasen en grado de tentativa.

La ley en comento conjuntamente con la descrita severidad punitiva, contemplaba una serie de medidas de carácter educativo y de rehabilitación para el delincuente, que nunca fueron implementadas por falta de recursos. La ley se mantuvo vigente solo en sus aspectos represivos, mas no en su fin rehabilitador²⁶.

Así, dentro de dicho contexto el artículo 433 estableció la siguiente redacción:

El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para facilitar 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 de alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1°.

Es menester, referirse a Ley 13.303 del 31 de marzo de 1959, pues dicha ley es de relevancia respecto al desarrollo del delito estudiado, pues hasta antes de su aparición, se discutía, siendo mayoritaria la postura de tratarlo como “delito calificado por el resultado”.

Para cierta jurisprudencia la respuesta era positiva. Ello se fundaba en que la disposición anterior prescribía y sancionaba “Con presidio mayor en su grado máximo a muerte cuando, con motivo u ocasión del robo, resultare homicidio, violación o de alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1²⁷”.

Como se dirá más adelante, es a partir de esta ley que dicho delito sería categorizado, tanto por la jurisprudencia y doctrina, como un delito complejo y no como

²⁴ Ibid, p. 80.

²⁵ Ibid, p. 80.

²⁶ Asimismo, dicha ley es criticable. Se sostiene que “La ley 11.625 no es más que un eslabón en la cadena de reacciones puramente simbólicas del legislador frente al robo que ha caracterizado la historia legislativa chilena”.

²⁷ RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel. Op. Cit., p. 184.

delito calificado por el resultado, siendo doctrinariamente estos últimos, aquellas figuras en que el sujeto es responsable de los resultados de su conducta, aun cuando ellos se hubieren producido sin su intervención dolosa o culposa, tal como acontece por ejemplo, con el artículo 474 inciso 3° del Código Penal, que expresa que, cuando a “consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas, que se hallaren a cualquier distancia del siniestro”. En estas figuras, el sujeto dolosamente ocasiona el incendio, pero las explosiones, ni menos, las lesiones y las probables muertes, le son “previsibles”²⁸.

A partir de la ley 13.303 queda de manifiesto, que en la figura estudiada hay dos atentados, vinculados entre ellos de manera subordinada al homicidio, respecto del robo, ya que aquel debe ejecutarse para facilitar u ocultar este último, y ya sea con motivo u ocasión del robo²⁹. En efecto, esta vinculación es de suma importancia, atendido el hecho que “la exigencia de esta relación final cumple una importante función restrictiva en el ámbito del robo con homicidio, permitiendo su delimitación en relación con el caso frecuente de la comisión de homicidio y hurto posterior”³⁰. Siguiendo dicha orientación, la redacción final de la disposición quedó de la siguiente manera: 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 medio a muerte, cuando con motivo u ocasión del robo se cometiere además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1.

2° Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día o se cometieren lesiones de las que trata el número 2 del artículo 397.

Como se ve, se reemplazó la expresión “resultare”, por “cometiere”, y se incorporó el vocablo “además”, para significar que aparte de cometerse el “delito de robo”, debía cometerse el “delito de homicidio”, lo que determinó la exigencia del requisito doloso concurrente en ambas conductas. La doctrina desde entonces se iría uniformando en orden a aceptar el dolo eventual en el homicidio y excluyendo evidentemente el caso fortuito o fuerza mayor, así como también, el homicidio culposo para configurar el delito complejo de robo con homicidio.

Debe considerarse, sin perjuicio de lo anterior, la tesis establecida por Antonio Bascuñán Rodríguez, que hemos mencionado y a la cual nos referimos más en detalle

²⁸ VIVANCO Sepúlveda, Jaime. Op. Cit., p.94.

²⁹ CARRASCO Ferrari, María. Op. Cit., p. 13.

³⁰ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p.85.

en un próximo apartado. A juicio de este autor “en la medida que la imprudencia sea una forma de imputación compatible con el principio de culpabilidad, no hay objeción sistemática que oponer a su inclusión dentro del ámbito típico del robo calificado”³¹. Sostiene para afirmar ello, que “si se parte de la base que la comisión imprudente de homicidio o lesiones graves requeriría en todo caso expresión en la determinación de la pena conforme al régimen de concursos, entonces es incluso más congruente con el principio de proporcionalidad incluir el supuesto de comisión imprudente en el robo calificado que dejarlo entregado a las reglas generales de concurso con el robo simple”³². Si bien dicha postura no se condice con la posición predominante al respecto, su aplicación reportaría un claro beneficio punitivo para el infractor.

De esta manera, hoy día se admite el delito de robo con homicidio, siempre y cuando el atentado contra la persona se produzca, según estima la mayoría de la doctrina, a propósito de dolo directo o eventual del agente, pues de no ser así, la solución adoptada consiste en separar ambos atentados para tratarlos como un concurso de delitos, por ejemplo, entre homicidio culposo y robo doloso, o incluso entre aquél y hurto (al excluirse el elemento violencia de este último).

Es preciso referirse a la Ley 19.734, de 5 de junio de 2001, debido a que derogó la pena de muerte de nuestro Código Penal, quedando el actual artículo 433 número 1 con la derogación de la expresión en su máximum de “Muerte”, como pena aplicable.

Durante la Evolución legislativa recién descrita, es importante destacar la interacción de las distintas leyes con los criterios jurisprudenciales de los respectivos periodos. Así, por ejemplo, la decisión de considerar y sancionar al robo con homicidio como un delito calificado por el resultado, fue establecida por la jurisprudencia mayoritaria de esa época. En efecto, dicha calificación por el resultado se establecía, generalmente, en el caso de los coautores que si bien se han concertado en un esquema de división de trabajo hacía el robo con intimidación, fueron condenados por robo con homicidio, por el solo hecho de participar en ese delito, sin centrarse en la importancia de la convergencia intencional propia de la coautoría.

Como señala Etcheberry, el principal problema suscitado en torno a este delito pareció ser resuelto por vía legislativa. Se trataba en efecto de determinar si las graves consecuencias que acompañaban al robo (especialmente el homicidio), necesitaban o no estar cubiertas por el dolo del agente, o si bastaba con que este robase dolosamente para que le cargaran en cuenta las consecuencias resultantes, aunque estas hubieren sido accidentales, pero siempre ocurridas “Con motivo u ocasión del robo”.

³¹BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 91.

³²BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 91.

Para este autor, en el primer caso se trataría de un delito complejo, es decir de dos delitos distintos, unidos para solo efectos de la pena, pero siempre y necesariamente cubiertos ambos por el dolo del hechor; en el segundo caso se trataría de un delito calificado por el resultado, en el cual existiendo una base dolosa, la ley le carga al hechor las consecuencias más gravosas, aunque no queridas ni previstas. Con la expresión se hiciese reo incluido en la ley patria de 1876 y más claramente en la ley 5.507, sin ser unánime el criterio, se exigió en algunas sentencias el dolo respecto del homicidio³³.

El criterio de calificarlo por el resultado, a nuestro juicio, no ha desaparecido del todo, incluso una vez producida la reforma derivada de la ley 13.303. En efecto, aun después de aquella existen fallos en los cuales se insiste en hacer hincapié en su carácter de delito calificado por el resultado, basado en un criterio de simple objetividad atendida la producción del resultado, más allá de utilizar o no la frase "calificado por el resultado". En este contexto, se debe indicar, que existen sentencias, incluso recientes, que se pronuncian en dicho sentido.

Así se desprende, por ejemplo, del fallo de la Ilustre Corte de Apelaciones de San Miguel, de 9 de Mayo de 2003, que establece en su parte expositiva, que "El robo con homicidio es un tipo complejo, cuyo núcleo rector es el ataque a la propiedad ajena, integrándolo la necesaria concurrencia de dos elementos, un atentado contra la propiedad –el robo– conjuntamente con otro contra las personas –el homicidio–, debiendo existir una relación estrecha entre ambas agresiones, lo que la ley pone de manifiesto con la frase "con motivo u ocasión del robo" y que indica la subordinación a la figura principal (robo) del homicidio; la ley comprende tanto el caso del que mata para facilitar o consumar el robo (con motivo), como aquel en que el homicidio resulta a consecuencias de él (con ocasión), bastando que el propósito de robar sea el motivo inicial del delito. La idea generadora es el atentado a la propiedad y que antes, en el momento de la ejecución o después de ella, se verifique la muerte de una persona para que dicho delito quede totalmente integrado, aun cuando no hubiere tenido el culpable la dirigida intención de quitar la vida a la víctima del atentado patrimonial, con tal que se encuentren ligados en íntima conexión subjetiva"³⁴.

Por lo anterior, se materializan dudas sobre la aplicación de la técnica de calificación por el resultado en esta decisión Judicial, pues sólo se enfoca en el "concierto", con independencia de la intención dolosa respecto del homicidio en función teleológica de medio a fin.

³³ ETCHEBERRY Orthustegui, Alfredo. Op. Cit., p.514.

³⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel. 9 de Mayo de 2003. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1. Junio 2003. pp. 98-104.

En este mismo sentido se pronuncia un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 64-2010, de fecha 13 de Abril del año 2010, que en su considerando duodécimo señala: "Que en cuanto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados Olivares y Ordenes, por la causal prevista en la letra b del artículo 373 del Código Procesal Penal Consistente en el pronunciamiento de la sentencia con errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y que a este respecto fue parecer de la Corte mencionada, consignar que desde la dictación de la ley número 5.507 de 9 de Noviembre de 1934 se tipificó en la legislación Chilena, el delito de robo con homicidio, el que según ha señalado la Excma. Corte Suprema, es aquel del que son responsables todos los que participan en la comisión, aun cuando no hubiese entre ellos concierto previo para matar".

1.3.-PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL.

En la actualidad existe un Proyecto de Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión foro penal del Ministerio de Justicia, desarrollado entre el 8 de mayo de 2003 y el 10 de noviembre de 2005.

Sus conclusiones fueron elaboradas por el profesor Jean Pierre Matus Acuña, Profesor de la Universidad de Talca y Héctor Hernández Basualto, representante de la secretaría técnica de esta comisión, siendo entregado el referido texto al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el día 18 de diciembre de 2005.

Este proyecto, en el título I del Libro II se refiere a la figura estudiada, y tratándolo dentro de las distintas categorías de homicidio, señala en su artículo 80, "El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio".

Asimismo el Artículo 82 del aludido proyecto, reserva la misma pena del homicidio agravado prevista en un hipotético artículo 81, cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.

Más específicamente, cuando el homicidio se cometa con motivo u ocasión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación, se impondrá el máximo de la pena³⁵.

En otras palabras, los juristas proponen conservar la figura compleja del robo con homicidio, pero situarlo en el título de los "delitos contra la propiedad" y rebajando en abstracto su penalidad, ya que la actual pena asignada al delito, comienza

³⁵ Comisión Foro Penal, "Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal", en Revista Política Criminal nº 1, D1, CEDEP Universidad de Talca, Chile., pp. 1-92.

precisamente en “presidio mayor en su grado medio” y termina en presidio perpetuo calificado. En cambio en la propuesta, la pena en abstracto será presidio mayor en su grado máximo, aplicada al delito en su máximo. Es decir, la pena temporal deberá dividirse en dos, y su tramo superior (17 años, seis meses y un día a veinte años) sería la nueva pena en abstracto para el delito.

De ahí comenzaría la aplicación de las llamadas reglas de judicialización de las penas o reglas de aplicación de la pena en concreto. Al eliminar ciertas agravantes, de concurrencia frecuente, en el delito estudiado, resultaría que en el evento de aprobarse en los términos propuestos el proyecto, las penas debieran bajar. Más aún, en este caso, que contempla solamente tres agravante generales; (Alevosía, ensañamiento y premio, promesa o recompensa), no existiendo agravantes específicas para los robos.

Otro elemento importante de destacar, radica en que el proyecto suprimió la pena de presidio, cuya aplicación práctica, equivale a la de reclusión, ya que si bien en teoría, la primera “sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal”, lo que pública y notoriamente no acontece en la práctica; mientras que la segunda – reclusión- “no le impone trabajo alguno”³⁶.

Se propone además, eliminar el presidio perpetuo calificado, con lo que la penalidad máxima- aplicable- queda restringida a una reclusión mayor, que en su grado máximo, tal como la actual, tiene un límite situado en los veinte años.

El Proyecto, concibe el delito de robo con homicidio, en una categoría especial de homicidio, aquel en que se comete homicidio “con motivo u ocasión del robo”. De esta manera, el proyecto no resuelve los problemas planteados, precisamente, esta expresión, que según lo hemos señalado, encuentra sus primeros antecedentes en las Siete Partidas, en la que era considerada una forma culposa de homicidio, y que tras ser incorporada en los Códigos Español, Belga y Chileno, ha sido interpretada como el vínculo subjetivo y objetivo que debe unir a ambos atentados. Con motivo (para facilitar el delito o favorecer su ejecución o impunidad) y con ocasión (en un estadio temporal razonable que vincule ambos hechos objetivamente).

Otros autores señalan que la expresión “con motivo” alude a la idea de dolo directo, mientras que “con ocasión”, significaría la posibilidad jurídica de sancionar también cuando el delito es efectuado con esta disposición anímica.

1.4.- EL ROBO COMO COACCION - ¿POSIBLE REESTRUCTURACION DEL TIPO PENAL DE ROBO?

³⁶Código Penal, Art. 32

Resulta interesante desarrollar, en este apartado, aunque sea de forma sucinta y más bien referencial, parte de la tesis planteada por don Antonio Bascuñán, autor que concibe el delito de robo como un crimen de coacción, tesis de reciente data (fue presentada en nuestro país el año 2002, sin perjuicio del desarrollo de dicho razonamiento en el Derecho Comparado), la cual rompe con el paradigma dominante establecido hasta ese entonces, que tiene como piedra angular la obra del profesor Jaime Vivanco. Atendida la extensión del presente trabajo, solo nos referiremos a sus aspectos fundamentales, invitando al lector, ávido de conocer distintas posturas, a investigar más al respecto y escoger su propio enfoque.

Esta teoría sostiene, en síntesis, que el robo, más allá de un crimen contra la propiedad, constituye un crimen de coacción, con las siguientes características:

1. Reconoce al robo como un delito complejo y pluriofensivo, en que confluye el hurto y la coacción.
2. Se comete mediante coacciones violentas o amenazas condicionales.
3. Atendida su alta penalidad, se considera un crimen de coacción, lo que lo dejaría en la cúspide del sistema de coacciones establecido en nuestro Código Penal.
4. Sus medios de comisión revisten una especial gravedad, de ellos se espera un mal grave e inminente, que suprime la capacidad de acción personal de la víctima, sea por una conminación física o moral.
5. Su carácter injusto deriva, siendo este uno de los puntos más rupturistas de su tesis, no del peligro concreto que su ejecución acarrea para la vida o la integridad física, sino que, por su naturaleza de crimen de coacción, el bien jurídico afectado en definitiva es la libertad personal, mas no la propiedad o la vida e integridad física, las que se ven constreñidas en pos de la apropiación de cosa ajena contra la voluntad de su dueño.

Dentro de su exposición, al referirse a la comisión de homicidio y lesiones graves gravísimas con ocasión del robo, concluye, de forma sintetizada, lo siguiente³⁷:

1. Tratándose de casos en que existe una simple coincidencia temporal entre la comisión del robo y el homicidio, esta debe quedar sometida al régimen general de concursos. No se aprecia una vinculación funcional entre el robo y el empleo del homicidio en orden a obtener la apropiación de la cosa mueble ajena en contra de la voluntad de su dueño.

³⁷ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., pp.120-121.

2. En lo relativo a la relación subjetiva que debe existir entre el homicidio, previo a la apropiación y el cual se realiza con el fin de remover la eventual resistencia del afectado, aun así no es suficiente razón para someter los hechos a un régimen propio del robo. Así, afirma que en estos casos, en que el homicidio se preordena a obtener la apropiación, debiera ser tratado, más bien, como un supuesto de homicidio calificado por dicho ánimo expropiatorio.

El punto anterior se justificaría por cuanto dicho presupuesto y el robo con homicidio difieren radicalmente según existiese o no coacción, “en el robo con homicidio la muerte debe ser la consecuencia de una acción típicamente relevante en el sentido del robo, como lo es paradigmáticamente el uso de la violencia coercitiva”³⁸.

Desde un punto de vista subjetivo, debe apreciarse la relación entre la muerte y la apropiación. En el homicidio calificado dicha motivación sería un afán de lucro, que actúa como circunstancia calificante. En el robo con homicidio “la muerte es un resultado subjetivamente imputable a la acción de constreñir mediante violencia o intimidación”. Para la configuración del tipo subjetivo del robo con homicidio, esto significa que, por lo general el resultado de muerte o lesión representara un exceso respecto del contenido del dolo directo del autor del robo dirigido a la coacción y a la apropiación”³⁹.

En definitiva, para este autor lo que caracteriza al delito de robo, y le da su carácter lesivo es la presencia de coacción (violencia o intimidación), la cual permite alcanzar el resultado perseguido. Tratándose del robo con homicidio, ello no se configura, por cuanto “el homicidio y las lesiones no constituyen la culminación o grado máximo de la violencia coercitiva del robo simple”, añadiendo que en tales casos “no existe violencia coercitiva”. Lo que sucede en este caso, 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”⁴⁰.

Es en atención a esto que, al momento de legislar se tenga en consideración dicha diferencia fundamental, a fin de fomentar una sistematización de nuestro ordenamiento penal que, al romper con las posturas dominantes, permiten enfocar nuevas soluciones y puntos de vista.

Es de esta manera que, atendido lo expuesto en este apartado, que dicho autor propone una restructuración, que en abstracto contemplaría, por ejemplo, una regulación que partiera de un tipo básico de apropiación coercitiva, al cual asignara una pena que oscilara, entre uno y siete años de pena privativa de libertad. La

³⁸ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 121.

³⁹ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 121.

⁴⁰ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., pp.88-89.

regulación podría contemplar además hipótesis calificadas que comenzaran por la producción de un peligro serio para la incolumidad personal, pasaran por el porte o uso de armas, la pertenencia a una asociación ilícita dedicada al robo y el hurto, el maltrato grave de la persona y la creación de un peligro para la vida, y terminarían con la penalidad más grave para la causación de un resultado de muerte objetiva y subjetivamente imputable al partícipe en la apropiación coercitiva. Los marcos penales asignables a estas hipótesis calificadas deberían ser también diferenciados, tomando principalmente en consideración los márgenes inferiores de la pena. El margen superior máximo encontraría su límite en la pena del homicidio calificado, la cual en ningún caso podría ser sobrepasada por la pena asignable a la hipótesis de robo con homicidio”⁴¹.

CAPITULO II. CARACTERIZACIÓN DEL DELITO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

⁴¹BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., pp. 118- 119

2.1.- GENERALIDADES EN TORNO A SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Por cuanto esta actividad pretende establecer criterios enfocados a servir de herramienta práctica para los operadores del derecho, se expondrán en forma breve los principales aspectos doctrinales y legales que constituyen el marco teórico para la conceptualización del delito estudiado, su caracterización, elementos y especialidad, los cuales facilitarán su entendimiento, atendida la importancia que le otorga la jurisprudencia, tanto respecto de dichos criterios, como en la proyección específica del caso del exceso de dolo del coautor y el dolo del inductor. Es dable indicar que la caracterización que se presenta, es en base a la actual redacción legislativa nacional reservada para el delito en comento, sin perjuicio de lo precisado en atención a los nuevos proyectos o elaboraciones dogmáticas relevantes, como la del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez.

El delito estudiado, se encuentra dentro de los delitos “contra la propiedad”, esto es, el título IX del libro II (crímenes y simples delitos y sus penas) del Código Penal, marco dentro del cual los autores ubican, también, al robo con homicidio.

Así, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, ubican al robo con homicidio dentro de los “Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio”⁴².

Vivian Bullemore y Jhon Mackinnon, distinguen entre delitos de apropiación y de destrucción, siendo los primeros los que implican un “desplazamiento patrimonial de hecho, debiendo recalcar que se trata de un desplazamiento fáctico y no jurídico”.

Éstos pueden cometerse por medios materiales o inmateriales. En los primeros, encontramos el hurto, robo, piratería, extorsión y usurpación⁴³. En el mismo sentido se pronuncian Mario Garrido Montt,⁴⁴ Gustavo Labatut Glena⁴⁵ y la obra referida de Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez.

Según ya se mencionó, Antonio Bascuñán Rodríguez, considera que este delito sería más bien un delito de coacción, señalando al efecto que, “Desde el punto de vista del sistema de los delitos de coacción, el robo tiene la inusual categoría de un crimen

⁴² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 296 y ss.

⁴³BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. *Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Santiago, LexisNexis, 2007. p. 12.

⁴⁴ MONTT Garrido, Mario. *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002.p. 140

⁴⁵LABATUT Glena, Gustavo. *Derecho Penal Tomo II*. Séptima Edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005. p. 201.

de coacción. La gravedad del marco penal establecido como consecuencia jurídica de su comisión exige considerarlo como una coacción especialmente grave⁴⁶.

Esta postura, si bien es de reciente data y no coincide con los autores recién citados, resulta de sumo interés a futuro, siendo una tendencia ya consolidada en el Derecho Comparado.

Se indica que el robo con violencia o intimidación en las personas, se clasifica en robo simple, calificado y por sorpresa. A su vez el calificado “se presenta en los siguientes casos: a. Robo con homicidio, b. robo con violación, c. robo con castración, mutilación o lesiones graves gravísimas, d. robo con lesiones simplemente graves, e. el robo con retención de las víctimas bajo rescate o por más de un día⁴⁷.

En los robos con violencia e intimidación, aparte del atentado contra la propiedad o patrimonio, a que se ha hecho referencia en el acápite anterior, se atenta en contra de la “seguridad e integridad de las personas”. En el delito de robo con homicidio, el bien jurídico afectado, es nada menos que la vida⁴⁸.

Tal como lo hemos adelantado, nuestra actual legislación tipifica este delito, en el artículo 433 número 1 del código penal, que preceptúa “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 medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1°.

En consecuencia, este delito presenta una estructura de acción doble, reflejada en los dos momentos de su delito-tipo, “apropiarse de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño” y “matando a un hombre”. Si falta una de ellas se tratará posiblemente de otro delito, pero no de un robo con homicidio. Para que los hechos puedan encuadrarse en la figura del artículo 433 número 1 deben realizarse íntegramente ambas acciones, tanto en su faz externa como en su faz interna. Es decir, ambas acciones requieren del dolo propio de cada cual y, en este caso, además, de un elemento relacionador que permanece en la faz interna y que se caracteriza como un

⁴⁶ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 124.

⁴⁷ BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon Op. Cit., p. 12 .

⁴⁸ Desde un enfoque más actual, Bascuñán sostiene que, al reconocerse al robo como un delito de coacción, lo que se está protegiendo es la libertad personal; en efecto, “A la luz de la regulación de las amenazas condicionales, es evidente que la lesión intensa de la libertad personal producto de la comisión la coacción mediante amenaza tiene un considerable peso específico como injusto material. Ese es el plus que fundamenta el injusto del robo frente al injusto del hurto”.

elemento subjetivo adicional del tipo según la postura finalista, quienes sustraen el dolo y la culpa del ámbito de la culpabilidad para situarlos en el injusto, (tipo subjetivo).

2.2.- CARÁCTER COMPLEJO DEL DELITO.

El robo con homicidio se caracteriza, fundamentalmente, por ser un delito complejo. Lo anterior, significa que para su configuración requiere la confluencia de dos ilícitos, que independientemente, son sancionados por nuestro ordenamiento punitivo, el robo y el homicidio, cada uno con características propias y una determinada sanción. Al concurrir ambos, conservando sus elementos esenciales, se incorporan en una fusión autónoma que resulta ser un todo indivisible, constituyendo una nueva figura punitiva típica, cuyo eje rector está representado por el robo y el homicidio, el cual posee un rol instrumental, ya sea para facilitar la ejecución del hecho atentatorio contra la propiedad o para lograr su impunidad. Si bien es cierto, que el homicidio es un delito que lesiona un bien jurídico superior, como es la vida, en este delito pasa a ser una parte integrante de esta figura típica, siendo necesario para su configuración, el vínculo subjetivo necesario, que da vida a un nuevo tipo penal compuesto por la sustracción de un bien corporal mueble y la muerte de una persona, conformando un todo unificado denominado, “robo con homicidio”.

Es pues, un delito complejo, que ha sido definido como “Estructura típica en la cual el legislador reúne dos atentados diferentes entre sí y ofensores de bienes jurídicos distintos conformando una unidad específica debido fundamentalmente a la estrecha conexión entre esos dos atentados”⁴⁹.

El delito de robo con homicidio, por su estructura de delito complejo, se conforma por dos acciones que consideradas aisladamente constituyen dos delitos diversos, uno contra la propiedad (robo) y otro contra la vida (homicidio), siendo necesario que ambas acciones sean dolosas en su comisión, excluyéndose toda idea de calificación por el resultado, lo que implicaría que el dolo abarcaría solo la acción de usar violencia o lesionar, sin alcanzar a cubrir la muerte, que sería así el resultado calificante.

El texto legislativo, al emplear el término “homicidio” y no “muerte”, está por lo demás indicando que empleó la primera expresión en el sentido de delito de homicidio y no de un mero hecho realizado objetivamente y vinculado a otra acción sólo causalmente, excluyendo todos los casos en que la muerte se produzca por culpa o

⁴⁹ BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. *Curso de Derecho Penal Parte Especial* Tomo IV. Santiago. LexisNexis, 2011. p. 45.

caso fortuito. Asimismo, según veremos más adelante, se excluyen aquellos casos en que no exista una vinculación funcional entre el homicidio y la apropiación, siendo el primero el medio para obtener el segundo.

2.3.- ANALISIS DE LA EXIGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA EN EL ROBO CON HOMICIDIO.

En el robo con homicidio, debe actuarse dolosamente con respecto a ambas acciones, pudiendo existir dolo eventual respecto al homicidio, que es aquel con que actúa el sujeto al representarse la posibilidad de un resultado dañoso que no desea para la vida del ofendido, pero cuya producción acepta al no renunciar a la ejecución del hecho⁵⁰. Gimbernat, considera que el delito de robo con homicidio es “un delito complejo, en el que como en otros delitos similares, se tipifican dos acciones, robo y homicidio, unidas por una determinada relación. No sólo es necesaria la unión de las dos acciones, sino que éstas, deben encontrarse en una determinada relación, tal como se señaló.

La relación precedentemente referida, puede presentar varias formas y no todas ellas pueden calificarse de robo con homicidio. Por ejemplo, no se configuraría este tipo penal, cuando el delincuente mata y después surge la intención de apoderarse de la cosa o cuando el delincuente sustrae cometiendo más tarde el homicidio⁵¹. Si se deshace la unidad, tal como señala Maurach, citado por Guzmán Dalbora, no hay robo con homicidio, ocurriendo esto cuando el agente mata a otro y solo ahí concibe el propósito de apropiarse de cosas que portaba la víctima.

En el caso expuesto, la jurisprudencia como la doctrina se muestran acordes en el sentido de que no existe un delito complejo de robo con homicidio, sino un concurso entre ambas conductas, pues falta la vinculación necesaria entre el atentado contra la vida de la persona y la lesión patrimonial que caracteriza al ilícito de robo con homicidio, tal como se indicará en lo sucesivo de esta actividad.

En un segundo caso, reconocido por nuestra jurisprudencia, se constituye cuando el sujeto activo mata al perseguidor, configurándose el delito de Robo con Homicidio, toda vez que acontece para “favorecer la impunidad”, postura conforme a la cual se ha manifestado, afirmativamente, la judicatura chilena.

⁵⁰ CARRASCO Ferrari, María. Op. Cit., p. 46.

⁵¹ GIMBERNAT Ordeig, Enrique. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, citado en MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, Ed. Tirant La Blanc, 1997.p.28.

Para Vivian Bullemore y John Mackinnon, esta exigencia implica que la conexión objetiva entre robo y homicidio, es que ambos deben desenvolverse dentro de un mismo contexto, constituir una “unidad de acción”. De acuerdo al Artículo 433 del Código Penal, la violencia o intimidación, puede ser preparatoria, concomitante o posterior al apoderamiento de cosa ajena. Antes, durante o después del robo, fórmula legal que exige precisamente una relación de razonable inmediatez temporal, una conexión cronológica más o menos inmediata.

En sentencia dictada y referida en el texto de los autores indicados, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, el día 25 de junio del 2007, se confirma esta aseveración, determinándose que el delito de robo con homicidio es un delito complejo, cuyo núcleo rector es el ataque a la propiedad ajena, integrando la necesaria concurrencia de dos elementos, los cuales son, un atentado contra la propiedad, el robo, y el homicidio, debiendo existir relación estrecha entre ambos atentados, los que la ley pone de relieve, en la frase “con motivo u ocasión del robo”, y que indica la subordinación a la figura principal (robo), del homicidio, que la ley comprende tanto al caso del que mate para facilitar el robo (con motivo), como aquel en que el homicidio resulta a consecuencia de él (con ocasión), bastando que el propósito de robar sea el motivo inicial del delito. La idea generadora es el atentado a la propiedad y que antes, en el momento de la ejecución o después de ella, se verifique la muerte de una persona, para que dicho delito quede totalmente integrado, aun cuando no hubiere tenido el culpable la dirigida intención de quitar la vida a la víctima del atentado contra la propiedad, con tal que se encuentren ligados en íntima conexión subjetiva.

En este Sentido la Corte de Apelaciones de Chillan en Sentencia dictada con fecha 3 de Noviembre de 2010 ⁵², señala que “este Delito de Robo con Homicidio es por su naturaleza un crimen complejo que está integrado por distintas figuras delictivas, que en forma separada constituyen otros hechos punibles y está construido sobre la finalidad próxima de la apropiación de cosas muebles ajenas sin la voluntad de sus dueños con violencia o intimidación, requiriendo además, que con motivo u ocasión del robo, se cometa el delito de homicidio, violación y lesiones, que lo singulariza como un delito contra la propiedad.

El verbo rector de la actividad del agente, es el atentado contra el patrimonio de las víctimas y el legislador los ha unificado como un tipo único para los efectos de una sanción superior, dada la peligrosidad que demuestran quienes incurrieron en su infracción.

En este contexto, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia pronunciada con fecha 26 de noviembre de 1998, señala, en su considerando noveno

⁵² Corte de Apelaciones de Chillan Rol 237-10 de fecha 3 de Noviembre de 2010.

“Que es útil señalar que el delito de robo con homicidio es un delito complejo, en que la ley ha reunido por razones de política criminal dos delitos independientes en una sola unidad o pena común, debido a la conexión ideológica en que se encuentran; el homicidio es una consecuencia ocasional del robo o bien sirve a éste, y por tal razón, siendo en principio más grave un atentado contra la vida que uno contra la propiedad, prevalece dentro de esta unidad el elemento robo, dada su denominación y ubicación sistemática al delito, el cual es fundamentalmente contra la propiedad y no contra la vida”⁵³.

Debe recalcar, a nuestro entender, que la descripción típica del delito de que se trata, prevista en el artículo 433 n° 1 del Código Penal comprende también el Homicidio que se comete para facilitar la perpetración del robo, evidenciándose en la expresión “con motivo u ocasión”.

2.4. ANÁLISIS DE LA EXIGENCIA DEL NEXO IDEOLÓGICO.

Ya analizados los elementos anteriormente descritos, es indispensable detenerse en el estudio de la “necesidad de existencia de un nexo ideológico o conexión subjetiva”. Este nuevo elemento, implica la existencia de un vínculo entre el robo y el homicidio de la víctima, el cual debe comunicarse en todos los momentos del ilícito, esto es antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de perpetrarlo o después de realizarlo para favorecer su impunidad.

Asimismo, es necesario que exista la violencia propia del delito de robo en los términos establecidos en el artículo 439 del código penal, a la cual se une el homicidio, esto es, que la muerte de la víctima se produzca con ocasión o motivo de la sustracción, produciéndose una conexión ideológica o intencional, un vínculo entre estos factores, donde el dolo o representación del agente, se resuelve en matar, guiado por alguno de los propósitos ya aludidos⁵⁴. En efecto, “la violencia y la intimidación son los medios coercitivos con cuyo ejercicio se produce alguno de los resultados de coacción que hacen posible o facilitan la apropiación”⁵⁵.

La Corte Suprema en sentencia de fecha 1 de Abril de 2003, señala que “el propósito primordial del agente fue robar en el homicidio, de tal manera que la muerte fue ejecutada por el hechor en servicio de la apropiación, que él verificó. Hubo en este caso, apoderamiento de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, con ánimo

⁵³ Corte de Apelaciones de Concepción Rol 1307- 1998 de fecha 26 de Noviembre de 1998.

⁵⁴Excelentísima Corte Suprema. Revista de Ciencias Penales. tercera epoca, 1978-1981, Tomo II, p. 155.

⁵⁵ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. Op. Cit., p. 86.

de lucro, para lo cual se causó la muerte de una persona”. Cabe concluir de acuerdo a esta sentencia que los hechos relatados y probados en el proceso configuran el delito complejo de robo con homicidio, integrado por dos acciones, las que constituyen un todo jurídico, tipificado en el derecho punitivo.

El considerando tercero señala “Que los hechos descritos en el basamento que antecede, configuran el delito de robo de especies, pertenecientes a Manuel Facundo Pérez Uribe, con homicidio de Celedonio Saldivia, como quiera que el propósito primordial del agente fue robar en el domicilio de cualquiera de estos dos, de tal manera que la muerte fue ejecutada por el hechor en servicio de la apropiación que él verificó. Hubo en este caso, apoderamiento de cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, para lo cual se causó la muerte de una persona”.

Este mismo fallo indica que la hipótesis penal en comento, robo con homicidio, se halla en el Artículo 433 número 1 del código penal, que sanciona con las penas allí indicadas al culpable de robo con violencia e intimidación en las personas, sea que la violencia e intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo, o después de cometido para favorecer su impunidad, cuando con motivo u ocasión del robo se cometiere además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1 del mismo cuerpo legal.

Estipula, además que del examen de los elementos probatorios del proceso revela, de modo categórico, que el partícipe cometió el homicidio como medio para realizar la apropiación de las diversas especies que sustrajo en la casa de Manuel Facundo Pérez Uribe.

En el considerando cuarto se indica que de este modo cabe concluir que los hechos relatados y probados en el proceso, procede encuadrarlos como delito complejo de robo con homicidio que, como se sabe, es una figura integrada por dos acciones que, aisladamente consideradas corresponden a sendos delitos de hurto o robo (en esta calificación hay discrepancia en la doctrina) y un homicidio y en que ambas conductas se hallan comprendidas por el dolo del agente.

Interesa recordar que no obstante, tratarse de un delito compuesto de dos acciones, ellas constituyen un todo jurídico y así aparece tipificado en el derecho punitivo.

Así concluye la sentencia, concordando con el análisis de los antecedentes procesales como ya se adelantó, señalando que el autor dio muerte a una persona, con el único fin de apropiarse de las especies que había planeado sustraer y con el elocuente propósito de facilitar la perpetración de la sustracción, existiendo, evidentemente, una nítida conexión o vínculo subjetivo entre ambas acciones.

A contrario sensu, La Corte Suprema en sentencia de 4 de junio de 2008, descarta el nexo ideológico, no configurándose el delito complejo en estudio, sino solo un delito de robo y en forma independiente otro de homicidio.

Así señala esta Sentencia que “Si la muerte de la víctima acaece con posterioridad al robo, configurando un hecho independiente del primero, sin que exista la conexión objetiva y subjetiva que exige el legislador para establecer la figura de robo con homicidio, toda vez que no se acreditó la existencia por parte del autor, de la intención de sustraer especie alguna del occiso, más todavía si los hechores ya contaban con un vehículo destinado a emprender la huida, corresponde sancionar a los encausados por un delito de robo con intimidación y un homicidio simple”.

El considerando Quinto de esta sentencia se señala “Que en la especie, de la forma como se desarrollaron los hechos investigados en estos autos, es posible establecer que la muerte de la víctima ocurrió con posterioridad al robo y tal circunstancia configura un hecho independiente del primero, sin que se aprecie la conexión subjetiva exigida por el legislador para establecer la figura compleja del robo con homicidio”.

El considerando Sexto, prosigue señalando, que, en consecuencia y conforme a los anteriores conceptos, este tribunal estima que los hechos descritos en el motivo segundo de este fallo, configuran respecto de Cristian Mauricio Espinoza Cofre, dos ilícitos independientes, esto es, un delito de robo con intimidación en perjuicio de Silvana Suau Maureira, previsto y sancionado en el artículo 432 y 436 del código penal, y un delito de homicidio Simple, previsto y sancionado en el artículo 391 número 2 del código penal, en la persona de cesar Alejandro Fernández Freire.

CAPÍTULO III: LA COAUTORÍA EN EL ROBO CON HOMICIDIO.

El robo con homicidio es una infracción compleja o acumulativa y como puede descomponerse en varios actos de consumación, es también factible que esa pluralidad de acciones se distribuya en varios ejecutores⁵⁶.

Varios Sujetos entienden realizar en común un solo hecho “Robar Matando”, sea con ocasión o motivo, tal como se señaló anteriormente.

A cada uno, no se le imputa solo la parte de la acción objetiva que haya realizado, sino el todo, primeramente, desde un punto de vista objetivo, las acciones de los varios autores constituyen un solo delito, si lo hubiese realizado un solo autor o persona. Asimismo, procede la imputación subjetiva a estos, la culpabilidad de uno se extiende al todo, siendo primordial que la intención de todos y cada uno de ellos tenga convergencia en el objetivo común, por ejemplo matar a un hombre, siendo relevante que cada coautor entienda su propia acción como parte de un todo, para lo cual debe tenerse presente que la estructura compleja del delito permite que la ejecución de él puede dividirse entre varias personas.

Para imputar a todos el robo con homicidio es necesario que el dolo comprenda la producción del todo, es decir que las voluntades converjan en el resultado común, de robar matando⁵⁷.

El coautor es autor, no desde un punto de vista individual, sino en el sentido de que ejecuta, junto a otros sujetos, en igual posición, actos relevantes del tipo, de manera que el actuar conjunto de estos verifican, por completo, la comisión de la figura penal y su correspondiente resultado. Cada uno de estos coautores ejecuta hechos propios, no tratándose, por tanto, de la participación en un hecho ajeno, siendo en definitiva el propio actuar del coautor el que subsume sus acciones en alguno de los tipos penales correspondientes a dicho caso.

Doctrinariamente existen variadas teorías respecto de la Autoría, proyectándose a la coautoría, esmerándose en responder, y en dilucidar respecto de quien realiza la acción típica.

Así tal como lo recoge Bullemore y Mackinnon⁵⁸, la Teoría Formal Objetiva, de corte restrictiva, impulsada por Von Beling, indica que “es autor quien ha realizado una parte cualquiera del tipo, entendido en el sentido estricto que le atribuye ese autor”.

Bacigalupo, también citado por Bullemore y Mackinnon, ha destacado que “el punto de apoyo legal invocado por la teoría formal objetiva reside en la expresión ‘Tomar

⁵⁶GUZMAN Dalbora, José Luis. Op. Cit., p. 489.

⁵⁷ VIVANCO Sepúlveda, Jaime., Op. Cit., pp. 86 y ss.

⁵⁸BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. *Curso de Derecho Penal Parte General* Tomo I. Santiago, LexisNexis, 2007. p. 124.

parte en la ejecución del hecho', expresiones que según esta teoría definiría al autor y los coautores.

Bajo esta premisa, el Profesor Jaime Vivanco Sepúlveda, proyectándolo en el caso específico del robo con homicidio, a la luz de la teoría objetiva formal o del delito tipo, concluye que "en la ejecución de un delito pueden concurrir varios sujetos que, entendiendo realizar en común un solo hecho, aparecen como el conjunto de autores de este hecho". Bajo este concepto se entiende que son coautores los que realizan en común un solo hecho. Así las acciones de los varios actores constituyen en conjunto un solo delito en el supuesto de que hayan sido ejecutadas todas por una sola persona, resultando igual de importante que la culpabilidad de cada uno se extiende o abarque el todo realizado.

En este contexto, resulta relevante, lo que se denomina Convergencia Intencional, siendo indispensable que la intención de todos y cada uno converja sobre un objetivo común, que podría ser "matar a un hombre", "robar matando" o "apropiarse de cosa mueble ajena", etc. Es coautor en este ámbito, el que entiende "su propia acción, como parte del todo"⁵⁹.

Así como lo indica el profesor Vivanco Sepúlveda, la estructura compleja del robo con homicidio, que consta de dos acciones, como se ha dicho en esta actividad, significa que la ejecución de él puede dividirse entre los distintos autores, de modo que uno (o unos) ejecute la apropiación y el otro (u otros), la muerte.

En esta distribución de las acciones del delito entre los diversos sujetos, supone una verdadera división de funciones en el sentido que la ley lo requiere, es decir, que uno de los coautores, mata con la precisa intención de facilitar la apropiación, que realiza el otro o de favorecer la impunidad de esa acción del otro. Para esta teoría, es fundamental que la culpabilidad de ambos, comprenda la producción del todo, ello es, que su objetivo común converja en el objetivo común de robar matando.

La teoría Objetiva Final Objetiva o del dominio del hecho, elaborada por Hans Welzel, replanteada en la obra de Roxin "Autoría y Dominio del Hecho", propugna en definitiva, que son coautores los sujetos que hayan tenido desde el punto de vista objetivo y subjetivo a la vez, el dominio final del hecho típico, lo que supone la capacidad y posibilidad de decidir acerca de su realización y consumación. Dentro de las formas que adopta el dominio del hecho, se distingue el dominio de la acción, el dominio de la voluntad, centrada en el dominio de la voluntad del otro, o autoría

⁵⁹VIVANCO Sepúlveda, Jaime. Op. Cit., pp. 92 y ss.

mediata y el dominio funcional del hecho, basado en la división del trabajo que se fundamenta en las funciones compartidas para la consumación de un ilícito⁶⁰.

Bajo este predicamento del dominio funcional del hecho, José Luis Guzmán Dalbora, señala que el delito de robo con homicidio es una infracción compleja y puede descomponerse en varios actos de consumación. Es también bajo esta lógica, factible que esa pluralidad de acciones se distribuya entre varios ejecutores⁶¹. A la luz de nuestro artículo 15 número 1 “El coautor es autor, con la única peculiaridad de que ejecuta con otros, actos relevantes para el tipo, por modo de que de la obra mancomunada brota la entera verificación de la figura legal y su correspondiente resultado”⁶².

Reciben el nombre de coautores quienes llevan a cabo conjuntamente un hecho delictivo y, en consecuencia, actos característicos del tipo, siempre que medie entre ellos un acuerdo. Para Roxin, hay coautoría, cuando “Varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones), de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo”. Los aportes al hecho tomados en sí, completan la totalidad de la realización del hecho, requiriendo que el aporte de cada coautor tiene que inscribirse como fragmento del todo, en el tipo independiente que entre en consideración. Es necesario que exista un acuerdo recíproco de voluntades, y dependiendo de la complejidad del proyecto criminal, un plan que lo articule.

Al igual que la ejecución conjunta, el acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso como el hecho que es. Sin embargo, posee una proyección y evolución subjetiva, desde el momento que el contenido del acuerdo signa también el límite del dolo de los malhechores. El efecto de la coautoría, es decir, que todos respondan por el todo, que a cada ejecutor parcial se impute también lo obrado por los demás, depende de que el entero espectro de la situación, responda a lo que acordaron y se representaron.

Para Enrique Cury Urzúa, son coautores quienes se han dividido la realización del hecho en términos tales que disponen del codominio del hecho, sobre cuya consumación, deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total. Este autor indica que lo peculiar de los casos de coautoría es que ninguno de los coautores cuenta con el control total del acontecimiento, de cuya configuración, en cambio, solo pueden disponer de todos ellos en común. De aquí el carácter funcional al todo de cada una de las contribuciones separadamente consideradas.

⁶⁰BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op.Cit., p. 119.

⁶¹GUZMAN Dalbora, J. Op. Cit., p. 481.

⁶²Ibid, p. 481.

El referido autor, siguiendo esta línea , propone que en la coautoría, cada uno de los coautores es corresponsable de la totalidad del hecho, y por ello “La coautoría porta en si misma su contenido de injusto, y no lo deriva de un hecho ajeno”⁶³.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, señalan que la coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Expresan estos autores que la coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica, diferenciándose en el hecho que el coautor interviene de algún modo en la realización del hecho delictivo. En este sentido, recoge la distinción, entre coautoría ejecutiva y no ejecutiva, siendo en la ejecutiva, necesario distinguir en la denominada ejecutiva, a su vez, la coautoría ejecutiva directa total, en que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos y la coautoría ejecutiva parcial, en que se produce un reparto de las tareas ejecutivas⁶⁴.

Esta diferenciación, me parece doctrinariamente aplicable al tipo penal en estudio, pues es posible apreciar la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presente en momento de la ejecución , por lo cual se hace necesario desde una perspectiva finalista recurrir a una visión relacionada con el dominio funcional del hecho, como se ha señalado anteriormente.

Dentro de esta misma línea de razonamiento, estimo que esto se debe relacionar necesariamente con el alcance del dolo eventual, siendo indispensable bajo esta perspectiva, definir que el dominio del hecho lo tienen varias personas en virtud del principio de reparto funcional de roles, en que asumen por igual, la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse por tanto como un todo y el resultado final debe atribuirse a cada coautor, independiente de la entidad material de su contribución, pero siempre que su dolo abarque en este caso, la entidad total de la figura delictiva del “Robar Matando”.

⁶³ CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. p.610.

⁶⁴ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA Aran, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Valencia, Tirant lo Blanch. 2004. p. 441.

3.1.- ALCANCES DE LA COAUTORIA BAJO EL PRISMA DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO PENAL CHILENO.

En el código penal Comentado, de los autores Jaime Couso Salas y de Héctor Hernández Basualto, en que este último, se dedica al análisis de la autoría, se señala, tal como es sabido y reconocido por la doctrina general, que son coautores, quienes ejecutan conjuntamente el delito.

Se indica además en la obra referida, que determinar cuándo se puede decir que tal es el caso y como está regulado en el Código es una cuestión muy discutida, no existiendo paridad en los criterios doctrinarios y también jurisprudenciales utilizados. Así, Hernández, en sus comentarios relativos a la autoría, señala que para profesores como Cury y Politoff, Matus, Ramírez, la coautoría está regulada en el artículo 15 número 1 que considera autores a los “que toman parte en la ejecución del hecho”; acompañado de la ventajosa limitación a dos modalidades objetivas de coautoría que el propio texto de la ley señala: 1° tomar parte “de manera inmediata y directa” y 2° tomar parte “evitando o procurando evitar que se evite”. Si bien este precepto no exige expresamente el acuerdo de voluntades, estos autores entienden que se trata de una exigencia implícita, en tanto que para conciliar la suficiencia de cualquier aporte funcional con la exigencia legal de participación “en la ejecución del hecho”, en las dos formas específicas señaladas en el precepto, interpretan estas en términos amplios, no coincidentes con la ejecución del “hecho típico”.

En este mismo Trabajo, Hernández citando a Cury, comenta que se entiende el artículo 15 número 3 como referido a los que “concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. Sin perjuicio de ello, a pesar de la exigencia expresa de concierto, y en la medida en que las formas de intervención mencionadas de modo expreso no necesariamente constituirán aportes funcionales, recoge en rigor hipótesis de complicidad equiparadas penológicamente a la autoría por meras razones de política criminal, aceptando con todo, que algunos supuestos captados por el número 3 del artículo 15 pueden satisfacer las exigencias de la coautoría⁶⁵.

En el Código Penal comentado indicado, se alude que Garrido Montt, entiende que el número 1 se refiere solo a autores inmediatos, básicamente individuales, viendo la regulación de la coautoría precisamente en el número 3, tanto en razón del concierto

⁶⁵ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Código Penal Comentado Parte General Doctrina y jurisprudencia .Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011. p. 400.

previo, exigido aquí de modo explícito, como de las formas de intervención mencionadas por la ley, que le parecen suficiente intervención (funcional), en la ejecución del hecho⁶⁶.

Otros autores entienden que la coautoría se encuentra regulada principalmente en el número 3, pero también en el número 1 del artículo 15. Así Miguel Soto Piñeiro, Citado en el Código Penal Comentado en referencia, ha desarrollado con magistral claridad, la idea de que el número 3 del artículo 15 tendría por función específica, zanjar, en sentido afirmativo, dudas interpretativas sobre los límites de la coautoría, de lo cual, en todo caso desprende la necesidad de una interpretación más estricta del número 3 que se haga cargo de la exigencia de la funcionalidad del aporte que es propia de la coautoría. Así no sería suficiente cualquier aporte ni bastaría cualquier presencia, sino solo aquel y aquella que fueran esenciales para la ejecución del hecho.

Hernández propone siguiendo a Yáñez, que es dable señalar que los autores de la primera parte del artículo 15 número 1 son los que realizan la conducta nuclear del tipo, del verbo rector, los de la segunda parte del artículo 15, corresponden a los que realizan otras conductas ejecutivas típicas o no, que implican la realización de acciones ejecutivas típicas o no, conforme a lo cual no son acciones solamente las típicas, sino también las conectadas inmediata y directamente con la acción típica. En la medida, sin embargo, en que se asume que el artículo 15 del código penal se refiere necesariamente a la intervención de una pluralidad de personas y que los ejemplos que propone son de clara ejecución conjunta en base a división de trabajo, como cuando se intimida a la víctima mientras la violan o le sustraen sus pertenencias, o se la inmoviliza mientras la matan, no se ve porque no podrían satisfacer su concepto de coautoría, supuesto, naturalmente que existiese concierto previo⁶⁷.

Para el Profesor Soto, la prescindencia de una exigencia expresa de concierto en este caso puede explicarse porque, aun sin ese concierto, quienes ejecutan el hecho son para la ley de todos modos autores, al menos accesorios⁶⁸.

En consecuencia podría entenderse que la coautoría está regulada tanto en el número 1 como en el número 3. A este esquema adhiere Bullemore y Mackinnon⁶⁹.

Cualquier toma de posición al respecto supone el establecimiento de un criterio previo sobre la conveniencia y justicia de un concepto más extensivo o restrictivo de autor, y esto no solo desde un punto de vista conceptual, sino principalmente desde una perspectiva práctica vinculada a la mayor o menor extensión del artículo 15 del código penal. Si realmente se está por un concepto restrictivo de autor deberían

⁶⁶ Ibid, p. 400.

⁶⁷ Ibid, p. 401.

⁶⁸ Ibid, p. 401.

⁶⁹ BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op. Cit., p. 127.

agotarse los esfuerzos por restringirse el ámbito de aplicación del artículo 15 a verdaderos casos de autoría, sin perjuicio de aceptar que ello no siempre es posible y que puede haber buenas razones para que sea así, como se reconoce por ejemplo respecto de la inducción.

En efecto ,si bien la comprensión restrictiva del número 1(exclusiva realización de conductas ejecutivas no solo típicas) puede ser discutible, no puede negarse que viene sugerida fuertemente por la ley, en tanto que, y esto es lo más importante, no acarrea ninguna consecuencia perjudicial para la debida y plena acogida de toda forma de genuina coautoría que no pudiera asilarse en el número 1 en razón de esa lectura restrictiva, con la cual los reproches de adscripción a una teoría objetivo-formal caen en el vacío.

En cuanto a los alcances del artículo 15 número 3, el código penal Comentado referido, indica que el giro clave en esto lo da Soto, cuando de la comprensión del número 3 como regulación de la coautoría ,extrae como consecuencia que los casos en cuestión ,al margen de que llevan implicados supuestos muy dudosos en doctrina, deben interpretarse en todo lo demás como auténticas formas de coautoría, esto es, exigiendo que se trate de aportes realmente relevantes al hecho común(aporte funcional),lo que importa una efectiva posible restricción, no solo conceptual, sino también práctica del artículo 15⁷⁰. Bullemore y Mackinnon hablan de “Dominio del Hecho”, entendiéndolo por tal, la facilitación de medios cuya ausencia determinaría la imposibilidad de verificar el hecho típico y una presencia imprescindible o difícilmente reemplazable⁷¹.

De este modo el número 1 del artículo 15 del código penal, no solo abarcaría hipótesis de autoría accesoria sino también de coautoría, concretamente casos en los que el aporte del coautor al hecho común consiste en la realización de conductas ejecutivas, típicas o no.

La interrogante resulta ser la exigencia subjetiva de esta forma de coautoría, la que ostenta la calidad de indispensable, aunque la ley no diga nada al respecto, porque de lo contrario no habría que imputarle como propio el delito consumado a quien no lo ha consumado de propia mano.

No se discute que el número 1 del artículo 15 considere autores a quienes realizan los presupuestos de ejecución inmediata y directa o impedir o procurando impedir que se evite, sino la determinación del hecho, del que se puede considerar autor. Una alternativa es exigir concierto previo tal como lo hace el número 3 del artículo 15,

⁷⁰ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Código Penal Comentado Parte General Doctrina y jurisprudencia .Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011. p. 403.

⁷¹ BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op. Cit., p. 127.

asumiendo que si en este caso la ley no lo menciona especialmente es solo porque el numeral se aplica también a casos de autoría accesoria. Otra posibilidad es hacer bastar un dolo común (dolo de hacer conjuntamente) que no alcance las características del concierto previo (entendido aquí como reparto más o menos formal de funciones), exigencia menor que se justificaría en atención a la mayor relevancia atribuida a la realización de conductas ejecutivas.

Según Matus, Politoff y Ramírez, el artículo 15 número 3 contempla dos formas de complicidad, a las cuales por su importancia político-criminal, aunque no sean casos de autoría propia, se les aplica la misma pena que el autor (siempre que se cumplan los requisitos generales de la participación, accesoriedad, exterioridad, comunicabilidad y convergencia). En ambos casos, el requisito es la existencia de un concierto previo, que implica un acuerdo expreso de voluntades, que vaya más allá de la mera convergencia del dolo. Sin embargo, la falta de este concierto previo no excluye la punibilidad del cómplice, que en tal caso responderá únicamente por la figura de complicidad simple del artículo 16⁷².

En la obra citada de Hernández y Couso, se hace referencia a fallo de la Corte Suprema, de 28 de Octubre de 2003, que distingue expresamente entre dolo común y concierto previo en un caso de violencias innecesarias con resultado de muerte prevista en el artículo 330 número 1, del Código de Justicia militar. Los tres imputados intervinieron en una golpiza en la vía pública que le costó la vida a la víctima, hecho que el tribunal imputa como hecho común a los tres. "Posiblemente ninguna de estas aportaciones causó la muerte de la víctima por sí sola, pero aun siendo así, no cabe duda que las contribuciones de los tres procesados conducente a la muerte de la víctima, lo hicieron funcionar, sosteniéndose las unas a las otras y lo que es más grave, provocando seguramente otros ataques provenientes de inferiores jerárquicos de los procesados, que se dejaron arrastrar por su ejemplo, hasta ocasionar el desenlace fatal".

Este mismo fallo señala en su considerando cuarto, que desde un punto de vista subjetivo, se exige "Que los intervinientes se vinculen entre sí mediante una resolución común sobre el hecho, asumiendo cada cual dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que lo presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. La resolución común de realizar el hecho es la abrazadera que integra en un todo las diferentes partes, pero agrega que "ha de tenerse presente

⁷² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003, p. 409.

que lo requerido no es un acuerdo previo, ni menos el concierto a que se refiere el artículo 15 número 3 del código penal”⁷³.

Este fallo explicita, que basta, sencillamente, con una convergencia de los dolos de los intervinientes hacia la realización del tipo, tal como se indica en el considerando sexto de esta sentencia.

Se puede decir, que el número 1 del artículo 15, se aplica en general a casos en que objetivamente varios realizan acciones ejecutivas, que pueden ser típicas como el fallo anteriormente enunciado y también pueden ser no típicas ,como ocurre con quienes sostienen a la víctima para que otro la mate o ayudan a otro a que ingrese mediante escalamiento al lugar del robo con fuerza o, en aplicación de la segunda parte del número 3, con quien ahuyenta al perro de la víctima mientras otro la mata⁷⁴.

Tal como se indica en el texto de Couso y Hernández, Existen, no obstante fallos que incluyen en el número 1, supuestos que difícilmente pueden considerarse como actos ejecutivos, como es el caso de los vigilantes y de quienes en general prestan apoyo logístico o “cobertura” , como se sostiene en los fallos de 5 de Mayo de 2006 y 22 de marzo de 2007 de la Corte de apelaciones Santiago , respectivamente, si bien en general estos se suelen tratar correctamente en sede del número 3 del artículo 15 del Código Penal⁷⁵.

Los demás casos de coautoría recogidos en el número 3 del artículo 15 del Código Penal, suponen la existencia de concierto previo y un tipo de aporte (facilitación de medios o presenciarlo), no constitutivo de conducta ejecutiva. Como se ha dicho, aquí se favorece una interpretación que exige además que ese aporte sea de carácter esencial.

Es necesario que el medio facilitado haya sido efectivamente empleado en la ejecución del delito concertado. Pero también se admite que, al menos, sea el medio que se haya empleado en el comienzo de la ejecución del delito. Con respecto al presenciar el hecho sin tomar parte, la ley reconoce aquí expresamente el carácter de “apoyo moral” que puede revestir la complicidad, pues no es necesario ejecutar ningún hecho material diferente a encontrarse en el lugar del delito.

La práctica jurisprudencial en general no reconoce limitaciones, y es normal, que en caso de concierto previo se vea realizado el número 3 del artículo 15, cualquiera que sea el aporte al hecho. Así por ejemplo en la obra aludida de Couso y Hernández, se

⁷³ Ibid, p. 404.

⁷⁴ ETCHEBERRY Orthustegui, Alfredo.Op.Cit., p. 30.

⁷⁵ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Hector.Op.Cit., p.406.

hace referencia a sentencia de 9 de Marzo de 2006 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, que sostiene que es suficiente previo concierto, con haber observado la conducta del otro interviniente. Además se alude en el texto citado, a fallo de 3 de Mayo de 2005, pronunciado por la Corte de Apelaciones de Talca, que sostiene que basta el aporte consistente en haber trasladado en una camioneta a una parte de los perpetradores hasta las inmediaciones del lugar del robo y que, en todo caso, termina declarando abiertamente, que aunque no se pudiera considerar al sujeto como genuino coautor sino solo como cómplice, de todos modos sería castigados con las penas del autor de acuerdo con el artículo 15 número 3⁷⁶.

Hay excepciones relevantes, especialmente la sentencia de 14 de Septiembre de 1999 ,pronunciada por la excelentísima Corte Suprema , que luego de descartar que el criterio de delimitación entre la coautoría y la complicidad pueda ser el mero concierto previo o la contribución al hecho, que considera requisitos comunes a ambas figuras, adscribe a la idea de dominio final del hecho y sostiene que también tiene el dominio final del hecho, aquel, que en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero si acerca de su no consumación. Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al artículo 15 número 3 del código penal, es lo que se conoce como coautoría y que significa, en rigor compartir el dominio del hecho⁷⁷.

En términos similares, también citada en el código penal comentado referido, la sentencia de la Corte Suprema de 20 de Diciembre de 1999, afirma que “considerando el concepto de autor aceptado por nuestra legislación, aparece acertado, como lo hace el fallo en estudio, determinar si los sujetos imputados tenían o no dominio(o poder)sobre la verificación del hecho punible, esto es, si su actuar contribuyó a realizar el resultado descrito en el tipo penal o , dicho de otra manera, si separando sus acciones, la omisión imaginaria de las desplegadas por aquellos haría fracasar el fin lesivo perseguido”⁷⁸.Si se acogen criterios restrictivos habría que desarrollar criterios de esencialidad del aporte. Que la letra de la ley no respalde explícitamente una lectura de esta índole no representa un obstáculo para ella, como lo prueba que quienes domicilian la coautoría en el número 1, hacen las mismas distinciones que las que aquí se proponen a partir de un texto legal que tampoco las respalda, como decir que “el loro o vigilante”, será coautor o cómplice según la” funcionalidad de su aporte⁷⁹.

⁷⁶ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Hector.Op.Cit.,p.406.

⁷⁷ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Hector.Op.Cit.,p.406.

⁷⁸ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Hector.Op.Cit., p.407.

⁷⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS. Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003, p. 420 y s.s.

3. 2. - REQUISITOS DE LA COAUTORIA.

Ante las reflexiones formuladas en el anterior apartado, se indicarán y analizarán los dos requisitos que a nuestro juicio son exigidos en torno a la coautoría.

1. Se requiere el acuerdo, expreso o tácito, tendiente a la realización del hecho en su conjunto, cuyo efecto es la inmediata imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho, en el marco de éste común acuerdo.

Para Roxin, son coautores, los que llevan a cabo conjuntamente un hecho delictivo, y en consecuencia actos característicos del tipo, siempre que medie entre ellos un acuerdo. Dicho autor habla de coautoría funcional, cuando varios correalizan la ejecución en distintos papeles, de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo, de manera tal, que lo peculiar de la coautoría es que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. El dominio completo (del hecho) reside en las manos de varios, de manera que estos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global.

En efecto, para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica, consistente en que habrá co-dominio del hecho , cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estado de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa precisa aportación, aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores⁸⁰.

En este prisma Bullemore cita a Roxin, resaltando lo atinente a que es indispensable que cada uno de los coautores tenga en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división de trabajo (de modo que si no se cumple con su parte, el hecho no se verificaría)⁸¹.

⁸⁰ BACIGALUPO, Enrique. Derecho *Penal* .Lima. G.A.R.A. Editores, 2.004. p.306.

⁸¹ BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op. Cit., p. 119.

Se requiere el acuerdo, pudiendo ser expreso o tácito, tendiente a la realización del hecho en su conjunto. El acuerdo que provoca el nexo, es un requisito objetivo de la coautoría, pues esta exigencia debe ser acreditada, en el proceso, sin embargo posee una proyección subjetiva, desde el momento en que el contenido del acuerdo, asigna el límite del dolo de los malhechores⁸².

El acuerdo o decisión que debe concurrir, es un componente subjetivo, indispensable en la coautoría. Este elemento constituye quizás la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho. El acuerdo en común, es la concordancia de voluntades, debiendo fijarse la distribución de funciones mediante la cual ha de obtenerse el resultado perseguido en común, mediante la unión de fuerzas.

Además en la distribución o repartición de funciones debe ponerse de manifiesto que la responsabilidad del hecho gravita sobre las espaldas de todos los intervinientes⁸³. La coautoría es autoría, y su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas.

Solo hay coautoría si los distintos intervinientes obran con una voluntad común. Por esta razón, la coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad compartida, de suerte que el exceso consciente de uno de ellos no grava a los restantes, siendo indispensable hacer presente que basta que los otros intervinientes obren a su respecto con dolo eventual. Por ello, el que solo se había concertado para la ejecución de un robo con intimidación, pero sabía que sus coautores eran portadores de armas de fuego cargadas, y no hizo nada para asegurarse de que no las usarían, excepto pedirles que no lo hicieran, debe responder por el robo con homicidio que a la postre se consumó, pues su modesta expresión de oposición no constituye manifestación seria de una voluntad de evitación. Bajo este prisma se puede estimar que la coautoría llega hasta que alcanza la voluntad comprometida⁸⁴.

En este sentido, Muñoz Conde y Aran, si bien es cierto abandonan la importancia de la entidad de la contribución, exigen que exista un acuerdo previo en la realización del delito, señalando que no basta un acuerdo previo en la realización de un delito, para que todos los que contraigan ese acuerdo, sean ya por eso coautores del delito, siendo necesario además que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón importante en todo el acontecer delictivo⁸⁵.

⁸²GUZMAN Dalbora, José Luis. Op. Cit., p. 490.

⁸³BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op Cit., p. 119.

⁸⁴CURY Urzúa, Enrique. Op. Cit., p.611.

⁸⁵MUÑOZ Conde, Francisco. y GARCIA Aran, Mercedes. Derecho Penal. Op.Cit., p. 439.

Hans Welzel señala dos elementos de la coautoría. Los cuales corresponden a la decisión común del hecho y la ejecución común del hecho delictivo. En este contexto, tal como lo cita Bullemore y Mackinnon, para Welzel, el acuerdo o decisión común es un componente subjetivo indispensable en la coautoría, siendo este elemento quizás la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho⁸⁶. La ejecución del hecho como segundo requisito respecto de la coautoría, para Welzel, significa que cada coautor efectúe una contribución objetiva al hecho. Este requisito según la teoría del dominio del hecho, exige que en el ejercicio funcional del hecho cada uno realice sobre la base del acuerdo común, una actividad complementaria en la verificación del tipo objetivo.

El acuerdo de voluntades es condición necesaria, pero en modo alguno suficiente de la coautoría, pues esta requiere además, que el autor intervenga funcionalmente en la realización del hecho típico⁸⁷.

2. Prestación de la Contribución Funcional a la realización del hecho común. Si bien es cierto algunos autores no lo consideran un requisito autónomo, estimo que es necesario enfatizar que para que exista coautoría es indispensable y excluyente que los distintos intervinientes presten a la realización del hecho una contribución, que “haga funcionar” el plan conjunto, siendo funcional a la realización del hecho, de tal manera que si uno de ellos la retira, el proyecto fracasa; pero al mismo tiempo, la actividad de cada cual es, a su vez, dependiente de que los restantes realicen la suya, porque por sí sola es incapaz de conducir a la consumación. Es necesario hacer presente que basta para considerarlo autor que éste realice una parte cualquiera de la acción típica, no siendo fundamental la ejecución material de una parte del hecho típico, sino de cualquiera que tenga en sus riendas el quehacer típico, lo que se extiende al conocimiento de representación del resultado final típico probable, bajo la lógica del dolo eventual.

Para ponderar la contribución al hecho y en definitiva el dominio del hecho, debe exigirse siempre una valoración que debe concertarse frente a cada tipo y a cada forma concreta de materializar una conducta típica.

Tal como se dirá en lo atinente a la autoría mediata, no hay duda de que un sujeto tiene el dominio del hecho cuando realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo, pero también tiene el dominio del hecho cuando se vale de otro que no realiza la conducta. También tiene el dominio del hecho el que se vale de otro que actúa atípica o justificadamente.

⁸⁶ BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Roehrs, Jhon. Op. Cit., p. 125.

⁸⁷ CURY Urzúa, Enrique. Op. Cit., p.612.

La coautoría funcional ocurre cuando el aporte al hecho que cada sujeto hace es de tal naturaleza que sin el mismo hecho no hubiera podido realizarse. De acuerdo a esta conceptualización, para saber si estamos en un caso de coautoría o de participación en sentido estricto, vamos a tener que tener en cuenta cada supuesto en concreto, también del plan efectuado.

Según Roxin, la cuestión aquí reside no en si se ejecutan actos típicos, sino en si realmente con la vigilancia se toma parte en la ejecución del hecho o no, esto es, si el resto de los intervinientes, en el caso concreto, cuentan o no con esa vigilancia para la realización del hecho. Si “no se atreverían a hacerlo si no quedara alguien vigilando”, sería coautoría. Pero si “podrían actuar sin él”, el vigilante sale sobrando, no tomando parte en la ejecución del hecho, y solo puede considerarse un cómplice (penado o no como autor, según nuestra ley, en atención a su conducta concreta).

En el caso del robo con homicidio, tal como se ha señalado en esta actividad, la jurisprudencia condenaba en principio a todos los participantes del delito sin hacer distinción de los diferentes roles de cada sujeto en cada hecho.

Cercano a un criterio de validación del “*Versare in re ilícita*”, la casación chilena de principios de siglo sostuvo que concertados los reos para cometer el robo con violencia en las personas, si de la misma resulta una muerte son responsables todos, aunque alguno no hayan participado “dolosa y jurídica-penalmente en la muerte”. Criterio ciertamente sin cabida bajo una teoría del dominio funcional del hecho, en mérito de los argumentos vertidos, con énfasis en los requisitos de la coautoría.

3.3.- EXCESO DE DOLO DEL COAUTOR Y CRITERIOS DE NUESTROS TRIBUNALES SOBRE EL EXCESO DE DOLO DEL COAUTOR.

Precisamente, a la luz de la última reflexión y en atención a la situación fáctica que se produce, al concertarse dos personas, para realizar en conjunto un delito de apropiación violenta bajo la fórmula del artículo 432 y 436 del Código Penal, en que uno de ellos se excede del concierto previo, sea expresa o tácitamente, y emprende mortalmente, contra la víctima, surge la necesidad de examinar el tratamiento tanto doctrinario como Jurisprudencial que se le ha dado a este especial caso de autoría.

En este tema es importante hacer énfasis en lo señalado, en torno a la convergencia intencional, que se produce, como llama Soler, al concurrir la unidad jurídica-penal provocada, al tratarse de dos o más individuos integrando una acción común, que implica desde un punto de vista objetivo las acciones de varios actores que constituyan en conjunto un solo delito, en este caso se habla de coautoría⁸⁸. En la compleja estructura del robo con homicidio, que consta de dos acciones, robo y homicidio, que unidas configuran este delito, la ejecución de los hechos puede dividirse entre los distintos autores, por lo que uno o unos puede o pueden ejecutar la apropiación de los bienes corporales muebles y otro u otros puede o pueden ejecutar la muerte, aunque, para que se puede imputar este delito a ambos o a varios autores será necesario que el dolo sea convergente en el objetivo de robar y matar.

Cada coautor responde del hecho, siempre que este permanezca en el ámbito de la decisión común acordada previamente. Cualquier tipo de exceso de uno de los coautores repercutirá en la forma de imputación subjetiva del resultado que se haya cometido por exceso. Así, unos pueden responder a título de dolo y otros a título de imprudencia o responder en absoluto del exceso, puesto que en la coautoría todos son autores del hecho, pudiendo ser que cada uno responda de un título delictivo diferente⁸⁹.

En sentencia pronunciada con fecha 23 de Noviembre de 2004, de la Corte de Apelaciones de Talca, se manifiesta la necesidad de existir un concierto entre los partícipes para que puedan ser considerados autores.

A la luz del fallo mencionado, es posible dar por acreditada la participación culpable que en calidad de autores cupo a los acusados en el hecho reseñado, pues

⁸⁸SOLER Sebastián. Derecho Penal Argentino Tomo II. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. 1992, p. 315 y ss.

⁸⁹MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA Aran, Mercedes .Op.Cit., p.441.

concertados, han intervenido en él de una manera inmediata y directa, toda vez que se arribó a la conclusión de que “ aproximadamente a las 20 horas, del día 1° de septiembre de 2003, en circunstancia que la víctima Luis Ortiz Cotal se encontraba en compañía de su amigo Jesús Cavieres, sentados a un costado de la garita de la bomba de bencina YPF, actuando en la oportunidad cuatro personas, previamente concertadas y, en conocimiento de que, al menos una de ellas portaba arma de fuego, se distribuyen funciones, correspondiendo al menor G. R. Q. permanecer en actitud de vigilante, desde un teléfono público, vistiendo en esa ocasión una casaca con franjas blancas, entre tanto, las otras tres personas esperan en las cercanías de la garita una señal para actuar; así G. R. Q. cuando estima que no existía presencia de otros, da un silbido como señal para que actúen Lobos Lillo y Quinteros Ortega, junto al otro menor “Cabro Chico”, éstos abordan a la víctima, persona que era la encargada de la estación de servicio, a quien apunta Quinteros Ortega y al acompañante lo hace Lobos Lillo; ante la inmediata reacción del primero y, mientras se levantaba del lugar donde se encontraba, dispara Quinteros Quiroga, lesionando su cuello, mediante un impacto de bala calibre 22 cuya entrada y trayectoria puede ser explicada por el desplazamiento que la víctima pretendió al levantarse, pues según lo señaló el médico legista la bala ingreso por el cuello, de izquierda a derecha con una leve inclinación descendente impacto de bala que en definitiva le provocó la muerte por insuficiencia respiratoria al lesionar la tráquea, cavidad pleural derecha, atravesando el lóbulo superior del pulmón derecho; entre tanto Lobos Lillo, también apuntando, con un elemento contundente, lesiona al acompañante y le ocasiona una contusión de carácter leve, a consecuencia de la cual cae.

En esta referida sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, se indica respecto a la coautoría, que “... puede existir dudas acerca de la persona que efectuó el disparo, sin embargo, a su juicio quien dispara o quien portaba armas el día de los hechos carece de relevancia, por cuanto al haber existido entre los partícipes un acuerdo previo para perpetrar un delito, estableciendo las tareas de cada uno; añade que los que aparecen agrediendo a la víctima son Lobos Lillo y Quinteros Ortega pero, de acuerdo a la teoría de la participación, basta haber tomado parte en la ejecución del hecho, ha de haber existido convergencia de voluntades en orden a realizar el hecho y aceptar sus consecuencias; en tal sentido, ambos son culpables.”

Al igual que la ejecución conjunta, el acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso como el hecho que es. Sin embargo posee una proyección y evolución subjetivas, desde el momento que el contenido del acuerdo signa también el límite del dolo de los malhechores.

El efecto de la coautoría, es decir, que todos respondan por el todo, que a cada ejecutor parcial se impute también lo obrado por los demás, depende de que el entero espectro de la situación responda a lo que acordaron y se representaron. Que la culpabilidad es un elemento eminente personal del delito, eso no se discute, y nadie puede ser perjudicado por actuaciones individuales que sobrepasen el delito convenido y el correspondiente margen de dolo. Luego, la dependencia funcional entre los coautores se deshace si uno de ellos incurre en exceso. Este obra entonces como autor directo del dato sobreabundante y no arrastra en su delito la responsabilidad de sus compañeros, precisamente porque estos últimos no le secundaron ni estaban dispuestos a seguirle en ello. En suma “cada coautor responde solo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso de otro”, lo cual contemplado desde la óptica subjetiva implica que “cada coautor responde por el obrar de los demás solo en el marco de su dolo”⁹⁰.

Ahora bien, el exceso del autor puede adoptar dos manifestaciones independientes, se habla de exceso cuantitativo cuando el sujeto ejecuta una acción más grave que la que se representaron los demás miembros del grupo, y de exceso cualitativo, si lo realizado por él, constituye un algo distinto de lo considerado en el pacto.

Quedan excluidos de este plexo de problemas las desviaciones carentes de relevancia o no esenciales, esto es, las actividades que no alteran ni extienden en lo medular del plan, de esta suerte si el acuerdo era robar intimidando, las violencias de menor entidad que irroguen uno de los autores a los autores, dejan a salvo, para todos, el delito del artículo 436 del Código Penal, cuyo núcleo de injusto reside alternativamente en el empleo de violencia o intimidación. En cambio el robo con homicidio se presta fácilmente a excesos cuantitativos sobre la hipótesis básica del robo. Por supuesto, la ampliación del plan original conduce a la responsabilidad de todos los coautores cuando emana de un acuerdo común, el cual vendría a ser un nuevo acuerdo, que, como vimos, puede presentarse durante la ejecución del acto principal, el robo. Pero si uno de los sujetos mata y este resultado, yacente fuera del complot primitivo, que permaneció sin alteraciones, no fue abarcado al menos por el dolo eventual de los otros, estos responden del tipo básico. En otras palabras, se rompe la estructura compleja y cada cual será llamado a responder por lo que hizo. El homicida del delito del artículo 433 número 1 del mismo cuerpo punitivo, y los demás como coautores de robo simple “porque faltando en ellos el dolo requerido por el tipo del robo con homicidio, en verdad no han participado en este delito, sino únicamente en robo no calificado”⁹¹.

⁹⁰Guzmán Dalbora, José Luis. Op. Cit., p. 484.

⁹¹Guzmán Dalbora, José Luis. Op. Cit., p. 485.

En el mismo sentido se manifiesta Etcheverry, quien ratifica que en quienes no concurre ni siquiera dolo eventual con respecto al homicidio responderán solo por robo simple.

Siguiendo la línea de elaboración doctrinaria de Guzmán Dalbora, es indispensable, llegado el momento de aplicar el análisis dogmático a los hechos se perfila de inmediato la sempiterna dificultad procesal de la coautoría, a saber, la demostración del contenido y alcance del acuerdo. Como de sus deliberaciones y designios de los delincuentes no suelen dejar testimonio escrito, casi siempre es indispensable inferirlos de ciertos indicios, en especial, de la conducta y las conductas tenidas por cada quien, durante las etapas del delito.

Tal como lo dice Vivanco, si los co-participes actuaron con dolo eventual respecto del homicidio, el problema desaparece, pues en tal caso no cabe duda alguna de que también se han hecho responsables de él, ya que el dolo eventual es tan dolo como el llamado principal⁹². Como dice Soler, todos responden por el hecho total, pero en la medida de su culpa, y esta se mide para cada uno de ellos, conforme sea conocida, o a lo menos como posible la acción del otro partcipe. Con respecto a esta categoría, la teoría del dolo eventual reviste, según la ley positiva, la mayor importancia. Para la responsabilidad del copartcipe no es necesaria la demostración de la intención directa, bastando la intencionalidad eventual⁹³.

Estimo que solo puede afirmarse y a la luz de las enseñanzas de Welzel, que hay dolo conforme a la medida de lo que realmente el autor se ha representado y ha consentido. De esta forma, cada tribunal puede inducir de ciertos hechos reveladores la existencia de dolo eventual, como el caso, en que se deja por establecido esa clase de culpabilidad para el coautor de robo con homicidio que presta un revolver a su co-reo para efectuar un robo, pues con tal acto era dable suponer en el sujeto, la previsión y asentimiento del homicidio.

Vivanco en la época de publicación de su obra, indicaba que aunque en los pocos fallos de nuestros tribunales en que ha correspondido abordar cuestiones de participación en este delito, no puede decirse que se encuentre propiamente construida la doctrina al respecto, en alguno de ellos se adopta la posición que rechaza la división de responsabilidades y que, como decía, parece tener estrecha relación con la idea de que el delito es calificado por el resultado⁹⁴. Lo descrito se opone también a la consiguiente punición por títulos diversos, argumentando que ello es contrario al principio de indivisibilidad del delito. Por eso es que solo siguiendo la idea de que este

⁹²VIVANCO Sepúlveda, Jaime., Op. Cit., pp. 94 y ss.

⁹³SOLER, Sebastián. Op.Cit., pp. 315 y ss.

⁹⁴ VIVANCO Sepúlveda, Jaime., Op. Cit., pp.99 y ss.

delito es calificado por el resultado mortal, puede concluirse, en materia de participación, que la co-responsabilidad por robo con homicidio es indefinida, alcanzando hasta los que no estuvieron en dolo con respecto a la acción de matar, pues para comenzar, él no es necesario para el ejecutor material de la muerte.

El exceso se dará en un caso de robo con intimidación que acabó en robo con homicidio, si el tercer interviniente hubiese ignorado que los otros portaban armas capaces de causar la muerte, y hubiese confiado razonablemente que, en el peor de los casos, se servirán de su fuerza física para reducir una posible resistencia de la víctima.

Por este mismo camino debe resolverse la situación de los que, concertados únicamente para un robo en que no se consultaba el homicidio como posible, han facilitado los medios con que se lleva a efecto el hecho, en el cual los ejecutores han excedido del acuerdo común, matando. En ambos casos, instigadores y cooperadores concertados, se consideraran autores en la medida de su propia culpa en el hecho.

Luis Rodríguez Collao, indica que la pena solo puede ser impuesta a quienes intervengan como autor en los dos hechos que la norma prescribe, descartándose en caso de que la intervención de una persona se limite a uno solo de tales hechos y también cuando un individuo toma parte como autor en uno y participe en otro. El artículo 433 número 1 del código penal, exige que el robo y el homicidio hayan sido cometidos por la persona que debe soportar el castigo⁹⁵.

Sostiene el mismo autor, que en caso de concurrir varias personas a la ejecución de los hechos, no es necesario que cada uno de ellos haya realizado en su integridad todos los actos que los tipos de homicidio y robo requieren. Será decisivo que el imputado pueda ser considerado autor de ambos delitos de acuerdo con las hipótesis del artículo 15 del Código Penal, porque solo así podría decirse que aquel técnicamente los cometió, tal como lo exige el 433 número 1 del código penal. La coautoría, presupone la existencia de un acuerdo de voluntades que se haga tanto extensivo al acto de la apropiación como muerte de la víctima⁹⁶.

Puesto que Robo y homicidio solo pueden cometerse dolosamente, forzoso es concluir que lo previsto en el artículo 433 número 1 del código penal, exige haber actuado con voluntad de apropiarse de una cosa mueble ajena y con voluntad de matar a la víctima. Lo único que debe existir desde el comienzo es el ánimo de apropiación.

⁹⁵ RODRIGUEZ Collao, Luis. Op.Cit., p.140.

⁹⁶ RODRIGUEZ Collao, Luis. Op.Cit., p.140.

El propósito de matar puede venir después, lo que se justifica con el empleo de la frase “ocasión”, que alude a la muerte durante la sustracción, ni prevista ni deseada en principio, pero que en los hechos se ha impuesto”.

La opinión en Chile señala que basta con el dolo eventual, y esto impera en la jurisprudencia. Una corriente de opinión, dice que basta el dolo eventual en caso de que el homicidio se cometa con ocasión del robo, siendo exigible el dolo directo respecto de la muerte que ocurre “con motivo” de aquel delito, porque a nivel subjetivo, este último vínculo presupone un grado de determinación que es solo compatible con la actuación con dolo directo⁹⁷.

“El dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo penal y se conforma con ella. El contenido del injusto del tipo penal es menor al de las otras dos clases de dolo (dolo directo y dolo indirecto o de consecuencias necesarias), porque aquí el resultado no fue ni propuesto, ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas”.

No obstante existe, la conciencia del peligro, la posible realización del mismo y la conformidad de parte del autor, con la producción del resultado. Cuestión que lo diferencia con la culpa consciente o culpa con representación, pues el “sujeto al realizar la acción es consciente del peligro de la misma y del posible”, desenlace dañoso que puede ocasionar, pero no acepta su resultado, por el contrario confía en que mediante sus habilidades personales podrá evitar el mismo”⁹⁸. La penalidad es atenuada respecto de último, por cuanto no se propuso la lesión de algún bien jurídico protegido.

Añade el mismo autor que “resulta por demás interesante la postura de Bustos Ramírez quien ubica al dolo eventual dentro de los procesos en que se quiere evitar, que son propios de la culpa”⁹⁹, especificando que “en realidad sólo existen dos procesos, unos que afectan directamente el bien jurídico y quienes lo transitan obran con dolo y aquellos en que una determinada actividad implica un riesgo especial para los bienes jurídicos y por eso se exige un cierto cuidado, que son denominados de culpa. No hay una tercera posibilidad”¹⁰⁰. En el mismo sentido, la doctrina ha creado varias teorías a fin de establecer las diferencias, pudiendo diferenciar la teoría del “consentimiento”, de la “indiferencia” y la de la “probabilidad”. Al ser una materia, excesiva a los fines de este trabajo, sólo me limitaré a enumerarlas, pues sea cual sea la que se adopte, para efectos de circunscribirla a nuestro trabajo, deberemos analizar, su concurrencia en nuestro tipo penal de robo con homicidio. Al respecto, se debe

⁹⁷RODRIGUEZ Collao, Luis. Op.Cit., p.142.

⁹⁸LETNER, Gustavo. *Dolo eventual y culpa consciente* [en línea] <http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/letner_dolo_eventual> [consulta 21-02-2.017].

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

descartar de plano la culpa consciente, como forma de punibilidad del delito de robo con homicidio, pues la exigencia es la concurrencia de dolo directo, tanto del autor como del coautor¹⁰¹.

Mayor complejidad reviste el análisis del dolo eventual, más aún en la situación descrita precedentemente, esto es, en el contexto de un delito complejo como lo es el robo con homicidio y especialmente, en la situación de existir por parte de uno de los coautores, exceso de dolo, cuestión explicitada precedentemente. En este caso, los coautores, podrían situarse en el ámbito del dolo eventual, pues uno de los partícipes, supera el acuerdo, esto es, mata a otro en el contexto del robo, produciéndose un resultado, en el que los coautores, no estaban de acuerdo, no obstante, cuyos resultados se preveen o se representan como posible, conformándose con el resultado. La doctrina mayoritaria, considera al dolo eventual, como suficiente, para configurar el tipo penal de robo con homicidio.

En este sentido la jurisprudencia, ha igualado el dolo directo con el dolo eventual, no obstante existir algunos fallos interesantes en sentido contrario que hacen una diferenciación entre ambos dolos, referente al robo con homicidio, como ocurre en la sentencia número 29 de la Corte Suprema, de fecha 3 de Abril de 1958, contra César Castro Araya, que revoca una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 11 de Octubre de 1957.

La Sentencia referida emanada de la Corte de Valparaíso, se pronuncia respecto de la participación de tres sujetos que, concertados para realizar un robo e ingresando dos de ellos al lugar de los hechos, mientras el tercero de estos permanecía fuera del mismo, para vigilar y avisarle a los otros dos el momento en que les fuese posible salir. El fallo hace responsables a todos en calidad de autores del delito de robo con homicidio, pues, respecto de los dos primeros, no obstante, "faltar la intención de matar, el homicidio debe ser considerado como resultado posible, que necesariamente debió representarse en la mente de los reos, y que no obstante aceptaron el riesgo que implicaba atacar con un arma contundente, y perseveraron en su propósito delictual, por lo que la responsabilidad de los hechores derivaría en todo caso del dolo eventual y que a todos afectaría en la misma medida" (cons.29, 30° y 34°)¹⁰².

Esta Sentencia, respecto de la participación del reo que habiéndose concertado para robar, permaneció vigilando para acechar cualquier sorpresa u obstáculo que impidiera la realización del delito, es la de co-autor, ya que encuadra dentro de la del

¹⁰¹ Sin perjuicio de la postura de Antonio Bascuñán, reseñada con ocasión del estudio de la ley 13.303 del 31 de marzo de 1959, de este mismo trabajo, quien funda la posibilidad de admitir la comisión culposa de este delito.

¹⁰² Corte de apelaciones de Valparaíso, considerando 29° ,30° y 34°, Revista de Ciencias Penales, tercero época, 1957-1960, Tomo II, p. 235.

número 3, del artículo 15, que considera autores a los que “concertados para la ejecución del delito, facilitan los medios, para que se lleve a efecto”, medio que en la especie consistió en quedarse apostado en la entrada a la expectativa, a fin de avisarles el momento oportuno para que pudieran salir sin ser vistos; conducta que hizo posible la comisión del delito de robo”.

La Corte Suprema, revocó el fallo, no igualando el dolo directo con el eventual. Determinando, que en el fallo, recién individualizado, la sentencia no cumple con la exigencia del número 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, pues “aquel que habiéndose concertado con otros para robar y que permaneció vigilando, mientras aquéllos actuaban, es constitutiva de robo con violencia y que no tuvo la intención, ni se representó la posibilidad de muerte de la víctima....”.

Finalmente, en un fallo de la Excma. Corte Suprema, en el marco de un recurso de nulidad, específicamente en el considerando vigésimo tercero, se sostiene en lo que al tipo subjetivo de homicidio se refiere resulta indiscutible que los agentes actuaron al menos con dolo eventual. En efecto, el consentimiento del resultado como elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que éste deba necesariamente satisfacer los deseos del autor. Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor, sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico.

El autor de robo con homicidio y también los coautores, deben ser inspirados por el ánimo de lucro, que solo rige sobre la apropiación, porque la muerte ha de estar motivada por razones distintas pero vinculadas con el perfeccionamiento del robo.

Nuestros tribunales, en términos generales han circunscrito el exceso de dolo al interviniente que lo ha provocado. Así, estos han señalado que “el hecho no puede perjudicar a los otros, de modo que si en la especie no existió convergencia subjetiva, hacia el objetivo común de apropiarse de cosa ajena matando a un hombre, si en el dolo de los acusados no subyacía la representación y asentimiento siquiera eventual en la muerte de una persona, como medio para lograr la impunidad, esos sujetos no pueden ser responsabilizados por robo con homicidio”.

En el mismo sentido, se ha seguido el planteamiento de Mario Garrido Montt, según el cual “la responsabilidad de los coautores se limita exclusivamente a lo comprendido en el acuerdo previo; en relación al exceso, responde únicamente aquél que lo provocó”¹⁰³.

¹⁰³GARRIDO Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1995. p. 329.

Dicho razonamiento sería, asimismo, el recogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 26 de Septiembre de 2016¹⁰⁴. Este, en su considerando cuarto señaló “que la prueba rendida permite concluir con certeza que el acuerdo que unificó la voluntad de los tres acusados estuvo referido a obtener la apropiación de las especies ajenas, aceptando todos que para ello se ejerciera amenaza e intimidación en la persona de las víctimas, puesto que sabían que uno de ellos, el procesado Daniel Rodrigo Díaz Góngora, portaba un arma de fuego”.

Por su parte, el considerando Quinto de la aludida Sentencia, señaló que en lo que se refiere al título de robo con homicidio, que la ponderación de los elementos probatorios referidos, no permite a este tribunal arribar a la convicción plena que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que todos los copartícipes hayan tenido el dolo de matar, ni previsto, ni aceptado ese resultado. En efecto, es un hecho acreditado en el proceso que el disparo que causó la muerte de Oscar Jara Osses lo efectuó el procesado Díaz Góngora, actuando de manera imprevista a quemarropa, apuntando directamente el revólver que portaba sobre la región frontal del cráneo del occiso, cuando los otros partícipes ya habían logrado la apropiación para lo cual se habían concertado, sin que la víctima hubiera ofrecido resistencia.

Por último, el Considerando Sexto señala que, “se estableció que en estas circunstancias, la acción desplegada por Díaz Góngora, alteró el plan delictivo común, y ello no se produjo por un hecho meramente circunstancial, sino por una decisión personal suya, que no era siquiera necesaria para alcanzar la apropiación proyectada, pero que, aplicable a su caso se produjo ciertamente con ocasión del robo. Con esta actuación Díaz Góngora se excedió del objetivo perseguido por sus copartícipes, causando un resultado más grave que sobrepasa ostensiblemente lo planeado”.

Al concluir éste capítulo, debo señalar que el exceso del dolo del coautor, dependerá exclusivamente de la presencia del elemento dolo, respecto de la intervención dolosa del otro copartícipe, para lo cual se deberá analizar casuísticamente, bajo la premisa que el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico en este caso el homicidio, dentro de las hipótesis del 433 número 2, se debe desprender de acciones determinadas, materiales o inmateriales, dentro de un esquema de división de trabajo.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago Rol 10.422- 2006 de fecha 26 de Septiembre de 2006.

CAPITULO IV: AUTORIA MEDIATA E INDUCCION.

Nuestro código penal, en el artículo 15, número 2, se refiere a dos supuestos de autoría, no obstante la doctrina distingue, a su vez, dos situaciones diversas, autoría mediata, en el caso de haber realizado el tipo penal mediante otro que ha sido utilizado como instrumento de su obrar, e inducción o instigación respecto de quienes fuerzan a otro a ejecutarlo.

Al respecto el profesor Vivian Bullemore y John Mackinnon, estiman que es “autor mediato quien se vale de la conducta de otro para cometer un delito”¹⁰⁵.

Enrique Bacigalupo, señala que se entiende por autor mediato al sujeto “que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento), para la ejecución de la acción típica.”, siendo para el mismo autor lo que caracteriza el dominio del hecho, la “subordinación de la voluntad del ejecutor a la del autor mediato”¹⁰⁶.

Es posible, resumir la idea de la Autoría Mediata, en palabras de su principal teórico, el profesor Roxin, quién en términos generales señala que es Autor Mediato, quien hace ejecutar el hecho “mediante otro, cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada”. Para este mismo autor, la autoría mediata se caracteriza como “dominio de la voluntad”, señalando al respecto que aquello implica “la posibilidad de que alguien realice el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra interpuesta persona que le sirve de instrumento para sus fines y que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro, que es el autor mediato”¹⁰⁷.

En la actualidad, se reconoce ampliamente su estatus dogmático como forma autónoma de autoría. Respecto de su anclaje legal, sin embargo, las opiniones están divididas. Mientras algunos sostienen que, al igual que la autoría inmediata, su tipicidad

¹⁰⁵BULLEMORE, Gallardo, Vivian y MACKINNON Rohers, Jhon. Op. Cit., p.122.

¹⁰⁶BACIGALUPO, Enrique., Op. Cit., p.234.

¹⁰⁷ROXIN, Claus. *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*. 1970, p. 62

se desprende de los tipos penales de la parte especial¹⁰⁸, otros, como Ríos, la extraen de distintos pasajes del artículo 15 del Código Penal¹⁰⁹.

Distinta, y no se puede confundir, es la situación del “inductor” o “instigador”, considerado como quien “dolosamente, en forma directa, forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosamente típica o antijurídica. Instiga quien dolosamente crea dolo en otro”¹¹⁰.

Según Mario Garrido Montt, si “bien la inducción constituye una forma única de participación, ella puede revestir dos formas: recurriendo a medios intelectuales o empleando la fuerza”¹¹¹.

La inducción consiste en hacer nacer en otro mediante la persuasión, la resolución de ejecutar en hecho delictivo, exigiendo al efecto tres requisitos necesarios para que esta forma de inducción sea penalizada: 1.- Que el inductor actúe dolosamente, esto es, que su propósito sea que otro cometa un delito determinado, lo que excluye las simples sugerencias o consejos 2.- Que el inducido haya actuado producto de la inducción, es decir que haya sido decisiva para la perpetración del delito 3.- Que el inducido haya alcanzado al menos el grado de tentativa en la ejecución del hecho”¹¹².

En este sentido afirma Bacigalupo, la voluntad del inductor debe estar dirigida a la provocación de un delito, concretamente determinado; una inducción indeterminada es insuficiente para justificar punibilidad. Basta con que el inductor haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho que induce.

Por su parte, en lo relativo a los instigadores, nuestra legislación se encarga de ellos al referirse a los autores, en el artículo 15 número 2 del código penal, en términos similares a los propios de la autoría mediata; sin embargo, como bien lo expresa Bullemore y Mackinnon, “es claro que hay casos de autoría mediata en que nada tiene que ver la fuerza moral (coacciones o amenazas), como el sujeto que es contratado y mata a otro por dinero. En tal caso, la única forma de considerar al mandante es en su calidad de autor mediato, y sólo se le podría considerar incluido dentro de un concepto amplio de instigación”¹¹³.

¹⁰⁸ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Op.Cit., p.398.

¹⁰⁹ RIOS Arenal, Jaime. De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad. Revista de Política Criminal número 2 A4, pp.1-23.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General Tomo II. Santiago*. Editorial Jurídica de Chile, 2008. pp. 403-405.

¹¹² GARRIDO Montt, Mario. Op.Cit.403-405.

¹¹³ BULLEMORE Gallardo, Vivian y MACKINNON Rohers, Jhon. Op. Cit., p.123.

4.1.- CONCEPCIONES RESPECTO DEL AUTOR MEDIATO Y DEL INDUCTOR EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION NACIONAL Y EXTRANJERA.

Hay un grupo de autores chilenos que no se han hecho cargo de la autoría mediata y básicamente, exhibiendo lo de otros autores, se refieren a las formas clásicas de instrumentalización (coacción, error, etc.) o, admitiéndola, la examinan sin o con no mucho detalle, y en este colectivo se ubican Etcheberry, Novoa, y Garrido.

Etcheberry expone someramente las principales situaciones que la doctrina alemana ha desarrollado respecto a la autoría mediata, relativa a quienes no ejecutan el delito por sí mismos, sino que se valen de otro para realizarlo¹¹⁴.

Roxin señala, tras un análisis del caso Eichmann y de otros semejantes, la existencia de otra forma de dominio del hecho (junto a la coacción y el error), a saber, la que tiene lugar a través de un aparato organizativo de poder. El criterio definitorio del dominio del hecho reside aquí en el carácter recíprocamente intercambiable de los ejecutores, en su fungibilidad.

Ellos serían ruedecillas en el funcionamiento del aparato, sin que importe la persona individual del ejecutor. El factor decisivo para fundamentar, en esos casos, dicha forma de dominio del hecho, consiste en que los ejecutores (a quienes no se ha forzado ni se les ha usado como factor de "causalidad ciega"), aunque son autores plenamente libres y responsables, tal circunstancia carece de relevancia para los hombres que están detrás. Desde el "punto de observación" de estos -anota Roxin- los ejecutores inmediatos no representan sino figuras anónimas e intercambiables. Es cierto, que estos tienen pleno dominio de sus propias acciones (y en tal sentido no son meros participes, sino también autores inmediatos), pero en cuanto ruedecillas reemplazables en cada instante para la actividad del aparato de poder, son los hombres que están detrás quienes quedan situados en el centro del acontecimiento, los autores mediatos¹¹⁵.

Novoa, relata la autoría mediata, en base a lo que enseña Mezger, quien reseña la utilización de un instrumento que actúa sin dolo, intermediario doloso sin voluntad de autor, y comisión de delito especial utilizando instrumento no cualificado, como es el caso de autoría mediata en delitos especiales¹¹⁶.

¹¹⁴ETCHEBERRY orthustegui, Alfredo. Op. Cit., pp.97-98.

¹¹⁵ POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Op. Cit., p. 412.

¹¹⁶ NOVOA Monreal, Enrique. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. pp.159-162, pp. 166-167, pp.170- 187.

Garrido resume la Autoría Mediata en Roxin refiriéndola por medio de error, coacción, y aparatos de poder organizados y, explicando la palabra “directa” del artículo 15 número 1 del código penal, ratificando la autoría mediata para el que coacciona a otro, o recurre a alguien privado de razón, o engaña a otro haciéndole creer una situación diversa a la realidad, y que atañen, respectivamente a coacción, inimputables y menores, y error con instrumento que obra sin dolo ni culpabilidad¹¹⁷.

Otros autores, analizan significativamente la autoría mediata, incluso con ejemplos y denominaciones diversas de los expuestos, y concluyen acerca de su procedencia, ya sea aceptando o contradiciendo alguna de las formas establecidas, y se destacan, entre ellos, Politoff, Matus y Ramírez, como asimismo Cury.

En este sentido, Politoff, Matus y Ramírez, reconocen la autoría mediata por medio de coacción, con instrumento exculpado por fuerza moral irresistible o miedo insuperable, y todos convienen, que el ejecutor obra antijurídica y dolosamente y con culpabilidad excluida por una causal de exculpación, como la inexigibilidad de otra conducta por miedo insuperable o fuerza moral y que se produce por la coacción del autor mediato¹¹⁸, ya que el ejecutor está cubierto por una causal de exculpación, como la ausencia de capacidad para ser culpable. Aquí incluyen a la autoría mediata por medio de inimputables, menores y con un intermediario que actúa de buena fe y sufre error de prohibición, correspondiendo este a autoría mediata por error con instrumento que actúa sin conciencia de la antijuricidad¹¹⁹. Y, como se fija normativamente, aunque la violencia contra el ejecutor baste para vencer su resistencia psicológica, solo hay autoría mediata por coacción, si la ley no puede exigirle otra conducta al instrumento y, por eso, la regla general es que el gran dominio psicológico ejercido por el hombre de atrás no excluye la responsabilidad del ejecutor quien por ello es autor de propia mano e inductor quien lo requiere¹²⁰.

De la consideración de autores que hace el artículo 15 del código penal, es indiscutible que la autoría mediata no se establece expresamente en el derecho penal chileno, a diferencia de legislaciones europeas, como Alemania, Portugal y España, y eso explicaría porque el anteproyecto de nuevo Código Penal otra vez lo incluye, en su artículo 10 número 2, que reza:” Se consideraran autores, los que cometen el hecho por medio de otro”.

Al fin, el número 1 del artículo 15 del Código Penal, atañe solo al autor inmediato o material, ya que tomar parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa, aparte de no ser coherente con estar distante a la ejecución misma, y que es

¹¹⁷GARRIDO Montt, Mario. Etapas de ejecución del delito Autoría y participación”. Santiago, 1995. pp. 302-303.

¹¹⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. Op.Cit., pp.384-397.

¹¹⁹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia. Op.Cit., pp.384-397.

¹²⁰ CURY Urzúa, Enrique. Op.Cit.,pp.598-599.

característica de la autoría mediata, importa que quien es considerado autor solo se aprovecha de un proceso causal en cuyo desarrollo no ha intervenido y evita su interrupción, o sea, realiza un acto que excluye o aparta los obstáculos cuya presencia podrían llevar a la frustración y que no se identifica con el que despliega el autor mediato¹²¹.

Los que fuerzan del artículo 15 número 2 del Código Penal, presente indicativo del verbo forzar, connota justamente hacer fuerza o violencia física para conseguir algo, es decir, solo podría aplicarse a autoría mediata por coacción y en que ciertamente se ejerce sobre el ejecutor material una violencia física que no alcanza nivel de irresistible o se le amenaza, o sea, se trata de violencia moral o vis compulsiva¹²².

En este sentido, tal como se señala en el Código Penal Comentado de Couso y Hernández, en general se sostiene que hay autoría mediata solo en los casos en que la coacción provoca la exculpación del coaccionado por inexigibilidad de otra conducta, concretamente, fuerza irresistible o miedo insuperable en los términos del artículo 10 número 9, citándose a Cury, a Politoff, Matus y Ramírez. La opinión dominante sitúa esta forma de autoría mediata en la primera parte del número 2 del artículo 15, referida a “los que fuerzan directamente a otro a ejecutarlo [el hecho]”, entendiendo en consecuencia con lo ya dicho, la fuerza como vis compulsiva¹²³.

El artículo 15 número 3 del código penal, al exigir para la consideración de autor , que exista concierto previo, excluye de por sí, la autoría mediata, pues en esta no existe algún tipo de acuerdo entre el hombre de atrás y el actuante directo.

Reconociendo que se trata de un aspecto discutido, pero que no incumbe acá asumir, y como para algunos el artículo 15 número 3 contempla como autores a quienes son cómplices, la disposición revelaría que, con fines de pena, simplemente se limita a establecer quienes pueden ser estimados autores y por lo que, autor, puede ser tanto quien la ley señale como quien lo es conforme al artículo 14 del Código Penal y en relación al tipo penal correspondiente de la parte especial.

Al disponer al artículo 14 del código penal que “ Son responsables criminalmente de los delitos: 1° Los autores...” y el artículo 15 a quienes se considera autores, podría inferirse que no cabe punir como autor a quien por cierto la misma ley no considera tal; es más, el cumplimiento de la exigencia del artículo 50 inciso primero del código penal, de que “ A los autores de delitos se impondrá la pena que para este se hallare señalada por la ley”, resultando como practicable acudiendo a la consideración que de autores el propio Código hace.

¹²¹ETCHEVERRY Orthustegui, Alfredo .Op. Cit., p. 88.

¹²²GARRIDO Montt, Mario. Op. Cit., p. 283.

¹²³HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Op. Cit., p.391.

Pero, ¿un verdadero autor mediato, por ejemplo de homicidio, y que lo es porque domina el hecho y realiza el tipo de injusto, o sea mata, puede dejar de ser autor, dejar de matar , y solo porque la voz fuerzan del artículo 15 número 2 del Código Penal no es extensiva a todo caso de autoría mediata?¹²⁴.La relación entre los artículos 14, 15 y 50 del Código Penal, relativos todos a “ autores”, no impide afirmar que el autor se encuentra ,solo o también, en los tipos de la parte especial. Esto es porque sin duda una interpretación posible de él ,hace que se consideran autores del artículo 15 del Código Penal, quienes junto con aquellos que son efectivamente autores, se contemplan además autores los que cuya conducta se identifica con alguna de las descritas en esa disposición”¹²⁵.

De no existir los artículos 14 y 15 del Código Penal y siguiendo un criterio restrictivo, el autor inevitablemente se deriva de los tipos de la parte especial, pues no se concibe que alguien dudara en imponer la pena de homicidio al que de un disparo acabó con la vida del otro, y esto es verdad al menos para el autor inmediato , porque de no ser así, se estaría afirmando que un Código Penal sin normas sobre intervención en el delito impide el castigo del autor, lo cual significaría, y llevaría al absurdo, de no poder aplicar castigo alguno.

Cuando el artículo 14 del Código Penal prescribe que “son responsables de un delito los autores” , no contiene necesariamente un concepto de estos sino solo la palabra autores y ella, en su singular, puede interpretarse como comprensiva del verdadero autor como quienes la legislación(artículo 15 del Código Penal),supone tales a objeto de equipararlos a aquel¹²⁶.

Inexpresado legalmente, a lo más parcialmente, en el “fuerzan” del artículo 15 número 2 del Código Penal, el autor mediato se determina por el sentido natural y obvio del término, conforme al uso general del mismo, y en función del tipo penal correspondiente¹²⁷.

Por consecuencia, y sin desconocer la teoría del dominio del hecho, de homicidio, es autor mediato quien reúne los elementos personales o especiales de la autoría, exigidos por el tipo y cumplen el resto de los elementos de éste y a través de otro, que utiliza como instrumento, domina el hecho, esto es, determina objetiva y positivamente el curso del suceso. Y, es tan autor de homicidio el que de un tiro mata a otro como quien, pero que es mediato, alcanza el resultado de muerte amenazando al ejecutor (coacción), o entregando un arma de fuego cargada al que para gastar una broma pidió

¹²⁴ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit., pp.1-23.

¹²⁵ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit., pp.1-23.

¹²⁶ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit., pp.1-23.

¹²⁷ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit., pp.1-23.

una sin balas, u ordenando “deshacerse”, de los opositores políticos, abarcando o comprendiendo las tres hipótesis de autoría mediata que se describen en doctrina¹²⁸.

Dado que el propio tipo penal pone de manifiesto que para efectuar la descripción típica no es indispensable una ejecución directa pudiéndose igual satisfacer tal cometido con una actuación mediata, procede siempre condenar a quien su obrar lo caracterice como autor mediato y pese a que, en más de una ocasión, no puede ser encasillado en alguno de los comportamientos del artículo 15 del Código Penal.

No es incompatible la autoría mediata con una concepción restrictiva de autor a menos que se identifiquen incorrectamente la realización del tipo con ejecución física o directa corporal del mismo. La base del concepto restrictivo de autor la constituye la idea de realización, y no de ejecución física, de la correspondiente figura delictiva; “La autoría mediata presenta un elemento común con la autoría directa: el dominio del hecho”¹²⁹.

Por todo, se concluye bajo esta premisa, que el autor mediato no susceptible de ser insertado en el forzar del artículo 15 número 2 del Código Penal, no puede reclamar con éxito una laguna de punibilidad, y su sanción podrá concretarse en todo evento, y en esto no hay trasgresión, con el llamado principio de legalidad, ya que el castigo, junto con el delito a que pertenece y tribunal que debe juzgar, se ha establecido con anterioridad a la perpetración.

Resumiendo, “La existencia o no de un precepto en el código penal que determine el encaje de la autoría mediata no es necesario. Su vigencia dogmática no dependerá de un reconocimiento en el derecho positivo, ya que en esencia se encuentra implícita en el concepto de autoría”.

En lo referido a la inducción propiamente tal, se descarta como autoría mediata la segunda hipótesis del número 2 del artículo 15 del código penal, en tanto inducir es instigar, persuadir o mover a hacer algo, es crear en el ánimo de alguien la voluntad de realizar un hecho típico, por cualquier medio de convencimiento o de transferencia de ideas, es decir, se trata de corrupción del ejecutor y no de su instrumentalización.

El eje central de la conducta del instigador y que lo diferencia de cualquiera otra figura de autoría mediata, es que obra sobre la voluntad de otro, pues la inducción se caracteriza por que el inductor hace surgir en otro la idea de cometer un delito por quien decide y domina su realización es el inducido porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato¹³⁰.

¹²⁸ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit.,pp.1-23

¹²⁹ RIOS Arenaldi, Jaime. Op.Cit.,pp.1-23

¹³⁰ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCIA Aran, Mercedes. Op. Cit., p.458.

Se estima que el inducido al robo no calificado, excede el mandato, matando, el inductor no responde de robo con homicidio, porque su dolo no ha estado dirigido al delito-tipo de esta figura. Haciendo aplicación del principio de responsabilidad culpable, ha de concluirse que las responsabilidades son diferentes, a lo cual no podría oponerse la llamada indivisibilidad del título, que resultaría una pretensión doctrinaria demasiado rígida.

Esta dirección específica de la intención del instigador la reproduce la ley al referirse a los que “inducen directamente a otro” a ejecutar el hecho. Ello significa claramente que el inductor ha debido representarse el hecho que desea ejecute el inducido y ha asentido precisamente en él. Por tanto, su responsabilidad no puede extenderse a los hechos que no ha tomado de su cargo ni siquiera como posible (dolo eventual). El título calificado surge entonces solo para el inducido, que lo ha realizado plenamente¹³¹.

El inductor no responde por el exceso en que incurre el instigado. En dicho sentido, Bacigalupo sostiene que “la limitación de responsabilidad del hecho inducido y la no responsabilidad por el exceso de autor se deriva del principio de culpabilidad”¹³².

En el mismo sentido, dicho autor añade que “es necesario una relación estrecha entre inductor y ejecutor, pues éste decide y determina su voluntad, en la comisión de un ilícito, por la acción directa que ejerce sobre su voluntad el primero. La inducción requiere siempre una conducta activa, debiendo actuar el instigador dolosamente, el dolo eventual es suficiente”¹³³.

En la situación, según el mismo autor pueden presentarse diversos escenarios, por ejemplo, el autor realiza el mismo delito al que se le induce, pero agrega otros elementos, que determinan una mayor punibilidad; en opinión del autor, estas circunstancias, no son imputables al inductor. Del mismo modo, en la hipótesis de realizar un delito diverso al encargado, el inductor no es responsable de él.

Tal como recoge Hernández, en el referido Código Penal Comentado, la inducción consiste en formar de otro, de manera directa, la decisión de cometer un delito. En la medida en que el inductor no ejecuta el mismo el hecho ni tiene de otra manera el dominio sobre él, se reconoce en general que no es autor, sino participe, sin perjuicio de que, tal como es habitual en el derecho comparado, se le equipare para efectos penológicos al autor, en la segunda parte del número 2 del artículo 15 del Código Penal, conforme a la cual se consideran autores “los que inducen directamente a otro a ejecutarlo”. En este contexto, Hernández, cita a Mackinnon, quien sostiene que la

¹³¹ VIVANCO Sepúlveda, Jaime. Op.Cit., p.100.

¹³² BACIGALUPO Enrique. Op. Cit., p. 456.

¹³³ BACIGALUPO Enrique. Op. Cit., p. 456.

segunda parte del número 2 se refiere a casos de coautoría, de modo que la genuina inducción debería tratarse como complicidad en el artículo 16 del Código Penal¹³⁴.

En el Código Penal Comentado, se ilustra que la inducción debe cumplir con los siguientes requisitos¹³⁵:

1. Debe recaer sobre un sujeto, con la libertad suficiente como para decidir si ejecutara o no el delito con plena conciencia de los alcances de su decisión, pues de lo contrario se estará en presencia de una autoría mediata.

2. Debe ser positiva, esto es, no basta con no disuadir a aquel que está considerando cometer un delito. En todo caso, no necesita ser explícita: es suficiente una inducción tácita, aunque siempre mediante actos positivos dirigidos a formar la decisión del inducido.

3. Debe ser directa, lo que excluye la inducción en cadena o sucesiva, descartándose la inducción de la inducción.

4. Debe ser determinada, tanto en cuanto a la comisión particular de un delito, como en lo relativo a que debe dirigirse a personas determinadas, aunque no necesariamente conocidas por el inductor.

5. Debe ser eficaz, logrando efectivamente formar en el inducido la voluntad de cometer el delito, de modo que no es inducción típica el mero reforzamiento de la decisión delictiva ya tomada con anterioridad ni la inducción no aceptada por el inducido, pero tampoco lo es, por la otra, aquella que, no obstante haber tenido éxito, da lugar a un designio criminal que, sin embargo, por cualquier razón no alcanza el estado de la tentativa. Los alcances precisos de lo que debe entenderse por desviación "esencial" permanecen, sin embargo, en relativa penumbra.

Tal como lo señala Hernández en el Código Penal Comentado tantas veces aludido, existen casos muy polémicos en la doctrina comparada, como es el de los efectos del error in persona del autor en la responsabilidad del inductor se tratan muy parcamente y solo por algunos¹³⁶.

¹³⁴ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Op. Cit., p .409.

¹³⁵ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Op. Cit., p .410.

¹³⁶ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Op. Cit., p .411.

4.2.- CRITERIOS DE NUESTROS TRIBUNALES RESPECTO DEL EXCESO DE DOLO DEL INDUCIDO.

Según se expuso en líneas anteriores, al referirnos a la inducción, destacaba el hecho de que en caso de que la ejecución por el instigado presentase excesos, el inductor no responde de aquellos, todo ello en virtud del principio de culpabilidad.

Asimismo, atendido el actuar del inductor, aunque sea a título de dolo eventual, igualmente le es imputable el exceso en el actuar del instigado. En efecto, ello se deriva del hecho que ambos actuarían dentro de un esquema de división de funciones, todo ello concertado previamente, por lo que los resultados perniciosos de su actuar eran perfectamente previsibles.

Lo anterior se refuerza una vez comprobado que el inductor buscó al instigado, con la finalidad de que robara y matase a ultranza a ciertas personas, determinadas previamente. Asimismo, debe hacerse hincapié en que este último siempre tuvo en sus manos el dominio del hecho.

Dicho escenario se produjo hace un par de años en un caso de alta connotación social en nuestro país. En efecto, se reproduce, en las siguientes páginas, el fallo pronunciado por el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago, en causa rit 136-2010, confirmada por la sala penal de la Excm. Corte Suprema el dos de Mayo de 2011, en los cuales se condenó a la imputada, María del Pilar Pérez López, a la pena de presidio perpetuo, en cuanto autora de los delitos de robo con homicidio consumado en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus y frustrados en las personas de María Belén Molina Pérez, María Aurelia López Castaño, Gloria Pérez López y Agustín Molina Mirabel, condenándose también al autor Material, José Mario Ruz Rodríguez. El cual se transcribe a continuación en sus considerandos atingentes:

Respecto del robo con homicidio, en grado de consumado, en la persona de Diego Schmidt-Hebbel Niehaus, previsto y sancionado en el art. 433 número 1 del Código Penal, es del parecer unánime de este Tribunal, que le cabe participación en calidad de autor, al acusado José Mario Ruz Rodríguez, de conformidad a lo dispuesto en el número 1 del artículo 15 del Código Penal y, acorde con la decisión de mayoría, a la acusada María del Pilar Pérez López, en calidad de autora inductora, acorde lo dispuesto en el número 2 del mencionado artículo y Estatuto.

“.. se desestima lo peticionado por la defensa del acusado Ruz, en cuanto a la recalificación del delito a homicidio simple, toda vez que se ha determinado que la

probanza ha sido conducente a la acreditación del ánimo expropiatorio que condujo a su representado, Ruz Rodríguez, a dar inicio a su actividad lesiva, estructurándose la misma en cuanto ingresó efectivamente a la propiedad, incluso portando un bolso a fin de trasladar los valores de los que se haría, no concretándose el designio en mención, en razón de la actividad de repulsa desplegada por aquél, que resultó ser la víctima fatal.

Desestimándose por mayoría la solicitud de absolución de la defensa de la acusada Pérez López, en razón que acorde a lo manifestado, la evidencia incorporada resultó conducente, más allá de toda duda razonable, a establecer que ésta efectivamente, tuvo una intervención de partícipe en cuanto indujo al autor material, mediante promesa remuneratoria, a dar muerte a sus familiares residentes en seminario número 97, instando su acción además, a la obtención de un enriquecimiento adicional, mediante la apropiación de dineros y joyas, habidos en el inmueble, produciéndose en definitiva la muerte de un tercero ajeno, que si bien pudo no ser parte de la encomienda, resultaba previsible su presencia y por ende aceptado su resultado lesivo en caso de concretarse, lo que efectivamente aconteció”.

La acusación formulada en su contra por el Ministerio Público, señala que existen diez indicios, que permiten acreditar que por parte de Pérez existió un móvil poderoso, exacerbado por sus trastornos de personalidad; que contactó a Emilio Pérez Guíñez para que contratara un sicario; que entre marzo y noviembre de 2.008, hubo un intenso tráfico telefónico clandestino entre Pérez y Ruz, que en este período le proporcionó un plano con indicaciones precisas que le entregó, siete fotografías de otras personas odiadas; que le entrega otra serie de informaciones precisas; que se acredita un movimiento de diez millones de pesos sin fin conocido; habiendo declarado Ruz que cometió los crímenes inducido por María del Pilar Pérez, la conclusión es que María del Pilar Pérez López es la inductora de los crímenes que se realizaron bajo promesa remuneratoria.

Precisa que el de Diego Schmidt- Hebbel, no es un homicidio, porque hay un tipo que calza perfecto, que es el crimen que se comete con motivo u ocasión del robo, señala que Ruz declara que el encargo era robar, llevaba un bolso grande, y tenía información de la propiedad y hay un testigo que dice que María Pilar Pérez, buscaba un persona para que entrara a robar y a matar, sumado ello a que Ruz tenía un plano del domicilio, actúo en un horario en que estaban todos en la casa, premunido de un arma con el cañón modificado y si bien después de acometer a Diego Schmidt-Hebbel se va, lo hace porque estaba imposibilitado de seguir atacando porque el arma se le desarmó”.

Estos Argumentos del Ente Acusador, fueron efectivamente considerados en la sentencia definitiva, como ya anticipáramos. Finalmente para nuestro Estudio reviste especial importancia, la doctrina que fundamenta el fallo, especialmente sostenida por los profesores españoles Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé y Serrano Piedecabras en su libro Lecciones de Derecho Penal. Parte General, que señalan: “La inducción consiste en hacer surgir en otro la resolución delictiva. El inductor provoca dolosamente al autor, para que dé comienzo a la ejecución del delito. Sin embargo, debe destacarse que el inductor no posee el dominio del hecho, que siempre está en manos del autor”¹³⁷.

Estos mismos autores fundamentan que la teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva, y por lo tanto, se basa en la diferenciación entre autores y partícipes. El criterio diferenciador será, justamente, el dominio del hecho. Autor de un delito será aquel sujeto que tenga el dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho¹³⁸. Además sostienen que el inductor sólo responderá por los resultados que se corresponden con su dolo (directo o eventual). Del exceso sólo responderá el autor¹³⁹.

De acuerdo a la teoría de la imputación objetiva y sobre el principio del riesgo, la cuestión fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino establecer los criterios conforme a los cuales se imputa determinados resultados a una persona. Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, como aconteció en la especie, con la acusada, Pérez López, quien encargó un propósito delictivo a su sicario, Ruz Rodríguez, de ir a robar y matar a su sobrina María Belén Molina Pérez, su cuñado Agustín Molina Mirabel, su hermana Gloria Ximena Pérez López, y su madre María Aurelia López Castaño, según se indicó supra. A mayor abundamiento, la mayoría del Tribunal, estima que por lo menos, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante la imputada María del Pilar Pérez López, actuó con dolo eventual, en el delito de robo con homicidio consumado de Diego Schmidt- Hebbel, ya que según se señaló, sabía que posible o eventualmente, siendo altamente probable que se produjera el resultado típico, y no dejó de actuar y/o hacer el encargo criminoso pese a ello.

Cabe consignar que la acusada sabía con lujo de detalles de la rutinas diarias, horarios y dependencias habitacionales de la familia de Seminario 97, como también que la víctima Diego Schmidt- Hebbel concurría todos los días en la mañanas a buscar a su novia María Belén Molina Pérez, como quedó palmariamente probado en juicio, con las declaraciones de sobrina María Belén Molina Pérez, su cuñado Agustín Molina

¹³⁷ BERDUGO, Ignacio, ARROYO, Luis, FERRE, Juan, GARCIA, Nicolás y SERRANO Juan. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Barcelona, Editorial Praxis S.A, 1996.p.252.

¹³⁸ Ibid, p.247.

¹³⁹ Ibid, p.252.

Mirabel, quienes están contestes que el ofendido Diego Schmidt-Hebbel, pasaba en la semana a la casa de Seminario N°97, **ubicada** al lado del domicilio de la imputada a buscar a Belén Molina, siendo refrendados por el testimonio de María Aurelia López Castaño, indicado supra, pero que en lo pertinente señaló: "... que Pilar debe haber visto muchas veces a Diego, que se debe haber encontrado con él; que al menos él contaba que se encontraba con ella...", además del relato plenamente verosímil, creíble y exento de cualquier reproche procesal - introducido a juicio por la testigo de oídas Bárbara Irrázaval Martínez - rico en aspectos esenciales y accesorios de las confesiones del acusado, Ruz Rodríguez.

La sentencia en cuestión cita al Dr. Isidoro Blanco Cordero quien al tratar el error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad del inductor, fundamenta que "Un numeroso sector de autores alemanes y españoles, así como la jurisprudencia alemana (y al parecer también la española), consideran que es irrelevante para el inductor el error en la persona del autor". Por lo tanto, el inductor ha de ser sancionado por una inducción consumada a un hecho principal doloso (homicidio o asesinato) consumado. Para argumentar esta solución recurren algunos autores al fundamento de la punibilidad de la participación. A su juicio, conforme a la moderna formulación de la teoría de la causación o del favorecimiento, la sanción del partícipe se fundamenta en que su comportamiento supone una contribución o un favorecimiento a la realización del hecho principal por el autor.

El partícipe no lesiona con su acción el bien jurídico, sino que contribuye al ataque que realiza el autor. Pues bien, esto es lo que sucede en los casos aquí analizados: el autor ha lesionado dolosamente el bien jurídico vida protegido en los delitos contra la vida, y a esa lesión ha contribuido el inductor.

Precisamente, en este acaso analizado, el inductor deseaba que el inducido menoscabara la vida de otro y esto es lo que finalmente ha ocurrido. Pese al error del autor, se lesiona realmente un bien jurídico de la misma categoría valorativa típica que el que se pretendía menoscabar. Desde una perspectiva normativa no existe ninguna razón para una disminución de la responsabilidad penal a favor del inductor.

Por lo anterior, carece de relevancia para el inductor el error in persona (irrelevante) en el que incurre el autor; es irrelevante la identidad de la persona que finalmente resulta ser la víctima del delito, siempre y cuando el autor se dirija a cumplir con lo ordenado por el inductor. En definitiva, el error del inductor ha de tratarse conforme a los mismos principios que el error del autor. Además, dado que el objeto sobre el que recae la acción del autor es de la misma clase que el pretendido por el inductor, no existe razón para privilegiarle frente al autor...". En la sentencia indicada, se refiere al autor aludido (Blanco Cordero) quien sostiene que "...Fundamental en la argumentación del Tribunal Supremo Federal Alemán para condenar al inductor es el criterio de la previsibilidad. Y es que el tribunal considera que la desviación del curso

causal la consecuente muerte de M. deben imputarse a F. dolosamente, porque ambos acontecimientos se encuentran abarcados por su dolo, en la medida en que se mueve(n) en los límites de la previsibilidad de la experiencia general de la vida. A juicio del Tribunal Supremo Federal Alemán, era previsible que se pudiera producir un cambio de la víctima.

Complementando el fallo anterior, y enfocado a otros delitos, los tribunales chilenos en esta materia, no han dejado de sancionar al autor mediato y, al hacerlo, lo sindicaron como tal y/o precisan en la resolución pertinente hechos que son elementos constitutivos de la autoría mediata, alejándose sin embargo del concepto genuino de inducción.

En evento que revela autoría mediata con instrumento doloso y en que falta el elemento subjetivo exigido por el tipo penal, la Corte Suprema confirma la decisión de condena para un autor mediato así reconocido, desde que resuelve:

“(...) el reo (...) ha manifestado haber procedido a la entrega de esas tierras como vendedor a la firma Dilo Ltda., Compradora, haciendo que sus empleados o dependientes realizaran la ocupación de las mismas; lo que comprueba legalmente su responsabilidad de autor en el delito de que se trata”. Y califica de “autoría mediata” de autor el hecho que se menciona (...).

No es exacto (...), que la sentencia hubiera circunscrito la responsabilidad del procesado a la manera de participar en un delito que se menciona el número 2 del artículo 15 del código penal. De lo que se acaba de expresar se desprende que se ha encuadrado en el número 1 de ese precepto diciendo que debe considerársele autor del delito de usurpación, aunque no hubiese sido él quien hubiera ocupado personalmente las tierras, porque fue él quien hizo ocupar a otro el bien raíz dando a esta manera de participar el calificativo de “mediata”, de autor;¹⁴⁰.

Cabe hacer presente que algunos fallos antiguos consideran, si bien con razones poco inteligibles, que una inducción que no satisface las exigencias del número 2 puede constituir una forma de complicidad. Tal son los fallos a los que se refiere Hernández, tanto en de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca en contra de Emilio Chávez y otra (1875), en que se considera que la inducción de la mujer a un tercero para que matara a su marido no fue determinante, pero que su conocimiento de que se perpetraría el hecho y la ayuda prestada con posterioridad al mismo la convertían en cómplice; y de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca en contra de Santos Díaz y otro (1922), se considera que la inducción ineficaz en cuanto no determinante es una forma de cooperación al delito, que alienta al delincuente en sus malos designios o fortifica la resolución conocida de cometerlo. Aunque lo catalogue de inductor y deje impune al ejecutor, la Corte termina en definitiva condenando a un autor mediato toda vez que en su resolución consigna hechos que conforman esta

¹⁴⁰ RIOS ARENALDI, Jaime. Op. Cit., p.1-23.

autoría, como ser presencia de un instrumento doloso y en que falta el elemento subjetivo exigido por el tipo penal, abarcando el dolo eventual del coautor¹⁴¹.

CONCLUSIONES

¹⁴¹ HERNANDEZ Basualto, Héctor, en COUSO Salas, Jaime y HERNANDEZ Basualto, Héctor. Op. Cit., p .412.

El actual artículo 433 n° 1 reza de la siguiente manera, “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 medio a presidio perpetuo calificado, cuando con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1”.

Para arribar a la actual descripción típica hubo una evolución marcada por esfuerzos doctrinales y voluntad política, que lo hacen actualmente concordante con el principio penal y constitucional de la culpabilidad, quitándole el tinte o sentido de delito calificado por el resultado, tributario del “*Versare in re ilícita*”, y de un derecho penal escasamente respetuoso de los derechos personales, existentes en la génesis y desarrollo de la figura.

En ese contexto, en esta actividad final equivalente a Tesis se realizaron esfuerzos serios, tendientes al análisis de la evolución legal de este tipo penal, en base a indagación de bibliografía especializada y a la revisión de las actas constitutivas de las diversas leyes que regularon el hecho fáctico de ocurrir robos y homicidios en un acto concomitante, previo o sucesivo, lo que se tradujo en un repaso de la normativa, que abarcó desde las siete Partidas de Alfonso el Sabio, pasando por La novísima Recopilación, la Ley Patria de 1849, el periodo posterior a la Codificación con la ley de 3 de Agosto de 1876, la Ley 5.507 de 1934 y su variante de la ley 11.625, y finalmente con la ley 13.303 de 1957, que consagra el tratamiento legal actual.

En este análisis, aparece de manifiesto la evolución legal hasta la promulgación de la ley 11.625, pues hasta antes de esta normativa la figura penal en comento acarreaba tal como en la actualidad fuertes penas, castigando al autor o autores solo por resultar una muerte con motivo u ocasión del robo, sin detenerse en la existencia de dolo, la que se vio influida por razones de política criminal de represión a estos ilícitos, por la consideración que formaban un todo único, y además por la apreciación que quien ejecutaba un hecho delictivo se debía hacer cargo de todas las consecuencias que de él se provocaran, independientemente de su intención delictiva Inicial.

En este contexto se cotejó la disposición legal y sus recurrentes transformaciones con fallos jurisprudenciales que se dictaban en vigencia de aquellas normas, en base a la valiosa obra del profesor Etcheberry, “Derecho Penal en la Jurisprudencia”.

A la luz de la mencionada evolución, la ley 13303, nos da el actual marco referencial, para entender el delito en estudio, como una figura compleja, conformada por dos ilícitos distintos, en que es absolutamente necesario la existencia de un nexo ideológico entre ambos delitos, así se debe cometer homicidio antes del robo, en el acto del robo, o después del robo para favorecer su impunidad, desterrando para siempre la posibilidad de que en caso , que por circunstancias ajenas al agente, se produjera la muerte de la víctima, debiese el primero responder de *este delito, que tal como se señaló en el cuerpo de esta actividad, tuvo reservada en cierta época , la pena única de muerte.*

Descrita la evolución histórica, se analizaron aspectos doctrinales que conceptualizan el delito en cuanto a sus características, elementos y especialidad. Para ello se indicó su ubicación en el código y la concepción como delito complejo, incorporándose en una ficción que resulta ser un todo indivisible, configurándose esta nueva figura, cuyo eje está representado por el robo, pasando a tener el homicidio un rol meramente instrumental, para facilitar la ejecución del hecho atentatorio a la propiedad, dándose por supuesto el análisis de los aspectos objetivos y especialmente subjetivos, la necesidad de la existencia de un dolo en el hecho de “ Robar matando”.

En este orden de ideas se enunciaron sentencias que ratificaban el carácter complejo de este delito, citándose además con contundentes fundamentos, sentencias que incluso descartan el nexo ideológico, entre robo y homicidio, siguiendo la lógica de los Concursos.

En este último sentido, resulta beneficioso, la alusión al tratamiento que le reserva el Anteproyecto de Código Penal Chileno, como una figura de homicidio agravada por el ánimo de lucro.

En el presente trabajo se hizo referencia a la teoría de don Antonio Bascuñán, que concibe al robo como coacción, que si bien su alocución no coincide con el sentir mayoritario de la doctrina nacional, da razones de peso más que suficientes para entender una serie de tópicos relevantes en el estudio del delito de robo, tanto en su figura básica como en la figura que nos convoca. Que mejor oportunidad que esta para presentar al lector un nuevo enfoque, que permita contrastar las opiniones ya consolidadas en nuestro país y buscar nuevas vías de investigación, en pos del desarrollo y crecimiento de nuestro derecho.

Asimismo, se trata la Coautoría en el delito complejo de robo con homicidio, concibiéndola como una infracción compleja o acumulativa y como puede desprenderse en varios actos de consumación, es también probable que esa pluralidad de acciones se distribuya en varios ejecutores, realizando todos los autores un solo hecho que es “Robar Matando”, imputándosele no solo la parte precisa de su intervención, sino el todo. Para extrapolar este axioma de la coautoría al delito en

estudio, se recurrió a bibliografía especializada y a jurisprudencia, en que tal como se señaló acoge la tesis de complejidad de la figura en comento, por lo cual es relevante en el aspecto subjetivo, que la intención de todos converja en un objetivo común, permitiéndose en lo particular que la ejecución pueda dividirse entre varias personas.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable señalar que en ocasiones, no aparece tan nítida, la imputación a título dolosa del no ejecutor, existiendo fallos que en apariencia, abarcarían consecuencias no queridas por el agente, pero previstas por aquel, siendo relevante en este punto, lo analizado en la presente actividad, sobre los alcances del dolo eventual en sus relaciones tenues con la culpa consciente.

Luego de analizar los requisitos de la coautoría, en lo relativo a la imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho y el acuerdo expreso o tácito en su conjunto, habiendo un nexo objetivo y subjetivo, nos adentramos a la luz de reflexiones doctrinales y de la jurisprudencia existente, al tratamiento penal del “no ejecutor material” del homicidio, circunscribiéndose el exceso de dolo al interviniente que lo ha provocado, pues el hecho no puede perjudicar a los otros, de modo que se ha descartado la intervención en este delito, si no se configura la convergencia subjetiva, hacia el objetivo común de apropiarse de cosa ajena, matando a un hombre.

El otro tópico seleccionado en esta actividad, fue el tratamiento de los Autores mediatos y de los autores materiales del robo con homicidio, diferenciándose claramente los alcances de ambas figuras.

El artículo 15 del código penal, en sus diversos numerandos, fue detalladamente analizado, para comprender tanto los alcances de la coautoría mediata, la inducción y también la coautoría, siendo de valor incuantificable, la obra de los profesores Couso y Hernández y el texto del profesor Ríos.

En ocasiones, el instigado se excede a la voluntad inicial del inductor, no solamente apropiándose del bien mueble ajeno, sino que además acometiendo la muerte de la víctima. Para dilucidar este punto, se recurrió a la doctrina, especialmente española, y además se tuvo en vista entre otros para su análisis, el fallo de la causa Rit 136-2010, del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, confirmado por la Sala Penal de la Corte Suprema, seguido contra María del Pilar Pérez López.

En definitiva, los esfuerzos de esta actividad, se han desplegado en la evolución de la regulación de esta figura especial, desde calificado por el resultado a un delito propiamente de resultado, analizando sus elementos y características especiales, inclinándose por estimar altamente desaconsejable la actual técnica legislativa adoptada en nuestro país, de considerarlo un delito complejo, siendo partidario de una regulación desde el homicidio, con el efecto agravatorio de la apropiación y no a partir del robo, que genera una distorsión en cuanto a la valía y proporción de los bienes jurídicos protegidos.

Además se han revisado tópicos más acotados, como el tratamiento del autor mediato, del inductor y el exceso de dolo del coautor no ejecutor, no solo circunscribiéndose a esta figura, sino extrapolándolo también al derecho penal general.

En este punto el tratamiento de la coautoría en relación a este delito, que como se ha sostenido para la óptica de nuestro derecho positivo, se constituye por dos delitos distintos y ofensores de bienes jurídicos diferentes, hace que el dolo de los coautores en relación a la acción del otro, resulta clarificador, en cuanto a la responsabilidad acotada hasta el margen de su propio dolo, con la relevancia del concierto, la aportación y la imputación recíproca.

BIBLIOGRAFIA.

- 1 BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Lima, G.A.R.A. editores, 2.004
- 2 BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. El Robo como Coacción. Revista de Estudios de la Justicia. Número 1,2002.
- 3 BERDUGO, Ignacio, ARROYO, Luis, FERRE, Juan ,GARCIA ,Nicolas y SERRANO Juan. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Barcelona, Editorial Praxis S.A, 1996
- 4 BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo I. Santiago, LexisNexis, 2007.
- 5 BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo II. Santiago, LexisNexis, 2.005.
- 6 BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. Curso de Derecho Penal. Parte Especial Tomo III, Santiago, LexisNexis, 2011.
- 7 BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. Curso de Derecho Penal. Parte Especial Tomo IV, Santiago, LexisNexis, 2011.
- 8 COMISION FORO PENAL. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal . Revista Política Criminal número 1 D1, CEDEP Universidad de Talca, Chile.
- 9 CARRASCO FERRARI. María. Jurisprudencia sobre el Delito de Robo con Homicidio”. Memoria (para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales).Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1965.
- 10 Corte de Apelaciones de San Miguel. 9 de Mayo de 2003. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1. Junio 2003. pp. 98-104.
- 11 Corte de Apelaciones de Chillan Rol 237-10 de fecha 3 de Noviembre de 2010.
- 12 Corte de Apelaciones de Concepción Rol 1307- 1998 de fecha 26 de Noviembre de 1998.
- 13 Corte de apelaciones de Valparaiso, considerando 29° ,30° y 34°, Revista de Ciencias Penales, tercero epoca, 1957-1960, Tomo II, p. 235.
- 14 Corte de Apelaciones de Santiago Rol 10.422- 2006 de fecha 26 de Septiembre de 2006.
- 15 Corte Suprema. Revista de Ciencias Penales. tercera epoca, 1978-1981, Tomo II. p.155.
- 16 COUSO, Jaime y HERNANDEZ, Héctor. Código Penal Comentado Parte General Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.10. CURY URZUA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

- 17 DEL RÍO, RAIMUNDO. Derecho Penal Tomo I. Santiago, Editorial Nascimento, 1935.
- 18 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- 19 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo .Derecho Penal Parte General Tomo II, 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004(reimpresión).
- 20 GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- 21 GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Tomo IV Parte Especial .Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- 22 GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de ejecución del delito Autoría y participación, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- 23 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, citado en MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1997
- 24 GUZMÁN DALBORA, José Luis. El Exceso del Coautor en el Robo con Homicidio. En su Estudio y Defensas Penales” , Santiago, Legal Publishing, 2009.
- 25 LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal Tomo II. Séptima Edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- 26 LETNER, Gustavo. Dolo eventual y culpa consciente [en línea] <http://www.unidosjusticia.or.ar/archivo/letner_dolo_eventual> [consulta 21-02-2017].
- 27 MAÑALICH RAFO, Juan. Condiciones Generales de Punibilidad. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2005.
- 28 MUÑOZ, Francisco, GARCÍA , Mercedes. Derecho Penal Parte Especial. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1997.
- 29 NOVOA MONREAL, Enrique. Curso de Derecho Penal Chileno Parte General Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 30 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- 31 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile ,2006.
- 32 RIOS ARENALDI, Jaime. De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad. Revista de Política Criminal número 2 A4.
- 33 RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal. Valparaíso, Editorial Edeval, 1974.
- 34 RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Robo con homicidio. Revista de Estudios de la Justicia, número 11, 2009

- 35 ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal, en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho”, 1970.
- 36 ROXIN, CLAUS. “Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del delito”. Madrid, Editorial Civitas S.A, 1997.
- 37 SIMAZ, Alexis. El Delito de Homicidio con Motivo u ocasión de Robo. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2002.
- 38 VIVANCO SEPULVEDA, Jaime. El Delito de Robo con Homicidio. LexisNexis, Santiago, 2007.