

ROBO CON HOMICIDIO *

Luis Rodríguez Collao **

INTRODUCCION; ORIGENES, EVOLUCION Y NATURALEZA JURIDICA DE LA FIGURA; ANALISIS DEL TIPO: a) Sentido y alcance del término “robo”, b) Sentido y alcance del término “homicidio”, c) Vínculo entre robo y homicidio, d) Sujetos; ASPECTOS SUBJETIVOS; ITER CRIMINIS; CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL; JUICIO CRITICO; BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El recurso a los denominados *delitos complejos* –categoría a la cual pertenece el robo con homicidio– es una técnica altamente desaconsejable particularmente por las dificultades interpretativas que genera¹ 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.

Sin duda la adscripción del *robo con homicidio* al grupo de los delitos que atentan contra la propiedad vulnera el principio de técnica legislativa según el cual, tratándose de delitos pluriofensivos, el bien jurídico prioritario ha de determinar la posición de la figura en el sistema. De ahí que la tendencia a nivel legislativo considere hoy el homicidio preordenado al robo como una modalidad de asesinato y no como una especie de delito patrimonial².

* El presente artículo ha sido redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt 1070421, “Formulación de una teoría general de los delitos contra el patrimonio con base en el derecho chileno: estudio dogmático y crítico”, ejecutado por el Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, bajo la dirección del profesor Dr. Guillermo Oliver Calderón, en el que el autor se desempeña como co-investigador

** Doctor en Derecho, por la Universidad de Lérida. Profesor titular de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección del autor lrodrige@ucv.cl

¹ QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 607.

² TORIO LÓPEZ, A., “La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, pp. 452-453. El artículo 121.2 del Código Penal brasileño contempla una forma de homicidio calificado que consiste en matar para asegurar la ejecución, la ocultación o la impunidad de cualquier otro delito. Un planteamiento análogo efectúa el artículo 108 Código Penal peruano.

Quien examine la abundante jurisprudencia que ha generado la aplicación del artículo 433 N° 1 del Código Penal podrá advertir no sólo la inusitada frecuencia con que los tribunales emiten sentencias condenatorias por los delitos allí contemplados, sino también la extrema severidad de los criterios que ha ido acuñando la praxis judicial en torno a esas figuras.

El objetivo central de este trabajo es examinar desde una perspectiva dogmática y crítica la figura de robo con homicidio que contempla aquel artículo. Más específicamente, pretendemos subrayar los inconvenientes que trae consigo la reunión de dos conductas delictivas autónomas en un mismo tipo penal, como estrategia de técnica legislativa; examinar la estructura del tipo, en sus aspectos objetivos y subjetivos, y efectuar algunas propuestas alternativas frente a las soluciones imperantes, cuya severidad en muchos casos carece por completo de fundamento.

ORIGENES, EVOLUCION Y NATURALEZA JURIDICA DE LA FIGURA

El artículo 433 del texto original de Código Penal chileno disponía: “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, o en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte...” Acto seguido, contemplaba tres situaciones en las cuales se consideraba procedente aplicar esta pena: “1° Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio; 2° Cuando fuere acompañado de violación o mutilación de un miembro importante; 3° Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el num. 1° del artículo 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por más de un día; (...)”. Esta disposición fue tomada casi textualmente del artículo 425 del Código Penal español³, salvo en lo que respecta a la cláusula incorporada para explicar el sentido de la violencia y la intimidación, sobre cuyo origen no existe certeza⁴.

El artículo 433 del Código Penal prácticamente permaneció sin modificaciones, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 11.625, de 1954, que dispuso el reemplazo de su texto por el siguiente: “El culpable de robo con

³ PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, pp. 281-282. En detalle sobre la evolución histórica de la figura de robo con homicidio, ECHEVERRÍA MAROTO, I., “Naturaleza jurídica del delito de robo con homicidio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1951, tomo XLVIII, N° 21, sección derecho, pp. 25-35.

⁴ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 1, 2002, p. 79.

violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1° con presidio mayor en su grado máximo a muerte cuando, con motivo u ocasión de robo, resultare homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1 (...).” La nueva redacción claramente estableció un trato unitario para el homicidio, la violación y las lesiones graves gravísimas que acompañan al robo, y lo hace bajo el requerimiento de que aquellos delitos se den “con motivo u ocasión” de este último.

La Ley N° 11.625, de 1954, tuvo por objeto establecer un trato de mayor severidad para los delitos de apropiación, particularmente del robo, lo que se refleja, entre otros aspectos, en un aumento de las penas; en la previsión de agravantes especiales –para lo cual se agregó el artículo 456 bis– y en la instauración de una norma que sanciona aquel delito como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa (artículo 450, inciso primero). El propósito central de la reforma, como lo deja de manifiesto la historia del establecimiento de la ley, fue hacer frente al incremento que por esa época –según los autores de la iniciativa– había experimentado el delito de robo, en el entendido de que la mayor drasticidad redundaría en una disminución de los niveles de criminalidad⁵.

Por su parte, la Ley N° 13.303, de 1959, sustituyó el texto del numeral 1 del artículo 433 del Código Penal, por el siguiente: “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”. El cambio, desde luego, no tiene incidencia en las relaciones que deben darse entre el robo y los otros delitos que la norma menciona, sino que está orientada a reforzar los requerimientos a nivel de imputación subjetiva, como se desprende del cambio del verbo *resultar* por *cometer*. Ello en atención a que un sector de la doctrina concebía el robo con homicidio como un delito calificado por el resultado⁶.

El texto vigente del artículo 433 del Código Penal⁷, en la parte que a nuestros fines interesa, es el siguiente: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del

⁵ MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, Lexis Nexis, Santiago, 1995, pp. 40-41.

⁶ En un sentido crítico a esta postura, VIVANCO, J., “La figura delictiva de robo con homicidio”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, tomo 15, mayo-diciembre 1956, pp. 33-56.

⁷ Tras la modificación de que fuera objeto mediante la Ley N° 19.734, de 5 de junio de 2001.

robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N° 1 (...)⁸.

La opinión prácticamente unánime en la doctrina plantea que el robo con homicidio es un *tipo penal*; más específicamente, una forma de robo con violencia o intimidación en las personas. Los autores, en efecto, distinguen entre una figura básica de este delito, ubicada en el artículo 436 inciso primero del Código Penal y varias figuras calificadas, contempladas en el artículo 433 del mismo Código, entre las que se cuentan, el robo con homicidio, el robo con lesiones, el robo con violación y el robo con retención⁹.

Por otra parte, la figura de robo con homicidio suele ser planteada como un *delito complejo*¹⁰, es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que independientemente consideradas de todos modos son constitutivas de delito y cuya importancia dogmática consiste en resaltar la necesidad de que en tales casos se den todos los supuestos típicos que la ley demanda por separado. Pese a ello, la doctrina desde siempre ha reconocido que la figura pertenece al sistema de los delitos contra la propiedad¹¹ y, más específicamente, que es una forma de robo *calificado* (o cualificado, como también se lo denomina)¹².

Desde un punto de vista valorativo, la cualificación se funda en que aquí existe una verdadera lesión del bien jurídico vida y no una simple puesta en

⁸ Según opinión de POLITOFF, S. – MATUS, J. P. – RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed., p. 357, la redacción actual es el fruto de una incesante actividad legislativa que ha pretendido adecuar su contenido a la sensibilidad de cada período histórico, pero agregan que los aspectos sustantivos de la actual redacción quedaron fijados por la Ley N° 13.303, de 1959.

⁹ Este es el esquema que utilizan BULLEMORE, V. – MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, III, p. 102; ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, III, p. 338; GARRIDO, M.: *Derecho Penal*, cit., pp. 191-193; GUZMÁN DÁLBORA, J. L., “Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio”, en *Estudios y defensas penales*, 2ª ed., Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 411, y POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., II, pp. 355-367.

¹⁰ Aparte de los autores mencionados en la nota anterior, también se han pronunciado en este mismo sentido, MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, Lexis Nexis, Santiago, 1995, p. 144; y VIVANCO, J.: *El delito de robo con homicidio*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 13-19. Con referencia al derecho español previo a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 174; GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic. 1964, p. 423 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid. Dykinson, 1991, p. 433. Es también el criterio que normalmente acoge la jurisprudencia, como sucede, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 12 de julio de 2007 (Rol N° 2426-07).

¹¹ ECHEVERRÍA MAROTO, I., “Naturaleza jurídica del delito de robo con homicidio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1951, tomo XLVIII, N° 21, sección derecho, p. 42. En el mismo sentido, PEÑA, F., “Del robo con homicidio”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 1, marzo-abril, 1935, p. 23.

¹² RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., “Contribución al estudio del robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XI, fsc. 3, septiembre-diciembre 1958, p. 508.

peligro, como sucede en el *tipo básico* de robo con violencia o intimidación en las personas. De ahí que los autores unánimemente reconozcan que la figura de robo con homicidio es un delito pluriofensivo, que tiende a la tutela de dos bienes jurídicos independientes entre sí: la vida y la propiedad¹³.

ANÁLISIS DEL TIPO

Recordemos que el artículo 433 del Código Penal dispone que “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 (...)”

La doctrina está conteste en que la disposición exige la realización de dos conductas delictivas: una apropiación susceptible de ser calificada como robo y la muerte inferida a una persona. Conviene examinar por separado estos dos elementos:

a) Sentido y alcance del término “robo”

Puesto que la norma alude a un *robo*, será necesario que el autor del delito haya efectuado una *apropiación* de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad del dueño y ejerciendo violencia o intimidación en contra de un individuo (artículo 432 del Código Penal).

Se entiende que no es exigible la *sustracción* como conducta típica, bastando la entrega o manifestación que la propia víctima del delito hace de ellas a su autor. Sin embargo, el mismo texto de la disposición y su ubicación sistemática dejan en claro que el hecho debe ser susceptible de calificarse como *robo con violencia o intimidación*, sin que baste su encuadramiento en la figura de robo con fuerza en las cosas, como lo había señalado algún pronunciamiento de los tribunales españoles mientras la figura estuvo vigente en aquel país¹⁴, o que baste una apropiación susceptible de ser castigada a título de hurto, como lo ha señalado un sector minoritario de la doctrina argentina.

El concepto de *violencia*, en relación con el robo, no genera mayores dificultades ni controversia a nivel doctrinal. Se entiende que es la energía física empleada en contra de la(s) víctima(s) y los malos tratos para hacer que se manifiesten o entreguen las cosas o para impedir la resistencia a que se quiten¹⁵.

¹³ MEDINA JARA, R., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 206.

¹⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, T., “Delitos contra la propiedad”, cit., p. 842

¹⁵ Así, por ejemplo, POLITOFF, S. – MATUS, J. P. – RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 359-360. En extenso sobre el concepto de violencia, aplicado al robo, y sobre sus

Por su parte, la *intimidación* suele definirse como una amenaza capaz de infundir temor en la víctima, sin que sea necesario que llegue al extremo de paralizarla, pero siempre que sea seria, grave, verosímil e inmediata o inminente¹⁶. Es un punto relativamente pacífico que, conectando lo dispuesto por los artículos 433, 436 y 439 del Código Penal, tanto la violencia como la intimidación pueden darse para facilitar la apropiación, en el acto de cometerla, o después de realizada, para favorecer su impunidad¹⁷.

b) Sentido y alcance del término “homicidio”

En general, existe consenso en que el vocablo *homicidio* debe ser apreciado como un elemento normativo del tipo y no como un elemento descriptivo. Ello obedece a que el precepto utiliza precisamente esa palabra, que posee un evidente contenido jurídico, en lugar de referirse a la *muerte*, vocablo que denota un claro sentido natural, como lo hacen otras disposiciones del Código Penal (por ejemplo, el artículo 393)¹⁸ y como lo hacen también otras legislaciones respecto de esta misma figura¹⁹. Por este motivo, la muerte fortuita queda fuera del ámbito de aplicación del robo con homicidio, aunque ella ocurra como consecuencia de los actos realizados para llevar a cabo la apropiación²⁰.

distintas implicaciones, MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 214-226

¹⁶ Con todo, según KÜNSEMÜLLER, C., “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable...”, cit., pp. 471-472, a nivel jurisprudencial se advierte una marcada orientación subjetiva, que atiende principalmente a las sensaciones o impresiones personales del ofendido y afectado por la amenaza, para tener por acreditada la intimidación, criterio que, más allá de otras consideraciones, denota una acentuada influencia del derecho penal de autor

¹⁷ Algunos autores advierten que la sustracción violenta o intimidatoria es constitutiva de robo cuando esa violencia o intimidación han acompañado a la misma antes, durante o después de la aprehensión de la cosa, pero siempre en el marco de la ejecución típica, pues todo lo que sea previo al inicio de ejecución o posterior a la consumación ha de calificarse por separado. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 606. En general, sobre la conexión entre violencia e intimidación con el apoderamiento, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49-62

¹⁸ En este sentido, con referencia al derecho argentino DONNA, E., *Delitos contra la propiedad*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 193 y, con referencia al derecho español vigente con anterioridad al Código Penal de 1995, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español*, Madrid, Dykinson, p. 434.

¹⁹ Cfr., por ejemplo, el párrafo 251 del Código Penal alemán y el artículo 210.3 del Código Penal portugués.

²⁰ En este sentido, entre nosotros, ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 339 y GARRIDO, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 196. De la misma opinión, tomando como base el derecho español vigente con anterioridad al Código Penal de 1995, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, cit., p. 261. Hay autores que aceptan la muerte fortuita, pero razonando a partir de textos legales que sólo exigen una relación de causalidad entre la muerte y el robo, pero no la comisión de un homicidio, como sucede en nuestro país. Así, por ejemplo, GIMBERNAT, E., “El

También queda excluida la muerte atribuible a culpa²¹, porque si bien ésta puede calificarse de homicidio, según el léxico que utiliza el Código Penal, no debemos olvidar que las acciones que tipifica dicho texto normativo sólo admiten una forma de ejecución dolosa, salvo que la propia redacción de un precepto utilice alguna expresión de la cual pueda inferirse la voluntad de sancionar la ejecución imprudente de una determinada conducta. A lo anterior cabe agregar un antecedente de índole formal: que los tipos culposos previstos en los artículos 490 y siguientes del Código Penal, sólo se refieren a los *delitos contra las personas* y el robo con homicidio, en el ordenamiento jurídico chileno, como ya se explicó, es una figura perteneciente al ámbito de los delitos contra la propiedad²².

Respecto del homicidio simple, del homicidio calificado y del parricidio, bastaría con señalar que estas figuras aparecen contempladas en un mismo párrafo bajo la rúbrica *Del homicidio*, para concluir que todas ellas quedan incluidas dentro de la descripción típica del delito de robo con homicidio²³; de manera, por ejemplo, que tanto el hecho de que un hijo mate a su padre para robar cosas pertenecientes a éste último, como el hecho de que alguien mate alevosamente a una persona para apropiarse del dinero que ésta lleva consigo serían susceptibles de ser castigados a título de robo con homicidio. Este planteamiento, que si bien es válido e irrefutable respecto de las conductas susceptibles de ser incluidas bajo la denominación de homicidio simple, merece algunas precisiones en relación con los delitos de parricidio y homicidio calificado.

Respecto del primero de esos delitos, una corriente de opinión plantea que el robo con homicidio es sancionado con menor severidad que el parricidio, de modo que sería inexplicable en términos de proporcionalidad que el hecho de agregarse un atentado contra la propiedad al parricidio operara a favor del autor de la conducta. Por ello, se afirma que el parricidio no queda incluido dentro de la hipótesis de robo con homicidio²⁴ y que el individuo que se encuentra en esta situación debe ser sancionado a título de parricidio, en concurso con robo simple o hurto, dependiendo de las modalidades que hubiere adoptado la ejecución del

comportamiento típico en el robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic. 1964, p. 449.

²¹ En este sentido, entre nosotros, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit., III, p. 339 y LABATUT, *Derecho Penal*, II, 7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 203-203. BULLEMORE – MACKINNON, *Curso*, cit., III, pp. 105-106 fundan la inadmisibilidad del homicidio culposo en la imposibilidad de establecer el vínculo de orden subjetivo que el tipo exige entre la apropiación y la muerte. En detalle sobre la asimilación de la muerte causada culposamente a la figura de robo con homicidio, GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, cit., pp. 443-448.

²² En la dogmática argentina también se descarta la posibilidad de incluir la muerte que proviene del actuar culposo del agente. Cfr. DONNA, E., *Delitos contra la propiedad*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 193-195, y FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, pp. 448-449.

²³ Como lo afirma, por ejemplo, LABATUT, *Derecho Penal*, cit., II, (2000), p. 203

²⁴ Tal es la opinión de BULLEMORE – MACKINNON, *Curso*, cit., III, p. 108.

hecho²⁵. Otros, en cambio, plantean que el único título de castigo es el parricidio²⁶, posición que nos parece mucho más coherente con la letra de la norma. En efecto, la conducta de quien mata a su padre, para hacer posible la apropiación de un objeto que pertenece a este último, cumple las exigencias típicas del parricidio (un homicidio calificado en razón del vínculo del parentesco) y del robo con homicidio (en estricto rigor, un homicidio calificado en razón de la motivación pecuniaria que lo inspira). En estas circunstancias, en el caso propuesto en verdad estamos frente a un concurso aparente de leyes penales que debe ser solucionado en virtud del principio de subsidiariedad (tácita), motivo por el cual corresponde aplicar (únicamente) la pena prevista para el delito de parricidio.

Tratándose de la figura de *homicidio calificado*, algunos sostienen que ella no queda comprendida dentro del término “homicidio” que utiliza el tipo que analizamos, motivo por el cual plantean que si con motivo u ocasión del apoderamiento se comete homicidio calificado, se daría una hipótesis de concurso real (más específicamente, un concurso medial, solucionado de acuerdo con el artículo 75) entre el delito mencionado y el de robo con homicidio²⁷. Otros, en cambio, sostienen que el homicidio calificado sí queda comprendido dentro de la descripción típica del robo con homicidio, planteamiento que suele fundarse en el hecho de que el artículo 456 bis del Código Penal hace aplicable a aquel delito las agravantes de premeditación y alevosía²⁸.

Compartimos la aseveración de que el término *homicidio* que emplea el tipo de robo con homicidio comprende tanto al homicidio simple como al homicidio calificado. Para llegar a esta conclusión basta considerar, como ya se explicó, que este último delito pertenece a la categoría de los *homicidios* y si tal es la expresión que utiliza el tipo, ninguna razón hay para que aquel resulte excluido desde el punto de vista de una interpretación gramatical del precepto. Tampoco hay un impedimento como el que se da respecto de la figura de parricidio; todo lo contrario, el marco penal asignado al homicidio calificado (que es inferior al del robo con homicidio) corrobora la tesis que aquí se plantea, porque es perfectamente entendible que la muerte causada con alguna de las calificantes que menciona el artículo 391 N° 1 del Código Penal se castigue con el marco penal más elevado que prevé el artículo 433 N° 1 del mismo Código, cuando ocurra con motivo u ocasión del robo. En otras palabras, la pena con que la ley castiga el robo con homicidio permite captar no sólo el desvalor de la muerte, sino también el de la modalidad de ejecución utilizada y la apropiación que con ella se vincula.

²⁵ ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 338.

²⁶ Así, por ejemplo, POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., 2005, p. 369.

²⁷ Tal es la opinión de GARRIDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 198-199.

²⁸ En este sentido, POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 368, quienes sostienen que “el homicidio calificado también se incluye en la figura de robo con homicidio”. Pese a ello, estos autores incomprensiblemente admiten que la pena asignada a este último delito resulte agravada por la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 12 números 1 y 5.

c) Vínculo entre robo y homicidio

En términos generales, la doctrina concuerda en que la apropiación ocupa un lugar preponderante respecto de la muerte en la estructura del tipo de robo con homicidio, lo cual aparece corroborado tanto por la ubicación sistemática del precepto –que se sitúa dentro de los delitos contra la propiedad–, como por la propia redacción de la norma que establece una relación de subordinación de la acción homicida al acto de apoderamiento de una cosa ajena²⁹. Utilizando expresiones de Guzmán Dálbora, cabe señalar que “la actuación típica, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo, no al homicidio, sólo que se mata para robar o durante un robo *in itinere*”³⁰.

Entre esos dos hechos ha de existir un vínculo que la ley expresa en los siguientes términos: el homicidio debe cometerse “con motivo u ocasión del robo”, expresiones que no generan mayores dificultades a nivel doctrinal. Así, se entiende que “con motivo” implica una relación de medio a fin, es decir, que la muerte asuma la condición de medio para el logro del objetivo final que es hacer posible la apropiación; en otras palabras, y como suele señalarse, implica “matar para robar”. La fórmula “con ocasión”, en cambio, significa que el homicidio es la conducta (y el resultado) de que se vale el hechor para conseguir su seguridad o su impunidad; es decir, “matar al robar”. La doctrina también concuerda en que esta exigencia debe ser apreciada en términos subjetivos, en el sentido de que el agresor haya concebido en su mente que la muerte era un medio para concretar el apoderamiento o que aquélla actuaría en pro de su seguridad o de su impunidad³¹.

Según la doctrina jurisprudencial dominante en España mientras estuvo vigente la disposición, es indiferente que el homicidio se cometa antes, durante o después de la sustracción: en cualquier caso existe robo con homicidio. Pero el Tribunal Supremo de aquel país rechazaba la configuración del delito, dando paso a un concurso, cuando la intención de sustraer surgía en el agresor después de haber consumado el delito contra la vida³². Estos planteamientos siguen teniendo valor entre nosotros, básicamente porque son congruentes con la forma en que aparece redactado el tipo.

²⁹ Recordemos que el artículo 433 del Código Penal se refiere al que con motivo u ocasión de robo, comete *además* homicidio, fórmula esta última que pone de manifiesto la primacía del robo. Esto ha llevado a algunos autores a plantear que el robo es el eje del tipo, como lo señala, por ejemplo, LABATUT, *Derecho Penal*, II, 2000, p. 203.

³⁰ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., “Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio”, cit., p. 412.

³¹ Así, opinan, entre otros, ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 342 y GARRIDO, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 196. No ha sido éste, sin embargo, un criterio constante desde el punto de vista histórico, porque en otra época tendió a circunscribirse el vínculo a la relación medio-fin, por razones de texto muy explicables. Sobre el particular, Cfr. GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic. 1964, p. 440.

³² GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, cit., p. 430.

d) Sujetos

La pena prevista por el artículo 433 N° 1 del Código Penal sólo puede ser impuesta a quien intervenga como *autor* en los dos hechos que la norma describe, descartándose su aplicación 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 como partícipe en el otro. Ello obedece a que el precepto que comentamos exige que el robo y el homicidio hayan sido *cometidos* por la persona que debe soportar el castigo.

En caso de concurrir varias personas a la ejecución de los hechos, no es necesario que cada una de ellas haya realizado en su integridad todos los actos que los tipos de robo y homicidio requieren. Lo decisivo será que el imputado pueda ser considerado *autor* de ambos delitos, de acuerdo con las hipótesis que describe el artículo 15 del Código Penal, porque sólo así podrá decirse que aquél técnicamente los *cometió*, tal como lo exige el artículo 433 N° 1 del mismo Código³³. La coautoría, por cierto, presupone la existencia de un acuerdo de voluntades que se haga extensivo tanto al acto de apropiación como a la muerte de la víctima³⁴.

Los autores concuerdan en que el tipo no exige que la víctima del homicidio y la víctima del robo sean una misma persona, aseveración esta última que nos parece plenamente ajustada al texto de la disposición³⁵. Corrobora esta afirmación el hecho de que otros artículos del Código Penal, que también exigen ciertos resultados conexos con el hecho principal, sí restrinjan a la propia víctima la posibilidad de ser afectada por aquellas consecuencias, como lo hacen, por ejemplo, los artículos 141 inciso final, 342 N° 1 y 372 bis de dicho texto legal.

Muy controvertida es, en cambio, la solución para el caso en que un mismo agresor atente contra la vida de más de una persona. Sobre este punto existen tres posiciones:

aa) El criterio que podemos llamar tradicional en el derecho español, sostenía que basta la muerte de un individuo para dar por configurado el delito de robo con homicidio y que las otras muertes entran en concurso con este delito como simples homicidios³⁶. Partidario de esta posición entre nosotros, Garrido

³³ La Corte Suprema ha condenado como autor de robo con homicidio a personas que, sin ser autores materiales de ambos hechos, podían, sin embargo, ser considerados como autores de los mismos, de acuerdo con el artículo 15 del Código Penal. Así ocurre, por ejemplo, en sentencia de 30 de enero de 2006 (Rol N° 1033-05).

³⁴ En detalle acerca de este punto, GUZMÁN DÁLBORA, J. L., “Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio”, cit., pp. 419-426.

³⁵ Así opinan, ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 338; GARRIDO: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 203; y POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 371. Era también el criterio imperante en España hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal*, cit., p. 174, y QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 258-261.

³⁶ Es el planteamiento que en ese país formulaba RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, cit., p. 437

sostiene que ella responde a la finalidad histórica de la existencia del delito de robo con homicidio³⁷.

bb) Una segunda posición fue defendida, también en España, por Gimbernat, quien afirma que todas las muertes que hayan servido de medio para llevar a cabo la sustracción constituirán un delito independiente de robo con homicidio³⁸. Critica la tesis que fue la dominante en aquel país hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, señalando que quien injuria a tres personas a través de un diario comete tres injurias por escrito y con publicidad, y no una injuria cualificada por la publicidad, en concurso con otras dos injurias sin cualificar.

cc) La posición dominante entre nosotros afirma que si el agresor causa la muerte de más de una persona con motivo u ocasión del mismo robo, se configura un solo delito de robo con homicidio, sin que el número de muertes tenga incidencia en la determinación del título de castigo³⁹.

Compartimos absolutamente este último planteamiento en atención a que la norma utiliza la expresión *homicidio* en singular y desprovista de determinantes; con ello, desde un punto de vista lingüístico-discursivo le atribuye un sentido polivalente que permite captar la comisión de un número indeterminado de homicidios. Ello, se ve corroborado por el empleo de la expresión “las víctimas”, en el artículo 433 N° 2, la cual es claramente demostrativa de que los resultados conexos al robo que menciona esta disposición pueden afectar a más de una persona.

ASPECTOS SUBJETIVOS

Puesto que el robo y el homicidio sólo pueden cometerse dolosamente, forzoso es concluir que la pena prevista en el artículo 433 N° 1 del Código Penal presupone que el individuo haya actuado con voluntad de apropiarse de una cosa mueble ajena y con voluntad de matar a la víctima. Pero este planteamiento en modo alguno quiere decir que ambas voluntades deban existir desde que comienza la actuación del sujeto. En efecto, el núcleo de la figura es el robo, de modo que lo único que cabe exigir desde el inicio, es el ánimo de apropiación. El propósito de matar, en cambio, puede surgir con posterioridad, como lo demuestra el empleo de la fórmula “con ocasión”⁴⁰, que alude a la muerte que tiene lugar durante la ejecución de la sustracción, “en principio ni prevista ni deseada, pero que los

³⁷ GARRIDO, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 197.

³⁸ GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic. 1964, p. 436.

³⁹ Esta posición es defendida por ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal*, cit., III, p. 341 y POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 371.

⁴⁰ Según POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 369: “con la voz ocasión se destaca que no se requiere el designio anticipado (una suerte de premeditación) de matar cuando se ha planeado cometer el delito”.

hechos han impuesto”⁴¹. Por el contrario, si la voluntad de apropiarse de un objeto surge cuando ya se había producido la muerte, no cabe apreciar la figura de robo con homicidio⁴². De ahí que deba rechazarse la posibilidad de aplicar esta figura cuando el autor, después de consumado un homicidio y ante la inminencia de ser descubierto, toma un objeto perteneciente a la víctima –por ejemplo, su vehículo– para emprender la huida⁴³.

Con todo, la opinión dominante en la doctrina chilena sostiene que basta el dolo eventual⁴⁴ y éste parece ser también el criterio que impera en la jurisprudencia. Hay, sin embargo, una corriente de opinión que sostiene –acertadamente, según nuestra opinión– que si bien basta el dolo eventual en el caso del homicidio que se comete “con ocasión” del robo, es, en cambio, exigible el dolo directo respecto de la muerte que ocurre “con motivo” de aquel delito, básicamente porque, a nivel subjetivo, este último vínculo presupone un grado de determinación que sólo es compatible con la actuación con dolo directo⁴⁵.

Además del dolo, las distintas formas de robo con violencia o intimidación en las personas exigen la concurrencia de *ánimo de lucro*. En otras palabras, por expresa disposición de la ley, el autor de aquel delito debe actuar motivado por un interés pecuniario, es decir, el propósito de obtener una ganancia o utilidad económicamente apreciable, para sí o para un tercero⁴⁶. Esta exigencia, por cierto, también rige en el caso del robo con homicidio⁴⁷, aunque la doctrina suele precisar,

⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 260. En el mismo sentido, sobre la base del derecho argentino, FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., 2002, pp. 448-449., quien sostiene que “La vinculación ideológica del homicidio con el robo no puede conducir a la exigencia de un dolo de homicidio anterior al hecho del robo, porque esto implicaría ignorar el texto legal, que prevé los supuestos de homicidio cometido para ocultar el delito o para asegurar los resultados o para procurar su impunidad”.

⁴² Este era el criterio predominante en España con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 82; VIVES ANTÓN, “Delitos contra la propiedad”, cit., p. 842

⁴³ Ello, sin perjuicio de la dificultad de atribuir ánimo apropiatorio, a quien actúa en estas circunstancias

⁴⁴ ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, III, p. 342; POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 369. Con referencia al derecho español, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal*, cit., p. 178.

⁴⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en un interesante fallo de 12 de julio de 2007 (Rol N° 2426-07).

⁴⁶ Sabido es que algunos autores amplían desmesuradamente el sentido de esta exigencia, hasta el punto de considerar que ella es comprensiva de cualquier ventaja o satisfacción personal proveniente de la cosa. Este planteamiento, que no es del caso rebatir aquí, es sostenido, entre otros, por VIVANCO, J., *El delito de robo con homicidio*, cit., pp. 52-53.

⁴⁷ Según DE VICENTE MARTÍNEZ, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, cit., p. 69, este elemento subjetivo es tan esencial al delito de robo con violencia o intimidación que queda destipificada la conducta del sujeto activo cuando el ánimo de lucro se halle ausente de la intención de éste. En general sobre el tema, con una opinión crítica a la exigibilidad de este elemento, MUÑOZ CLARES, *El robo con violencia o intimidación*, cit., pp. 235-255

con toda razón, que el ánimo de lucro sólo rige respecto de la apropiación, porque la muerte ha de estar motivada por razones distintas, pero¹⁰ vinculadas con el perfeccionamiento del robo⁴⁸.

ITER CRIMINIS

La consumación del delito de robo con homicidio supone la concurrencia de los dos hechos que integran el tipo: el apoderamiento y la muerte. Pese a que este planteamiento cuenta con un nivel de adhesión bastante significativo, cabe señalar que un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia argentina sostiene que este delito se consuma aunque el robo quede en grado de tentativa⁴⁹. Esta afirmación que puede tener sustento en la redacción de la norma vigente en aquel país, carece de apoyo entre nosotros, en virtud de las palabras que utiliza el tipo, como tendremos ocasión de explicar dentro de poco.

En relación con el castigo de las etapas anteriores a la consumación, los autores afirman que las disposiciones que permiten el castigo de las etapas anteriores a la consumación son aplicables al robo con homicidio; que si las dos acciones que exige el precepto no van más allá de un principio de ejecución, estamos en presencia de una tentativa⁵⁰; y que tiene aplicación respecto de esta figura lo dispuesto por el artículo 450 inciso primero del Código Penal, según el cual los delitos contemplados en el párrafo segundo del Título IX del Libro II del Código Penal “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”⁵¹.

Este último planteamiento no sólo es cuestionable en atención a los fundamentos que inspiran la norma recién aludida⁵², sino también porque puede

⁴⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, cit., p. 435

⁴⁹ En este sentido, entre otros, DONNA, E., *Delitos contra la propiedad*, cit., 2008, p. 201, y DAMIANOVICH, L., *Delitos contra la propiedad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 122. A esta posición también adhería un sector minoritario de la doctrina española mientras el tipo tuvo vigencia en aquel país. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 258-261.

⁵⁰ En este sentido, POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 370. VIVANCO, J.: *El delito de robo con homicidio*, cit., pp. 58-59. Cfr. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, año 1995, p. 183.

⁵¹ Así lo afirman ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 343 y POLITOFF – MATUS – RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 370.

⁵² “Carece de fundamento y es anacrónica la regla sobre la consumación anticipada del robo con violencia o intimidación que contiene el art. 512 CP. El fin represivo-intimidativo que persigue vulnera la distinción valorativa entre tentativa y consumación admitida en el Código”, ha escrito TORIO LÓPEZ, A., “La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, pp. 474-475. En nuestro medio parece primar la posición sustentada por VAN WEEZEL, A., “¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código penal?”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2001, volumen 28, N° 1, pp. 192-194, en el sentido de que “Aunque muy criticable desde el punto de vista político criminal, la norma no es en principio objetable como contraria a las garantías constitucionales”.

llevar a situaciones francamente inaceptables, particularmente en un medio judicial que se inclina hacia el castigo de la tentativa inidónea. Así, por ejemplo, un fallo reciente de la Corte Suprema impuso la pena prevista en el artículo 433 N° 1 del Código Penal, como si se tratara de un delito consumado, a pesar de que el autor del hecho no se apropió de cosa alguna, debido a que el objeto que tuvo en mente sustraer simplemente no existía: un caso de tentativa absolutamente inidónea⁵³.

Lo que un sector de la doctrina parece olvidar es que el artículo 433 N° 1 del Código Penal exige que tanto la apropiación como el homicidio se encuentren consumados. Esta conclusión fluye claramente del hecho de haberse utilizado el verbo *cometer* en conjunto con el vocablo *además*, lo cual implica que robo y homicidio deben estar sujetos a los mismos requisitos⁵⁴. No cabe, pues, aplicar la figura si la víctima muere, pero no se consuma la apropiación; y tampoco cuando hay apoderamiento de una cosa, sin que se produzca la muerte. Menos cabrá aplicarla cuando ninguna de las dos conductas hubiere alcanzado a perfeccionarse.

En cuanto a la eventual aplicación a esta figura de lo que dispone el artículo 450 inciso primero del Código Penal, además del argumento ya señalado para afirmar la necesidad de que tanto el robo como el homicidio se encuentren consumados, cabe agregar que ambas disposiciones –como ya se explicó– obedecen a un mismo fundamento: la (muy discutible) necesidad de establecer un trato más severo para lograr que disminuyan las tasas de comisión del delito de robo con violencia o intimidación en las personas. En otras palabras, el fin represivo-intimidativo que sirve de fundamento a la existencia de la figura de robo con homicidio es exactamente el mismo que le da sustento a la norma que anticipa la consumación de determinados delitos contra la propiedad. Por tal motivo, la aplicación de la pena prevista en el artículo 433 N° 1 del Código Penal, a quien sólo ha dado comienzo a la ejecución de las conductas que allí se describen, implicaría una abierta contravención al *principio non bis idem*.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

La mayor dificultad que ofrece la figura de robo con homicidio, en este ámbito, consiste en determinar si son aplicables respecto de ella las agravantes que

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de 10 de julio de 2002 y sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, de 30 de junio de 2003, en *Boletín del Ministerio Público* N° 16, octubre de 2003, pp. 101-106, con comentario a favor de María Elena SANTIBÁÑEZ, quien, siguiendo al profesor Enrique Cury, afirma que la tentativa no sólo es punible cuando se realiza contra un objeto existente, sino también cuando se hace contra uno inexistente o con medios inidóneos, siempre y cuando la realización de la acción interrumpida haya sido capaz de crear en un observador razonable la impresión de que su ejecución dañó o puso en peligro el bien jurídico protegido por el derecho penal.

⁵⁴ En este mismo sentido, CHIAPPINI, J.: “El robo con homicidio”, en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5275, octubre 1982, p. 7.

contempla el artículo 456 bis del Código Penal. De un modo general, MERA FIGUEROA sostiene que tales circunstancias no deben aplicarse al robo con violencia o intimidación, en especial a las formas calificadas que establece el artículo 433 N°1 del Código Penal, porque el mayor desvalor de estas figuras complejas absorbe el plus de injusto que podrían representar dichas agravantes. Este planteamiento se funda en que fue una misma ley la que introdujo el artículo 456 bis y la que estableció un aumento draconiano de las penas aplicables al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, de modo que las agravantes contempladas en aquel artículo sólo deberían resultar aplicables a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa⁵⁵.

Refiriéndose específicamente a la agravante de pluralidad de malhechores que contempla el artículo 456 bis N° 3, DE LA FUENTE, acertadamente, sostiene que aquella circunstancia debe interpretarse en conexión con su fundamento y como una modalidad específica de la agravante de alevosía. Ello implica que ha de excluirse su aplicación en los casos en que sea verificable la ausencia de peligro para la víctima, como cuando el robo ocurre en lugares desocupados, y que incluso en situaciones de proximidad con la víctima, la agravante debe ser desechada si la pluralidad de intervinientes no ha determinado un mayor peligro para ella. Si el riesgo para la víctima es el fundamento de la agravante, ésta no puede aplicarse cuando la sanción asignada al delito cometido considera ya una situación especial de peligro para el ofendido, o incluso la lesión de su integridad física, como ocurre en los delitos de robo con violencia o intimidación, particularmente en sus modalidades calificadas⁵⁶.

En verdad, si uno lee con atención cada una de las circunstancias agravantes que contempla el artículo 456 bis del Código Penal, en sus cinco numerales, podrá advertir que en todas ellas subyace como fundamento el *peligro* que tales hechos o situaciones representan para la incolumidad física de la víctima. Por su parte, la razón de ser de la figura de robo calificado –al menos en las modalidades de robo con homicidio y robo con lesiones– es el efectivo detrimento de la incolumidad física del sujeto pasivo, representado por la pérdida de la vida o el menoscabo de la salud⁵⁷. En estas circunstancias, sólo cabe concluir que el resultado efectivamente producido (homicidio) priva de toda eficacia agravatoria al peligro de que ese resultado se produzca⁵⁸, de modo que la aplicación de cualquiera de las agravantes que contemplan los números 1 a 5 del artículo 456 bis del Código Penal –y lo mismo cabe decir del uso o porte de armas del artículo 450 inciso

⁵⁵ MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit., pp. 143-147.

⁵⁶ DE LA FUENTE, F.: “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005, pp. 595-597

⁵⁷ En este sentido, ETCHEBERRY, A.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., III, p. 335.

⁵⁸ En términos análogos se ha pronunciado RODRIGUEZ DEVESA, J. M., “Contribución al estudio del robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XI, fsc. 3, septiembre-diciembre 1958, pp. 520-523;

segundo del mismo Código⁵⁹– al autor de un robo con homicidio ciertamente vulnera el principio *non bis in idem*.

La tendencia en la praxis judicial apunta hacia la aplicación de las agravantes del artículo 456 bis del Código Penal a la figura de robo con homicidio, sin plantearse siquiera una eventual relación de absorción o la incompatibilidad entre ésta y aquéllas⁶⁰. En el caso de la agravante del numeral 1 de aquel artículo, consistente en “ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad”, se ha declarado que ella prima sobre la agravante general contemplada en el artículo 12 N° 12 del mismo Código en razón de su especialidad⁶¹.

La misma tendencia se advierte respecto de las agravantes de alevosía y premeditación que el artículo 456 bis del Código Penal hace aplicables a los delitos de robo y hurto, en los casos en que se ejecutaren por medios violentos⁶². La verdad, sin embargo, es que tales circunstancias no pueden ser utilizadas para agravar la pena del autor de robo con homicidio, porque ellas forman parte de la descripción típica del homicidio calificado, y éste junto con el homicidio simple quedan comprendidos dentro del campo semántico de la voz “homicidio” que utiliza el artículo 433 N° 1 del Código Penal. No afecta a esta conclusión el hecho de que la norma disponga que las agravantes deben ser aplicadas “en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas”, porque esta cláusula, como es lógico, debe ser interpretada en armonía con el conjunto de las disposiciones del Código Penal que regulan los efectos de las circunstancias modificatorias, entre las cuales se cuenta la norma contenida en el inciso primero del artículo 63 de dicho Código, que impide conceder efecto agravatorio a las agravantes que la ley ha tomado en consideración al describir un delito, como ocurre efectivamente en este caso.

Respecto de la agravante del artículo 12 N° 6 del Código Penal, esto es, la de abusar el sujeto de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa, los tribunales –acertadamente por cierto– han declarado que dicha circunstancia no puede aplicarse respecto de la figura de *robo con violación*, por ser inherente o consubstancial a ella, de modo que un agravamiento de la pena por aquel concepto vulneraría el *principio non bis in idem*⁶³. El mismo predicamento debería utilizarse

⁵⁹ El vínculo entre esta circunstancia y el mayor peligro para la vida y la integridad física de la víctima es un tema que no genera discusión y que ya fue planteado por PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, III, p. 311.

⁶⁰ Cfr., entre varios otros ejemplos, la Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2006 (Rol N° 1033-05).

⁶¹ En este sentido, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 22 de abril de 2005, en *Boletín del Ministerio Público* N° 24, septiembre de 2005, pp. 57-69

⁶² Así lo hace, entre varias otras, la sentencia de la Corte Suprema de 14 de noviembre de 2000 (Rol N° 2.860-00)

⁶³ Así lo han manifestado, una sentencia de la Corte Suprema de 17 de enero de 2001 (Rol N° 2146-00) y un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, de 7 de agosto de 2006, en *Boletín*

para rechazar la aplicación de aquella circunstancia a la figura de *robo con homicidio*, porque suponiendo ella la ejecución de una muerte violentamente causada, debe entenderse que el desvalor de la superioridad física del agresor integra el injusto de este último delito.

Es común que los tribunales apliquen respecto de las figuras calificadas de robo con violencia o intimidación la agravante de ensañamiento que prevé el artículo 12 N° 4 del Código Penal, decisión que en principio no merece reparos⁶⁴. Sin embargo, es preciso ser extremadamente cauteloso en cuanto a la apreciación de los hechos que se considerarán como “aumento del mal del delito” o como “males innecesarios para su ejecución”, como lo exige aquella disposición, porque tales hechos podrían estar incluidos en alguna otra de las hipótesis que contempla el artículo 433 (lesiones, por ejemplo) y, en ese caso, no tendría lugar el efecto agravatorio, por impedirlo el artículo 63 inciso primero, parte final del Código Penal.

No existe un criterio uniforme sobre la procedencia de aplicar la agravante de reincidencia específica. Así, un fallo que data de 2005 declaró que no procede aplicar dicha circunstancia cuando el imputado de robo con violencia calificado fue condenado anteriormente por el delito de *robo con fuerza en las cosas*, ya que mientras en este último delito sólo resulta afectada la propiedad, en el primero se vulnera, además, la seguridad personal de la víctima, lo cual impide considerar que ambas infracciones son de la misma especie, como lo exige el artículo 12 N° 16 del Código Penal⁶⁵. Poco antes la Corte Suprema había declarado exactamente lo contrario, es decir, que el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación calificado son de la misma especie, en razón de los caracteres comunes que ellos presentan: una misma conducta, definida en el artículo 432 del Código Penal y el hecho de que ambos traen aparejado un debilitamiento de la defensa privada⁶⁶.

Según nuestra opinión la improcedencia de aplicar la agravante de reincidencia a la persona que es condenada de acuerdo con el artículo 433 N° 1 del Código Penal también tiene que ver con el imperativo de asegurar el respeto por el *principio non bis in idem*. En efecto, si ya es cuestionable aplicar respecto de cualquier delito una agravante, como la de reincidencia, que no se funda en un mayor injusto o en una culpabilidad más intensa, sino en razones estrictamente utilitarias

del Ministerio Público N° 23, diciembre 2006, pp. 229 y ss., con comentario a favor de Silvia PEÑA WASAFF.

⁶⁴ Entre los pronunciamientos más recientes, ver sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, de 16 de enero de 2007, en *Boletín del Ministerio Público* N° 31, junio 2007, pp. 68-85

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 22 de abril de 2005, en *Boletín del Ministerio Público* N° 24, septiembre 2005, pp. 57-69.

⁶⁶ Voto de mayoría de la sentencia de la Corte Suprema de 17 de enero de 2001 (Rol N° 3265-00). Un voto disidente mantiene el criterio opuesto, es decir, que robo con fuerza en las cosas y robo calificado no son delitos de la misma especie.

vinculadas con la idea de necesidad de la pena, la aplicación de esa circunstancia frente a una figura que obedece a idéntico fundamento resulta francamente inadmisibles.

Por último, respecto de la procedencia de aplicar al robo con homicidio la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal, la jurisprudencia se ha pronunciado en términos positivos, por considerar que ello no vulnera el principio *non bis in idem*⁶⁷, en cuanto los hechos que motivan la agravante, esto es, cometer el delito en el hogar de la víctima, no forman parte de la descripción típica de aquella figura delictiva.

JUICIO CRÍTICO

La figura que comentamos, desde luego, presenta el grave inconveniente de equiparar dos situaciones completamente diversas: el homicidio preordenado al robo y el homicidio que se vincula con un atentado patrimonial por razones estrictamente circunstanciales, a pesar de que ambas hipótesis son material y criminológicamente diversas⁶⁸.

Tampoco parece acertado que el legislador haya equiparado la pena asignada al robo con homicidio, al robo con violación y al robo con lesiones de mayor gravedad, porque ciertamente el desvalor del atentado contra la vida, el atentado contra la integridad sexual y el del atentado contra la integridad física no pueden ser asimilados desde el punto de vista de su gravedad, y merecen una consideración compartimentada, tal como la tienen cuando no van unidos a un atentado contra la propiedad.

Desde un punto de vista político-criminal, por cierto, no existe ninguna razón que justifique equiparar en cuanto a la pena la comisión de dos o más homicidios (o de un homicidio y una violación) cometidos durante el curso de un robo, castigándolos con la misma pena que si se tratara de un solo delito, cuando en verdad esta solución punitiva podría operar como incentivo para la ejecución de otros males que el individuo no hubiera considerado al momento de planificar o de dar comienzo a la ejecución del hecho.

La figura de robo con homicidio tiene como único fundamento razones de política criminal vinculadas con el propósito de establecer un trato más severo para el robo con violencia o intimidación, con un claro sentido preventivo-general, sin implicar un incremento de lo ilícito o de la culpabilidad.

⁶⁷ En este sentido se pronunció, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 12 de julio de 2007 (rol N° 2426-07)

⁶⁸ TORIO LÓPEZ, A., “La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984, pp. 464-466.

Tanto en razón de su falta de fundamentos sólidos, como en atención a los excesos a que puede conducir –y de hecho conduce, como ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo– y a las consecuencias francamente inaceptables que trae consigo desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, resulta evidente la necesidad de proceder a la derogación de la figura de robo con homicidio.

En su reemplazo, lo más aconsejable sería introducir una figura de homicidio calificado que tomara en consideración el hecho de estar la muerte orientada a asegurar la ejecución, la ocultación o la impunidad de otro delito, el que no tiene por qué ser necesariamente un robo.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, E., *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. Parte especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ceura, Madrid, 1989
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, 2002
- “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004
- BONACIC MIDANE, C., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 31, junio, 2007
- BULLEMORE, V. – MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Lexis Nexos, Santiago, 2005, III
- BUOMPADRE, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Corrientes, Mave, 2000
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991.
- CHIAPPINI, J.: “El robo con homicidio”, en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5275, octubre 1982
- CURY, E.: *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005
- DAMIANOVICH, L., *Delitos contra la propiedad*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000
- DE LA FUENTE HULAUD, F.: “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
- DONNA, E., *Delitos contra la propiedad*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008
- ECHEVERRÍA MAROTO, I., “Naturaleza jurídica del delito de robo con homicidio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1951, tomo XLVIII, N° 21, sección derecho, pp. 25-42
- ETCHEBERRY, A., *El derecho penal en la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, II.
- Derecho penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, III
- FIGARI, R. E., *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006
- FONTÁN BALESTRA, C.: *Derecho Penal. Parte especial*, 16ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, , 2002
- GARCÍA ARÁN, M.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Córdoba Roda - García Arán (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 2004
- GARRIDO, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, IV.
- GIMBERNAT, E., “El comportamiento típico en el robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic. 1964
- GUZMÁN DÁLBORA, J. L., “Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio”, en *Estudios y defensas penales*, 2ª ed., Santiago, Lexis Nexis, 2007
- KÜNSEMÜLLER, C., “De las circunstancias que agravan las responsabilidades criminales”, en Politoff – Ortiz Quiroga (Dir.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002
- “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”, en *El penalista liberal*. Libro de homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2004
- “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Política Criminal*. 2006. N° 1, A3, 1-14.
- LABATUT, G., *Derecho Penal*, II, 7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000
- MEDINA JARA, R., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Santiago, Lexis Nexis, 2007
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y robo*, Lexis Nexis, Santiago, 1995
- MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870

- PEÑA, F., “Del robo con homicidio”, en *Revista de Ciencias Penales*, año 1, N° 1, marzo-abril, 1935, pp. 21-28.
- PEÑA WASAFF, S., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 23, diciembre, 2006
- POLITOFF, S. – MATUS, J. P. – RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1992
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- RAMOS MEJÍAS, E., “¿Homicidio agravado o robo con homicidio?”, en *Estudios de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Ideas, 1947
- ROBLES PLANAS, R., “Delitos contra el patrimonio”, en Silva Sánchez (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006
- RODRÍGUEZ COLLAO, L.: “Robo con violación”, en *Revista de Derecho. Universidad Austral*, Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008, pp. 75-99
- RODRIGUEZ DEVESA, J. M., “Contribución al estudio del robo con homicidio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XI, fasc. 3, septiembre-diciembre 1958
Derecho Penal español. Parte especial, Madrid. Dykinson, 1991
- SANTIBÁÑEZ, M. E., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 16, octubre, 2003
- SIMAZ, A.: *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002
- TORIO LÓPEZ, A., “La distinción legislativa entre asesinato y robo con homicidio”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Santiago de Compostela, 1984.
- VAN WEEZEL, A., “¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código penal?”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2001, volumen 28, N° 1, pp. 192-194.
- VIVANCO, J., “La figura delictiva de robo con homicidio”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, tomo 15, mayo-diciembre 1956, pp. 33-56.
- VIVANCO, J., *El delito de robo con homicidio*, Lexis Nexis, Santiago, 2007
- VIVES ANTÓN, T., “Delitos contra la propiedad”, en Vives Antón (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.