

Nº 209
Año LXIX
Enero-Junio 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION EN LAS PERSONAS**

NELSON VILLENAC.

Profesor de Derecho Penal
Universidad de Concepción

Buenos días. A mí me corresponde la difícil misión de continuar con este tema que se está exponiendo esta mañana, que es referido a los delitos contra la propiedad, específicamente al hurto y al robo. Mi colega la profesora Sanhueza expuso la primera parte, y a mí me corresponde analizar el delito de robo con violencia o intimidación.

En realidad, para mí el asunto tal vez va a ser un poco más simple porque en muchas de las cuestiones que me toca abordar simplemente me remitiré a lo expuesto por la profesora Sanhueza. Desde luego, por ejemplo, en lo que se refiere a la definición legal del delito de robo con violencia o intimidación.

Como ya se señaló, este delito está definido por el Código en el artículo 432. Uno de los pocos tipos penales donde el legislador se ha tomado la molestia de decirnos en qué consiste el delito. Y ahí en el 432 el Código dice claramente que el robo con violencia o intimidación –que es el tema que a mí me interesa tratar– consiste en la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, concurriendo violencia o intimidación en las personas.

Y este tema está reglamentado in extenso en el párrafo 2º del Título IX Libro Segundo del Código Penal, que está ubicado en los artículos 433 a 439. Recordarán ustedes que de la reglamentación que hace el Código de este punto, es posible distinguir distintas figuras penales susceptibles de encontrar en este

* Charla dictada con motivo del curso de Especialización de la Reforma Procesal Penal, Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, año 2001.

párrafo. El robo con violencia o intimidación en las personas simple, el robo con violencia o intimidación en las personas calificado, el robo por sorpresa y, además –en los artículos 434 y 438–, los delitos de piratería y de extorsión, respectivamente.

La verdad es que por razones prácticas y de tiempo lo que es la piratería y la extorsión no serán materia de análisis, porque la verdad es que la frecuencia de comisión de estos delitos es mínima. Yo recuerdo haber visto alguna vez el libro de Alfredo Etcheberry del Derecho Penal en la Jurisprudencia y el único caso de piratería de que da cuenta se refiere a una situación en que una barcaza que navegaba cerca de Melinka, allá en Chiloé, fue abordada por unos individuos, despojando a las víctimas de sus bienes. Obviamente, no nos vamos a detener en estos delitos.

En definitiva, el asunto se va a circunscribir al robo simple, al robo calificado y al robo por sorpresa. Pero antes de entrar en el detalle quiero hacer una especie de consideraciones generales.

En primer lugar, en lo que se refiere al bien jurídico protegido –que es una cuestión que voy a repetir tal vez majaderamente a lo largo de la exposición por cuanto es un aspecto que no debe olvidarse al momento de interpretar las normas penales que reglamentan la materia–, estamos aquí en este párrafo en presencia de un delito complejo o pluriofensivo como lo llama la doctrina. Complejo, porque se trata de una figura penal integrada por dos o más acciones claramente diferenciables, que normalmente son cada una por separado, constitutivas de delito, pero que el legislador aquí ha unificado, dándole un tratamiento penal por razones de política criminal, para efectos de una adecuada solución al tema.

Se afectan, entonces, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, simultáneamente, la propiedad –que es el bien protegido en todo este Título IX del Libro Segundo– y otros bienes jurídicos: la vida, la libertad, la libertad ambulatoria, la libertad sexual, la integridad corporal o la salud de las personas.

Es esta duplicidad de atentados, contra la propiedad y contra los otros bienes jurídicos señalados, lo que justifica o debiera justificar que las figuras penales que aquí se contienen en los artículos 433 a 439 sean de las más altas, en cuanto a penalidad, que establece nuestra legislación. No nos olvidemos que hasta junio del año 2001 el delito de robo calificado del 433 N° 1, en su figura más grave, podía incluso llegar a la pena de muerte. Pero esto fue modificado por la Ley 19.734 y, al menos en lo que se refiere al robo, ya no existe ninguna hipótesis en la cual podamos llegar como límite superior del marco penal, a la pena de muerte.

Esto es un avance, indudablemente. Pero de todas maneras el comentario respecto de la alta penalidad de estas figuras delictivas se mantiene plenamente subsistente. Todas las figuras de este párrafo 2° del título IX del Libro Segundo –salvo el robo por sorpresa– parten como mínimo con presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de cinco años y un día de privación de libertad hacia arriba.

No nos olvidemos además de lo que se denominan normas comunes al hurto y al robo. Esas normas comunes que se estudian allá en el penal II hoy día, o IV antiguamente en materia de *iter criminis* por ejemplo, a lo que se refirió la profesora Sanhueza. No nos olvidemos que hay agravantes especiales en materia de hurto y robo. ¿Quién no ha tratado de defender a alguien y ha tenido que pensar en esto de ser dos o más los malhechores?

No nos olvidemos que el legislador también en las normas comunes al hurto y al robo elimina la posibilidad de invocar algunas atenuantes, como por ejemplo, el procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

De manera entonces que estamos frente a un grupo de delitos graves, a un grupo de delitos en que la penalidad es de las más altas que establece la legislación. A lo mejor en algunos casos está bien. Pero en otros casos derechamente, creo yo, no es así.

Estoy pensando fundamentalmente en el robo simple. Un robo con violencia en que no se ocasionan a la víctima grandes lesiones o un robo con intimidación, en que alguien va caminando por la calle, se acerca otro y le dice: Dame una moneda, un cigarro, la plata, manos arriba, etc. Se apropia de especies de la víctima y se va. Pensemos que queda frustrado ese delito o se consumó, da lo mismo. Cinco años y un día de penalidad como mínimo. Esa pena –en mi opinión y en la de muchos autores por lo demás– no es proporcionada, esa pena no es armónica, si nosotros la cotejamos con el resto del sistema penal.

Resulta que matar a otro, un homicidio simple, tiene una pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, o sea, de cinco años y un día a veinte años. Y este asalto, este robo con violencia o intimidación simple, tiene una pena de cinco años y un día a veinte años.

Resulta que la violación del artículo 361 del Código Penal, es decir, no el caso de la violación de menores de doce años, tiene una pena de presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado medio, esto es, tres años y un día a quince años.

Las lesiones graves gravísimas del 397 N° 1, “cuando de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, impotente, inútil para el trabajo, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”. Vean los resultados del

tipo penal. Tiene una pena de presidio mayor en su grado mínimo. Cinco años y un día a diez años.

¿Qué es más grave? Indudablemente que estos tres delitos a los que yo me he referido. Me imagino que estamos todos de acuerdo en eso. Pero no obstante la claridad, no obstante lo lógico que resulta, el legislador aquí simplemente ha incurrido en conductas equivocadas.

Y esto tiene una explicación histórica. Cuando vio la luz el Código Penal allá en 1874 para comenzar a regir el 1 de marzo de 1875, el sistema de protección penal, si se analizaba la distinta tipificación de las conductas delictivas, era relativamente equilibrado. Pero con el curso del tiempo, las autoridades, el legislador, empezó a advertir que el delito de robo se estaba cometiendo mucho y entonces en un intento desesperado, creo yo, para tratar de disminuir el alto grado de delitos y lograr un efecto disuasivo, evitar que se cometan delitos, se preguntó: ¿Qué hacemos?, y decidió aumentar las penas. Y esto es extremadamente cuestionable y la realidad creo que nos ha demostrado que el asunto no va por ahí definitivamente.

Cito solamente una cuestión más bien anecdótica. Cuando se estaba discutiendo la Ley 11.625, una ley del año 1954, que fue una de las que introdujo modificaciones de las más drásticas precisamente a estos delitos, aumentó las penas, equiparó las distintas etapas del *iter criminis*, estableció que la prueba se apreciaba en conciencia, etc. El autor de la correspondiente moción que dio lugar a este aumento de penalidades, que yo estoy criticando aquí, decía lo siguiente: "Sólo la más drástica de las sanciones, aplicada sin consideraciones de ninguna especie, en el espacio de tiempo más breve que permitan los procedimientos judiciales, podrá contener esta ráfaga de criminales atentados que se ha desatado en nuestra sociedad". Se refería a los robos con violencia e intimidación a las personas. Seguía el autor de la moción: "Diariamente la prensa viene dando cuenta de la perpetración de un delito, el robo con violencia en las personas, vulgarmente conocido con la denominación de cogoteo, que por la frecuencia inusitada con que se comete y los trágicos efectos que produce, es motivo actualmente de alarma en todos los espíritus". Continuaba señalando: "Los poderes públicos no deben permanecer impasibles frente a la situación de alarma que se ha creado a causa de la frecuencia y de la impunidad con que se comete este delito, máxime cuando las víctimas son en la mayoría de los casos indefensos y honrados obreros a quienes el Estado tiene el deber de amparar y socorrer".

¿Cuándo partió la propaganda política? ¿Ayer? Esto, si lo lee alguien, podría perfectamente utilizarlo hoy día en su campaña, esto de la seguridad ciudadana, esto de no poder solucionar el tema de la criminalidad. Cincuenta años más

tarde. Esto fue en 1953. Y ahora, 48 años más tarde, seguimos en el mismo problema, ¿o no? Para muestra un botón. En la prensa del 16 de agosto de este año se publicó un estudio efectuado por la Fiscalía de la Región de La Araucanía donde se da cuenta que de las denuncias ingresadas entre el 16 de diciembre del 2000 –que es cuando comenzó a operar el sistema en la Novena Región– y el 16 de julio de este año 2001, más de un tercio, específicamente un 37 %, corresponde a las denuncias por delitos contra la propiedad, entre las cuales por cierto está el robo.

De manera entonces que, creemos, la tarea del legislador aquí no es suficiente. No ha sido feliz –como dicen algunos autores– la tarea del legislador. El legislador se ha olvidado que para obtener un efecto disuasivo, para obtener lo que la doctrina denomina una prevención general negativa, para que los preceptos y para que los tipos penales logren una función motivadora preventiva, esta invitación –de que hablaba el profesor Torres el otro día– que nos formula el legislador para que no delincamos, no sólo se logra cuando se eleva a la categoría de delito un determinado comportamiento y se le aplica una pena, sino que también esta labor se cumple cuando el legislador y los organismos pertinentes demuestran eficacia en la pesquisa de los delitos y en el juzgamiento de los individuos, y cuando los organismos pertinentes logran eficacia en la condena efectiva de quien ha delinquido. Función de prevención general negativa de la pena.

Al crear el delito yo le digo a la ciudadanía no mate, no robe; si usted roba le aplico tal pena. No basta eso. Yo tengo que demostrarle a la comunidad que esa norma abstracta que está en el papel se aplica en la práctica. ¿Supiste lo que le pasó al vecino? Lo pillaron robando. ¿Y? Lo condenaron. ¿Y dónde está ahora? Preso en la cárcel El Manzano, tras las rejas, etc.

¿Se fijan? Aquí el legislador ha querido solucionar el problema solamente aumentando las penas y eso no basta. Yo pienso que aparte de las consideraciones sociológicas o criminológicas que pudieran formularse en torno a cómo solucionar este problema de la delincuencia, centradas en la falta de igualdad de oportunidades, una sociedad más violenta, falencias del sistema educacional o económico, etc., y reducidos a lo estrictamente jurídico penal, que es lo que aquí nos interesa, lo que hay que mejorar es la eficacia, es la pesquisa en el juzgamiento, en la aplicación de penas. Pero en aplicación de penas que sean proporcionadas a la gravedad del ilícito cometido por el delincuente. Ese creo yo que es uno de los principales desafíos y objetivos que tiene el nuevo sistema procesal penal.

Yo creo que la reforma procesal penal obliga a quienes van a laborar en ella como fiscales, como defensores, como jueces, a mejorar ese aspecto. Mejorando lo relativo al juzgamiento y castigo por los delitos cometidos, yo creo vamos a

poder obtener una mejor seguridad ciudadana, un mejor sistema penal. Pero ello, aplicando penas justas, penas proporcionadas y no excesivas.

Si ustedes toman cualquier libro de Derecho Penal, de la parte general, se van a encontrar con que en las primeras páginas los autores hablan de los límites del *ius puniendi*, o sea, si bien quien crea los delitos y las penas es el legislador, el Estado, tal potestad no puede ejercerse de un modo omnímodo, no es un poder que el Estado ejerza a su regalado gusto. Tiene límites en esta función, límites formales y materiales, límites formales constituidos por el principio de reserva o legalidad, fundamentalmente. Pero también tiene límites materiales, los que están dados por, entre otros, principios como el de la necesidad de la intervención, según el cual debe recurrirse al castigo penal en casos estrictamente indispensables.

Por eso es que el Derecho Penal es derecho de última ratio, cuando no sirven los demás mecanismos del Derecho se recurre a él. Es el último del Derecho Penal, decimos en clase para aquellos a quienes les gusta el fútbol. Y se recurre a él cuando se afectan bienes jurídicos, cuando de verdad hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido.

Pero además, dándose esos supuestos, tiene que haber proporcionalidad en la pena. El castigo tiene que ser proporcionado a la gravedad del ataque perpetrado por el sujeto y también a la gravedad del bien jurídico afectado.

Estas cuestiones las señalo porque me parece absolutamente necesario tenerlas presentes en algunas consideraciones que haré más adelante a propósito de distintas situaciones fácticas que suelen presentarse, fundamentalmente en el robo con violencia o intimidación en las personas simple.

Bueno, a lo mejor alguien no está de acuerdo con lo que estoy diciendo, es probable que así sea. Pero aquí —como decía la profesora Sanhueza— se trata de abrir un debate. No se trata de que ustedes me convenzan a mí o de que yo los convenza a ustedes en orden a qué es lo que hay que hacer para mejorar nuestra vida, ¿verdad? Nuestra vida —digamos— desde la perspectiva de que nos interesa.

Entrando ya más en el Código propiamente tal, en lo que es el Derecho Positivo, me quiero circunscribir a analizar el delito de robo con violencia o intimidación a las personas simple, el calificado y el robo por sorpresa. Dejando de lado la piratería y la extorsión. Y fundamentalmente me voy a detener en el robo simple que es tal vez donde más problemas se plantean, donde más situaciones a corregir existen, creo yo.

Este delito de robo simple —cuando digo robo simple estoy diciendo robo con violencia o intimidación a las personas simple— está tipificado en el artículo 436 inciso 1º. Me permito leérselos a mayor abundamiento: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o

intimidación en las personas serán penados con presidio mayor en su grado mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas”.

Estamos aquí entonces en presencia de la figura genérica de robo “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes...”. Lo que no es susceptible de ser encuadrado dentro del robo calificado queda incluido aquí en la figura genérica del robo simple. La penalidad ya la he señalado. La conducta típica en este delito consiste en apropiarse de cosa mueble ajena, sin voluntad de su dueño, con ánimo de lucro.

Me remito a lo dicho por la profesora Sanhueza en torno a este tema. Los problemas que ella planteó allá son exactamente iguales aquí. La única particularidad, la única cosa que me debe llevar a mí a esfuerzos, es a detenerme en este tema de la violencia o intimidación. Objetivamente, el tipo penal exige que un individuo se apodere materialmente de las cosas, que esa cosa sea una cosa corporal mueble ajena, que la conducta se ejecute sin voluntad de su dueño.

Como elemento subjetivo el tipo penal exige dolo y además ánimo de lucro. El dolo aquí tiene que estar referido no sólo a saber y querer apropiarse o apoderarse de la especie, materia del delito, el objeto material de la acción, sino que también aquí el dolo debe recaer sobre la violencia o intimidación que se ejerce en la persona de la víctima.

Dice en torno a esto Mario Garrido Montt que en el terreno subjetivo el sujeto persigue primordialmente apoderarse de determinados bienes muebles, es decir, la voluntad de apropiación es lo predominante y la voluntad de atentar en contra de la vida o la seguridad de la víctima aparece como secundaria, como una consecuencia o circunstancia de la primera voluntad. Pero en ambos casos sí el actuar ha de ser doloso.

Yo creo que un ladrón honesto —suena contradictoria la terminología— siempre quiere que no le opongan resistencia. “Voy a robar pero ojalá que no tenga que matar a nadie”. Pero también el ladrón dice: “pero si hay que hacerlo, habrá que hacerlo igual”. Se fijan, un dolo eventual a lo menos respecto a la violencia o intimidación que ejerce. Me imagino que eso está claro.

De manera entonces que la conducta objetiva y subjetivamente consiste en eso, en que concurran los elementos comunes al hurto y al robo, referidos por la profesora Sanhueza. Aquí no interesa el valor de las especies sustraídas como lo dice expresamente el 436 y sí se exige como modalidad o complemento de la acción que se ejerza violencia o intimidación en las personas.

En el caso del robo simple y por exclusión del robo calificado debemos concluir que la violencia o intimidación se manifiesta en actuar en alguna de las maneras que señala el artículo 439 en el Código Penal, intimidando a la víctima u ocasionándole lesiones leves o menos graves.

Si las lesiones son graves, el robo ya no es simple, es calificado. Si se mata a la víctima, el robo es calificado. Si se le mutila, si se le lesiona gravemente, etc., el robo es calificado. El robo o la violencia o intimidación, aquí en el robo simple entonces, consiste en vías de hecho, por ejemplo, en una mera intimidación, o en lesiones, pero sólo lesiones leves o menos graves.

En definitiva, en este delito de robo con violencia o intimidación simple, tenemos que ir al artículo 439 del Código Penal. Este artículo 439 del Código Penal nos da un concepto legal de lo que es la violencia o intimidación. No entendemos aquí la violencia o intimidación en su sentido natural y obvio. El legislador nos ha “ayudado” y nos ha dado su concepto legal de violencia o intimidación.

Dice: “Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas, los malos tratamientos de obra, las amenazas, ya para hacer que se entreguen o manifiestan las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega...”.

El sentido natural y obvio está incluido por cierto. Pero el legislador además es amplio. Incluye cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega.

Pero el precepto no termina ahí. Agrega que “hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”.

Esto de ministro de justicia no es que el ladrón diga “soy José Antonio Gómez, buenas tardes”. No. Se entiende en un sentido más lato obviamente.

De manera que tenemos un concepto desmesuradamente amplio de lo que es la violencia o intimidación. Y un concepto que creemos es susceptible de diversas críticas. Desde luego la más obvia –a mi modo de ver las cosas por lo menos– es que es en extremo cuestionable que el legislador incluya aquí conductas que no son constitutivas de violencia o intimidación en el sentido estricto, conductas que no afectan el bien jurídico protegido –no nos olvidemos que acabamos de señalar que lo que justifica la alta penalidad es el doble atentado que existe en contra de la propiedad y en contra de la seguridad física de la víctima, por decirlo en términos generales–; el legislador nos dice aquí en el 439 que hay conductas engañosas, conductas fraudulentas que se entienden como si fueran violencia o intimidación.

Hay un fallo en el cual se juzgó a unos individuos que llegaron a un local comercial y le dijeron al dueño del local: “Señor, somos funcionarios de la Policía de Investigaciones –sacan su credencial– y tenemos que incautar estos bienes que usted tiene”. Bueno, dice la víctima. Y se llevaron las especies. Después se descubrió

que de funcionarios de la Policía de Investigaciones no tenían nada los sujetos. Alegaron orden falsa de la autoridad, porque le dijeron que iban en representación del tribunal. Imagínense que alguien llega a sus casas y le dice “soy receptor judicial” y llega con un seudodecreto del tribunal que autoriza a llevarse las especies. Eso, aplicando literalmente el 439, es un robo con violencia o intimidación. Eso se castiga con una pena de cinco años y un día a veinte años de privación de libertad, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas.

“Soy receptor y tengo que llevarme esa botella que está allí”, dice el sujeto. Aquí está el decreto de tribunal que dice: “Retírese el pisco Capel”. Imagínense... cinco años y un día de privación de libertad por esa conducta. ¿Dónde está el atentado a la seguridad física de la víctima? ¿Dónde está el atentado a la integridad corporal? ¿Qué es lo que justifica tan alto castigo penal?

Nos parece que en este aspecto, al menos, van a ser atendibles todas aquellas doctrinas que tiendan a desvirtuar la existencia de este tipo penal y aquí creo yo que es susceptible de dar cabida a lo que postula Jorge Mera Figueroa en su obra *Del hurto y el robo*. La verdad que es una tesis minoritaria hasta hoy día, pero que es absolutamente atinente al tema que estamos planteando y que definitivamente llevaría a una solución justa y una aplicación de una pena proporcionada.

El dice que “no es posible aplicar el delito de robo con violencia o intimidación simple en aquellos casos en que no exista peligro alguno para la vida o la integridad física de las personas”. “Sostener lo contrario —dice Jorge Mera—, sería pensar que estamos enfrentados a un delito de peligro abstracto, en que por el solo hecho de ejecutar una determinada conducta, el legislador presumiría jure, de derecho, que se ha puesto en peligro la integridad corporal de la víctima”. “Se presumirá entonces —dice Jorge Mera— la antijuridicidad material del actuar”.

Pero esta presunción sería de derecho. Y ya sabemos, porque se ha dicho aquí en varias ocasiones, que las presunciones de derecho en materia penal están proscritas, porque así lo dice la Constitución Política de la República en el 19 N° 3 inciso 6°: “Se prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal”.

De manera que —dice este autor— en este extremo al menos no es posible condenar al sujeto como autor de robo con violencia o intimidación en las personas simple. Porque no hay peligro. Esta tesis de Mera, él la sostiene para todas aquellas situaciones en que no se acredite que ha existido un peligro para la seguridad de la víctima.

Y si bien no expresamente, al menos tácitamente, según veremos más adelante, ha encontrado cabida en distintas situaciones que se han planteado en los tribunales.

Esa es, entonces, la primera crítica a este concepto legal de violencia o intimidación del 439.

Segunda crítica. Establece el legislador la misma pena para situaciones diversas. Al legislador le da lo mismo que el sujeto activo del delito sólo intimide a la víctima o que ejerza violencia sobre ella, lesionándola en alguna de las formas que he descrito.

Lo más razonable sería –tomando de nuevo en consideración el bien jurídico protegido– señalar un trato distinto, una penalidad diversa, para aquellos casos en que efectivamente se daña la integridad corporal y una pena menor, evidentemente, para aquellas situaciones en las cuales el bien jurídico afectado sólo es puesto en peligro.

Tercera crítica. Dentro del concepto de violencia propiamente tal, da lo mismo para efectos de penalidad que el autor únicamente emplee una violencia de hecho en contra de la víctima –lo empuja, le tuerce el brazo, que son los clásicos ejemplos doctrinarios de violencia que no constituye lesión–, da lo mismo que haga eso a que le ocasione lesiones menos graves, que son aquellas, tipificadas en el art. 399, que por exclusión del 397 N° 2, debe concluirse son aquellas que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por 30 días o menos.

Penalmente al delincuente le daría lo mismo entonces ejercer vías de hecho sobre la víctima que dejarla postrada en cama veinte días. No hay una diferenciación en la penalidad, en el marco penal. Alguien podría decir pero no es tan así porque la verdad es que el marco penal es bastante amplio –presidio mayor en su grado mínimo a máximo, cinco años y un día a veinte años–, de manera que el juez podrá recorrer toda la escala y aplicarle al que sólo ejerció intimidación cinco años y un día; al que ejerció vías de hecho, siete u ocho, por ejemplo, y al que ocasionó lesiones leves o menos graves, diez o diez años y un día o quince años. Sí, es así. Pero eso sólo va a ser así cuando no existan circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Porque si existen circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el juez tiene que atenerse estrictamente a lo que se dispone en los artículos 63 y siguientes y si son dos o más los malhechores, tiene que aplicar las penas conforme se señala en esas “reglitas” para la aplicación de las penas. ¿Se acuerdan de Penal II?...” Concorre un agravante, concorre un atenuante, se compensan racionalmente...”. No les voy a recordar eso, porque a lo mejor va a ser remitirlos a algún pasaje oscuro de su vida estudiantil que quieren ver desterrado ¿verdad?

De manera entonces que si el legislador quiere enviarle señales a la comunidad, si el legislador quiere obtener efectos disuasivos, envíe buenas señales, envíe buenos mensajes y diga: “mire, la intimidación tiene una pena x, la violencia un castigo y, etc. Pero no lo hace.

Bien, eso es entonces en cuanto a la tipicidad del delito de robo simple: apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño con ánimo de lucro, concurriendo violencia o intimidación en las personas en los términos que señala el 439, con las interpretaciones que habrá que hacerse en torno al punto, siempre que esta violencia, en el caso que ella se ejerza, sea constitutiva de lesiones leves o menos graves.

Seguidamente, quiero detenerme, dentro siempre del robo con violencia o intimidación simple, en algunas situaciones con algún pronunciamiento jurisprudencial que he estimado interesantes de exponer para efectos de lograr un adecuado juzgamiento, una adecuada calificación jurídica de los hechos, un aspecto procesal si ustedes quieren, que no debe olvidarse en la investigación de estos hechos punibles.

En primer lugar, en aquellos casos en que se afecta la integridad corporal a la víctima y se la lesiona en la forma descrita, hay que tener muy claro que la agresión debe estar relacionada con la apropiación. Que la violencia que se ejerza en la persona de la víctima debe tener una vinculación con la apropiación y esa vinculación supone que concurren algunas exigencias:

Primero, obvio, que la agresión la sufra el titular de la especie sustraída o un tercero que esté presente al tiempo de la ejecución del delito. Creo que no merece mayores dudas.

En segundo lugar, se requiere que esta violencia, que esta agresión sea coetánea a la apropiación, aplicando al afecto el precepto del artículo 433 del Código Penal, que si bien el legislador lo da a propósito del robo calificado, es válido también a propósito del robo con violencia o intimidación simple. Aquí la violencia se ejerce antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad. Esa es la exigencia temporal en que debe existir esta situación.

Y en tercer lugar –lo que tanto señala la doctrina– debe existir una conexión ideológica, una vinculación subjetiva entre la violencia utilizada y la apropiación cometida por el sujeto. Debe existir –dice la doctrina– una relación de medio a fin entre una conducta y otra.

Estamos enfrentados a un tipo penal complejo, que está integrado por dos acciones: ejercer violencia y apropiarse de cosas muebles ajenas. Aquí la violencia que se ejerce es un medio para lograr el fin perseguido, que es la apropiación. De manera entonces que por eso es que no debe olvidarse esta situación. Si no existe esta vinculación subjetiva, si no existe esta relación de medio a fin entre la agresión

y al apropiación, no hay delito de robo simple, por más que la víctima también resulte lesionada coetáneamente a la ejecución del hecho.

Existirá un concurso de delitos entre hurto y lesiones, existirá un robo por sorpresa, pero no va a existir robo con violencia o intimidación por faltar esta vinculación subjetiva. Les pongo un ejemplo, tomado de un fallo publicado en la *Gaceta Jurídica*: “La acción del procesado que causa a la ofendida un rasguño o erosión al tirar de su cuello una gargantilla, no es constitutiva de violencia sino típica del robo por sorpresa”.

El sujeto, al momento de la apropiación, lesionó a la víctima, le causó un rasguño o erosión leve –según lo que recordamos de los estudios de Medicina Legal–. Alguien podría decir hay violencia y además hay apropiación y por tanto robo con violencia o intimidación. No. Falta la conexión psicológica, falta el vínculo subjetivo, la agresión no fue utilizada para apropiarse. Y en ese caso los tribunales dicen claramente, por lo menos en este fallo, que no hay robo con violencia o intimidación y habrá robo por sorpresa.

Otro fallo señala lo mismo: “Si las lesiones sufridas por la víctima aparecen sólo como un efecto causalmente inherente a la apropiación rápida y sorpresiva del objeto que portaba, no hay robo con violencia sino por sorpresa”. Aquí el sujeto empujó y botó al suelo al afectado, y a consecuencia de ello la víctima quedó lesionada, pero fue producto de su actuar sorpresivo, producto del “lanzazo” desplegado por el agente –que es lo característico del robo por sorpresa según veremos luego–.

De manera que no necesariamente conduce al robo simple la existencia de apropiación más agresión. Tiene que existir esta vinculación psicológica. Si el sujeto lesiona a la víctima por ejemplo porque pelearon y después que lo dejó inconsciente en el suelo ve que tiene una pluma, y un lápiz de \$ 80.000 o ve la billetera y encuentra dinero y se la lleva, eso tampoco es robo con violencia o intimidación. Eso será un concurso entre lesiones y hurto.

Eso debe tenerse claro.

También, en segundo lugar, el órgano juzgador o investigador, llámese tribunal, llámese fiscalía, juzgado oral en lo penal, debe tener claro que hay que acreditar más allá de toda duda razonable la entidad de las lesiones sufridas por la víctima. Luego, para efectuar una buena investigación y no tener falencias desde esa perspectiva, es necesario que el investigador tenga acreditada fehacientemente la entidad de las lesiones; debe agregarse certificados médicos, el informe médico legal, en que se constaten lesiones sufridas por la víctima.

Por qué digo esto. Esto lo digo a propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema de abril de 1988, en que se casó de oficio una sentencia de segunda

instancia. En primera y segunda instancia se había castigado al sujeto como autor de robo con violencia a la pena de diez años y un día. Sin embargo, la Excma. Corte Suprema casó ese fallo y dijo que como no estaba acreditada fehacientemente la violencia –tampoco se acreditó la intimidación– faltaba dar por establecido uno de los elementos esenciales del tipo penal, cual es la violencia o intimidación. A raíz de ello, la Corte Suprema al casar el fallo de los tribunales inferiores modificó la sentencia y de los diez años y un día de condena que se habían establecido para el robo, estableció o aplicó sólo una pena de doscientos días, porque al no estar acreditado uno de los elementos esenciales del tipo penal, hay que aplicar la regla genérica que es el hurto, como se señaló.

Pero no terminó ahí el fallo de la Corte Suprema. El fallo de la Corte Suprema mandó mensajes a los tribunales inferiores. “Se observa a la juez de primera instancia doña... por la deficiente investigación de los hechos, en que omitió disponer las siguientes diligencias: agregar copia de la ficha clínica de la atención prestada al ofendido en el centro médico, citar al médico, citar a los funcionarios policiales que recibieron la denuncia, identificar al carabinero que inicialmente detuvo al inculcado, requerir informe médico legal de las posibles lesiones, dejar constancia de las lesiones de la víctima al momento de interrogarla”. Además, señala que “se observa al señor fiscal y a los ministros de la Corte respectiva la inadvertencia en la deficiencias anotadas, las cuales debieron subsanar disponiendo las medidas pertinentes de acuerdo a las facultades propias”. Anótese. Termina diciendo fallo.

Entonces, si usted el día de mañana quiere ser fiscal o quiere ser juez, tenga presente lo señalado, para que las anotaciones sean sólo de mérito y no de demérito.

En cuanto a lo que es la intimidación solamente. Ya sabemos que si el sujeto activo del delito intimida a la víctima para lograr la apropiación, sin ocasionarle lesiones, sólo la intimida, vamos a estar en presencia de este tipo penal del robo simple y tendremos que castigarlo como autor del mismo con pena señalada. Insisto que creo que puede haber buenas razones para desterrar del robo con violencia el uso de formas engañosas. No es una pena proporcionada, se estaría presumiendo de derecho la antijuridicidad material de la conducta, se estaría dando por concurrente una lesión a un bien jurídico que en verdad no existe. En ese caso creo yo habría que castigar por la respectiva figura de defraudación. Esa es claramente una figura de defraudación, una estafa, otro engaño.

Se ha resuelto en torno a esto de la intimidación, en segundo lugar, en forma reiterada también por muestra jurisprudencia, que no basta procesalmente para dar por acreditado el delito, el mero testimonio del ofendido. Si la denuncia

no se ve corroborada por otro elemento de convicción, no puede existir condena a título de robo simple. Se castigará de acuerdo a la regla general, de acuerdo al hurto.

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago: “Es insuficiente para acreditar el tipo penal inciso 1° del artículo 436, robo con intimidación, el solo mérito de los propios dichos del ofendido. Si no ha quedado acreditada más allá de toda duda razonable la intimidación utilizada como medio de coacción idónea para la apropiación de las cosas mueble ajena, sólo puede tenerse por establecido el hurto”.

Así también existe jurisprudencia –a lo mejor aquí ya vamos a entrar en terrenos que pudieran ser más discutibles– que señala que la mera amenaza verbal si no está acompañada de antecedentes que la hagan seria, efectiva, real y/o verosímil, no puede dar lugar al delito de robo con violencia o intimidación. Lo dice así expresamente un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 1998.

“Tratándose de una amenaza verbal como la que habría sido proferida en el presente caso, los sentenciadores son de parecer que ella no es idónea de para afectar de manera real y no presuntiva la seguridad física del sujeto pasivo”.

Además, dice el fallo, debe tenerse presente en el análisis de los hechos la sanción del robo simple, superior a la de homicidio simple, o las lesiones gravísimas. El fallo fue redactado por don Carlos Kuntsemüller.

Aquí están acogidas las cuestiones que decíamos al principio, que los autores del Derecho Penal tratan en la parte general como límites al *ius puniendi*, esto es, la protección de bienes jurídicos, el principio de lesividad, el principio de la proporcionalidad de la pena. Estos principios no son caprichosos doctrinarios de algún penalista, esto tiene que ver con garantías constitucionales, con el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Existe otro problema que también tiene pronunciamiento jurisprudencial y que también se resuelve en base a lo que estamos señalando. ¿Qué pasa si el arma utilizada es de juguete? En este caso, también hay jurisprudencia que ha dicho claramente que si el arma es de juguete, o sea, es un arma que ni siquiera tiene la apariencia de tal, no puede entenderse razonablemente satisfecha la exigencia de una intimidación. En este caso, no estamos en presencia de este delito de robo simple, sino en presencia de un hurto. Así lo ha dicho un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de octubre de 1998, quien considera para resolver la cuestión la alta penalidad asignada al delito de robo con intimidación. Esto, dice el fallo –notable según nosotros–, obliga a los jueces a considerar el contexto de aplicación de la normativa vigente, debiendo llevar al extremo la exigencia de los elementos esenciales de este tipo penal. El usar un

artefacto de juguete para intimidar a la víctima no puede haber producido en ésta el razonable temor de verse afectada en su vida o integridad física. Descartado el tipo de penal de robo con intimidación, procede a calificar el hecho del hurto.

Otro problema: ¿Qué pasa si el arma utilizada es de fogueo? Ya no es de juguete, es un arma de fogueo, o sea, un arma que no es verdadera pero que tiene la apariencia de tal, que imita a una verdadera sin serlo. ¿Hay delito de robo con violencia en tal caso? Punto discutido, doctrinaria y jurisprudencialmente. Existen opiniones y también fallos en ambos sentidos. Hay algunos que dan más preponderancia a un factor subjetivo, como por ejemplo Mario Garrido Montt.

Mario Garrido exige que el medio intimidatorio utilizado sea intenso, pero intenso —dice él— no es lo mismo que idóneo. Es posible que el mecanismo utilizado, que el medio utilizado no sea idóneo. Como por ejemplo —dice— un arma de fogueo, un artefacto explosivo simulado, etc. Lo que interesa —dice el autor— es que el medio utilizado sirva para vencer la oposición de la víctima, para obligarlo a manifestar dónde está la especie o no oponer resistencia para que la tome el delincuente. Eso es importante. Que a la víctima, entonces, el arma utilizada le parezca real y que con eso se afecte su libertad y se le impida reaccionar coaccionado por el medio.

Este criterio subjetivo tiene acogida jurisprudencialmente. Un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel del 9 de junio del 2000 dice: “El carácter de arma de fogueo del objeto empleado por el procesado para amenazar a la víctima no le quita el carácter de medio idóneo para coaccionar su voluntad y por ende obtener la apropiación.

En consecuencia la tipificación correcta del hecho es la de robo con intimidación”.

Pero también hay autores y jurisprudencia que opinan lo contrario, que atienden a un criterio objetivo, como por ejemplo el profesor Jorge Mera, el profesor Carlos Kuntsemüller, quien además es abogado integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel. Este criterio objetivo dice que no debe olvidarse que lo que justifica el plus de penalidad aquí es este doble atentado, al que tanto me he referido, al patrimonio y a la seguridad del ofendido, a la seguridad de la víctima. Y este peligro que implica una intimidación —dicen ellos— debe ser serio, debe ser real, debe ser concreto y significativo. De manera entonces que si el medio no es idóneo para poner en riesgo la seguridad física de la víctima, no puede existir castigo a título de violencia o intimidación, atendida la alta penalidad del delito, atendido por último —dicen ellos— a razones de interpretación de la ley penal, al principio pro reo, al principio de lesividad y, por último, al de proporcionalidad de la pena.

Hay fallos en este sentido: Uno es de fecha 10 de marzo del 2000, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, el otro es de junio del 2000. Dicen estos fallos que si el arma incautada al procesado y que éste habría empleado como instrumento delictivo era un revólver a fogueo, que carecía de toda idoneidad o aptitud para poner relevantemente en peligro los intereses personalísimos del tenedor de las especies expropiadas, el hecho debe ser calificado como un hurto y no como un robo con intimidación.

¿Qué pasa, finalmente, a propósito de esto de las armas, si ésta es de fantasía? Un arma de fantasía es aquella que en verdad es un arma de fuego pero que esconde su verdadera finalidad bajo una apariencia inofensiva. Un bastón, un lápiz, al estilo de los que utiliza James Bond, por ejemplo. En este caso, como el arma es verdadera, se dice unánimemente que sí existe una puesta en peligro del bien jurídico afectado y, por lo tanto, sí que está bien calificado el hecho como robo con intimidación. Así lo dice la doctrina y así también lo dice de nuevo un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel del 27 de diciembre de 1999. Además, el arma de fantasía –agrega este fallo– está definida en la Ley de Control de Armas, de manera que no cabe duda que aquí sí que existe una intimidación idónea. Subjetivamente no interesa lo que suceda, pues la intimidación es idónea.

De manera entonces que he querido hacer presente todas estas consideraciones, todos estos problemas fácticos, tal vez de prueba más que sustantivos, pero que estimé interesantes de compartir para efectos de efectuar una correcta calificación de los hechos y para también traer a colación estos principios de la parte general que sostenemos deben siempre tenerse en cuenta al momento interpretar los hechos y al momento de calificar las conductas.

Eso respecto del delito de robo simple. En aras del tiempo, voy a ser mucho más breve de aquí en adelante.

Respecto del delito de robo calificado. Artículo 433 del Código Penal. Respecto de este delito leo el 433:

El culpable de robo con violencia o intimidación a 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 favorecer su impunidad, será castigado:

1º. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado (a partir de junio de este año 2001) cuando con motivo u ocasión del robo se comete además homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en el 395, 396 y 397 N° 1, es decir, castración, mutilación, lesiones graves, gravísimas.

2º. La penalidad es menor, de presidio mayor en su grado medio a máximo, esto es, de 10 años y un día a 20 años de privación de libertad, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día o se comete lesiones del 397 N° 2, es decir, lesiones simplemente graves.

Tenemos entonces aquí un tipo penal que podemos definir como la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro, concurriendo violencia en las personas, violencia que se materializa en algunos de los delitos establecidos en el 433, que el legislador ha decidido tratar unificadamente en este punto para efecto de su penalidad.

Algunos autores critican la existencia de este precepto. Mario Garrido Montt, por ejemplo, lo califica de un artículo barroco. La verdad que en otras legislaciones no existe y simplemente se castiga el robo más la pena que corresponda a los actos de violencia física que se realicen. Ese es el sistema, por ejemplo, del Código Penal español de 1995, que en su artículo 242 castiga al autor de robo con violencia o intimidación con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio a la pena que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realiza. Sería un problema de concurso material.

Pero aquí el legislador unifica el tratamiento penal en atención a esta vinculación psicológica, a esta conexión subjetiva que existe en orden a que el delincuente efectúa un atentado en contra la vida, de la libertad o de la integridad corporal de la víctima; antes, durante o después de la apropiación, con motivo u ocasión del robo.

Es posible entonces distinguir aquí en el robo calificado: el robo con homicidio, el robo con violación, el robo con lesiones en términos genéricos y el robo con retención.

Respecto del robo con homicidio, no voy a ser majadero en sostener lo que ya se ha señalado, en cuanto a que deben concurrir los elementos comunes al hurto y al robo. Aquí lo primordial para el sujeto es la apropiación pero también existe un actuar consciente y voluntario en orden a matar a la víctima, o a ocasionarle la muerte.

Y por eso entonces es que tenemos que tener claro y concluir como primera cuestión, a propósito de este delito de robo con homicidio, que aquí la muerte de la víctima debe ser ocasionada dolosamente. El homicidio ha de ser doloso. Se descarta una hipótesis de muerte culposa provocada con motivo u ocasión del robo. Se descarta derecha y definitivamente una situación de delito calificado por el resultado, que en otras épocas se llegó a sostener que sustentaba este precepto. Aquí tiene que haber dolo, tanto respecto de la apropiación como respecto del homicidio.

Si el ladrón mata a la víctima negligentemente, culposamente, va a existir un concurso de delitos entre hurtos o robo, dependiendo si hubo o no alguna otra forma de violencia, y entre el delito culposo de homicidio respectivo. Si la muerte es fortuita, si algo le pasó a la víctima que no es imputable al sujeto ni a título de dolo ni a título de negligencia, en ese caso el delincuente no responde de esa muerte fortuita. Responderá sólo del robo o del hurto. Estará amparado en lo que se refiere a la muerte fortuita por el 10 N° 8 del Código Penal, que “exime de responsabilidad penal al que con ocasión de ejecutar un acto lícito con al debida diligencia, causa un mal por mero accidente”.

Alguien me podría decir: cuidado, el Código en el 10 N° 8 exime de responsabilidad penal al que con ocasión de ejecutar un acto lícito, y el sujeto aquí andaba robando, es decir, actuando en forma antijurídica. A ello habrá de responderse que el Código Penal soluciona aquella situación en que falta alguno de los elementos de este 10 N° 8. Esto está en el artículo 73, que dice que cuando no se pueda eximir de responsabilidad penal por faltar alguno de los elementos del 10 N° 8, o sea, por ejemplo, ocuparse de cosa lícita, se observará lo dispuesto en el 490. De manera entonces que no es que se aplique el 490, sino que “se observará lo dispuesto en el 490”, y el artículo 490 del Código castiga al que actúa con “imprudencia temeraria”, es decir, al que con culpa ejecuta un hecho que constituiría crimen.

De manera entonces que esto de responder de todo lo que pase cuando uno anda en malos pasos, cuando uno no está obrando lícitamente, no es así nuestro Derecho. Eso se conoce—no sé si se acuerdan— con el nombre de *versari in re illicita* (ocuparse de cosa ilícita). Se decía antiguamente que si alguien se ocupaba de cosa ilícita respondía a todo lo que pasara. Ello ya no es así, dice la doctrina uniforme hoy día.

Problema: ¿A qué homicidio se refiere el artículo 433? ¿Se refiere a un robo con homicidio simple? ¿Se refiere también a un robo con homicidio calificado? ¿Se incluye aquí el robo con parricidio?

Hay algunas cosas que están claras. Por ejemplo, no cabe duda que si estamos en presencia de un homicidio simple, efectivamente vamos a estar en este tipo penal del artículo 433 N° 1. Parece ser también claro, salvo alguna opinión aislada de Labatut, si mal no recuerdo, que el caso de parricidio no está en el 433 N° 1. Si alguien al robarle mata a algunos de los sujetos pasivos del delito de parricidio a que se refiere el art. 390, ¿cómo lo castigamos?, ¿como autor del 433 N° 1 o como autor de robo o hurto más parricidio? Aquí la doctrina es uniforme, insisto, en que el parricidio no está incluido en el 433, es

decir, ahí se aplicarán las normas de los concursos, ello por dos razones fundamentales:

a. Primero, porque el art. 390 llama “parricidio” a este delito, pues señala que el que conociendo las relaciones que lo liga mata a los parientes que allí se indican, será castigado como parricida con tal pena. No habla de homicidio. A lo mejor pudiera decirse que es muy semántico el argumento. Pero el segundo es, creo yo, definitivo. Se dice que se produciría un absurdo penalmente hablando. ¿En qué consistiría ese absurdo? En que sería penalmente más ventajoso robar y matar que sólo matar. Y esto es así porque la pena de parricidio es, en el artículo 390 del Código Penal, de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, esto es, de quince años y un día a toda la vida. En tanto que la pena del 433 N° 1 es de presidio menor en su grado medio en adelante, es decir, el límite inferior es de diez años y un día. De manera que al delincuente le convendría decirle al tribunal que robó al matar o para matar a los sujetos del parricidio, pues tendría un marco penal más bajo.

Respecto del homicidio calificado es donde más problemas se plantean. Al decir de Mario Garrido Montt, en el 433 N° 1 solamente se incluye el homicidio simple, no se incluye el homicidio calificado, ni mucho menos el parricidio por cierto. Si alguien mata a otro y con motivo u ocasión de robo comete homicidio calificado, aplicaremos –dice este autor– la norma de los concursos.

Alfredo Etcheberry tiene una opinión distinta. El estima que aquí en el artículo N° 1 también está incluido el homicidio calificado.

Para Garrido no puede estar el homicidio calificado, porque no puede ser lo mismo –penalmente hablando– cometer un robo con homicidio simple, que un robo con homicidio calificado. Obviamente el castigo tiene que ser más severo, más drástico, si el homicidio es calificado. Y por eso que él sustenta que no se aplica el homicidio calificado aquí en el 433, sino que se aplica las normas de los concursos. Pero Etcheberry le rebate diciendo que el asunto de la penalidad no es tan grave, porque las incongruencias de penalidad se solucionan de dos formas. Primero, teniendo presente que el artículo 456 bis inciso 2° dice que operan en los delitos de robo –en éste que nos ocupa claramente– las agravantes de premeditación y alevosía establecidas en el 12, N° 1 y N° 5. Entonces, el plus de penalidad aquí va a estar dado precisamente porque vamos a aplicar la premeditación y la alevosía, que son circunstancias agravantes, pero que también son calificantes en el homicidio. Y además, dice Etcheberry, no nos olvidemos que el marco penal a recorrer le da cierto margen al juez para aplicar la pena, razón por la cual la mayor o menor extensión del mal producido por el delito

tendrá que plasmarse al momento de aplicar la pena correcta. Será el juez el que al establecer el *quantum* de penalidad determine las diferencias entre un robo con homicidio simple y uno con homicidio calificado. Parece que esta tesis es la más aceptable.

Algunos han querido ver en ella una infracción al principio de *non bis in idem*, al que se refería la profesora Sanhueza, porque se estaría tomando en cuenta el mismo factor tanto para establecer el homicidio calificado como para agravar la responsabilidad. A ello se rebate que ello no es así, porque si suprimimos mental e hipotéticamente la calificante, de todos modos nos quedaría el tipo penal de robo con homicidio. De manera entonces que no se está agravando la responsabilidad del sujeto.

Con relación a los otros tipos a que se refiere el legislador, sin con motivo u ocasión del robo —dice el legislador— se comete además violación, estamos frente al delito de robo con violación. Todos sabemos seguramente o nos recordamos que es bastante difícil imaginar un acceso carnal con motivo de la apropiación. Es decir, que para robar tenga que acceder carnalmente a la víctima. En definitiva, aquí se comete violación con ocasión del robo, es decir, al robar se comete violación.

Deben concurrir los elementos típicos del delito de violación, los elementos objetivos y subjetivos a que se refería ayer Juan Yáñez. Si el tipo penal se satisface sólo con dolo directo tendremos que exigirlo aquí también. Si se satisface con dolo eventual, igual cosa. Los extremos objetivos de la conducta típica también debieran concurrir.

Respecto del delito de robo con lesiones —entendida en término genérico esta expresión “lesiones”— vamos a aplicar el 433 Nº 1, si las lesiones son mutilaciones o lesiones graves gravísimas. Las mutilaciones, como se recordará, pueden ser castración, establecidas en el artículo 395, que castiga al que maliciosamente castrar a otro; puede ser mutilación de miembro importante o mutilación de miembro menos importante, tratadas ambas en el artículo 396, en que también se exige un obrar malicioso, lo que se ha interpretado como una exigencia del dolo directo. Y las lesiones graves gravísimas del 397 Nº 1 son aquellas que dejan al ofendido demente, impotente, inútil para el trabajo, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

De nuevo el mismo comentario referido en orden a que deberán concurrir todas las exigencias del tipo. Tiene que haber dolo respecto de las lesiones, de eso no cabe duda, y ello por dos razones: Por la conexión ideológica que debe existir, es decir, las lesiones se ocasionan como un medio que sirve para obtener la apropiación, y porque además el Código se refiere o se remite a las lesiones

contempladas en los artículos 395, 396 y 397, todas éstas hipótesis dolosas. Las lesiones culposas están en el artículo 490 y siguientes, a propósito de los delitos culposos. No están ni en el 395, ni en el 396, ni en el 397.

Respecto de la última modalidad de comisión que puede tener este delito de robo calificado, es lo que la doctrina denomina robo con retención, tratado en el artículo 433 N° 2, y castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, es decir, de diez años y un día a veinte años, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día.

El carácter complejo o pluri ofensivo del delito se manifiesta aquí en este doble atentado que hay en contra de la propiedad y en contra de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de la víctima. A la víctima se le retiene, se le priva de su capacidad de desplazamiento. Esto, analizado separadamente, perfectamente podría dar lugar a un delito de secuestro o a una detención ilegítima o a una sustracción de menores. Pero el legislador une aquí en una sola abrazadera jurídica –como dicen algunos autores– este actuar y se le aplica la pena que establece.

El rescate está referido a un beneficio pecuniario: dinero, medios para huir, etc.

Existe también una modalidad de tiempo en este precepto: Por más de un día. Establece aquí el legislador un límite temporal, que, como todos los límites de tiempo, es arbitrario. Alguien podría decir, ¿y por qué no 22 horas o 18 ó 48 horas o una semana? El legislador es soberano en todo lo que se refiere a plazos para dar un límite. Eso respecto al robo calificado.

Para finalizar, algunas consideraciones en torno al robo por sorpresa. Este delito está tipificado en el artículo 436 inciso 2°. La sorpresa o rapiña, como le llama también la doctrina, o arrebatamiento o lanzazo, antes era una agravante al delito de hurto pero fue en el año 1954, con la Ley 11.625, que el legislador la estableció como una figura de robo, ubicándola en este párrafo 2° del Título IX del Libro Segundo del Código. Dice el legislador que se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, esto es, de 541 días a 5 años, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riña en lugares de concurrencia o realizando otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión.

Como el legislador ha dicho que “se considerará como robo”, tendremos que concluir categórica e inequívocamente que todos los elementos comunes al hurto y al robo deben existir aquí. Deberá haber una apropiación con todo lo que ello implica a la luz de lo expuesto precedentemente. La especie debe ser una

cosa mueble ajena. Pero aquí no es cualquier cosa mueble ajena el objeto material de la acción, aquí el legislador nos dice que sólo son susceptibles de dar lugar a este delito “el dinero u otras especies que los ofendidos llevan consigo”. Es decir, se trata entonces de un objeto material particular, de un objeto material que es portado por la víctima al momento del atentado o que ésta lleva en sus ropas o consigo, como por ejemplo un maletín, la cartera, el celular, etc. Es una actualización de este servidor –eso hay que tenerlo claro–. Hay que tener claro entonces que hay una apropiación de cosa mueble ajena, pero no de cualquier cosa mueble ajena, sino una con la particularidad que establece el legislador. Además, debe obrarse sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y ejecutando la conducta en alguna de las formas que establece el legislador, con alguna de las modalidades de comisión señaladas por el legislador.

Nos olvidamos entonces de la violencia o intimidación. Aquí ya no hay violencia o intimidación. Aquí hay un obrar sorpresivo, hay un obrar que consiste en aparentar una riña en lugar de concurrencia o realizar otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión.

En la sorpresa hay algo más que la clandestinidad o furtividad características del hurto, y algo menos que la violencia o intimidación que constituye el robo con violencia e intimidación.

Sobre este punto, hago presente que en el primer juicio oral que hubo en la Novena Región, en los autos rol 001-2001 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, se trató de esto que estamos viendo aquí, a propósito del robo por sorpresa y a propósito del robo con violencia e intimidación.

Los hechos tratan de un individuo que iba caminando por la calle, disfrutando de su primer día de vacaciones, cuando de repente se acerca otro individuo, el sujeto activo del delito, el cual, obrando por sorpresa, interceptó al ofendido cuando éste transitaba por calle Balmaceda y en los momentos en que llegaba a la intersección con otra calle, aprovechándose de un descuido de la víctima, le arrebató mediante un zarpazo la suma de \$ 30.000 y un par de gafas que éste llevaba en el bolsillo izquierdo de su camisa. La víctima llevaba consigo entonces, en el bolsillo de su camisa, la suma de \$ 30.000 y unos anteojos marca Ray Ban. Sin embargo, no andaba en un buen día el delincuente, pues resultó que la víctima era un carabinero, que, como les dije, estaba disfrutando de su primer día de vacaciones.

El sujeto pasivo sacó el arma, un arma de nueve milímetros, y lo conminó a detenerse en su actuar, amenazándolo con el arma, efectuando tres disparos al aire. Entonces, el autor del delito, viéndose acorralado por las circunstancias, saca de su cinturón un objeto metálico multiuso que tenía unas tijeras de seis

centímetros y una cortapluma, y empieza a blandirlo de derecha a izquierda. Luego de ello, el sujeto fue reducido y detenido.

En presencia de tales hechos, la fiscalía solicitó, en todas estas etapas procesales pertinentes, que se castigue al sujeto activo del delito como autor del delito de robo con intimidación, del artículo 436 inciso 1º, haciendo consistir la intimidación en un acto desarrollado después de la apropiación para favorecer su impunidad. Alega también una agravante que es la reincidencia del 12 N° 15. La defensa pide que lo absuelvan por las consideraciones que se establecen. El Tribunal, teniendo presente que la acusación de la fiscalía lo es por robo con violencia e intimidación, exhorta a las partes a referirse a la calificación jurídica del hecho. La fiscalía se mantiene en orden a que aquí hay robo con violencia o intimidación, que la violencia habría sido utilizada después para favorecer la impunidad de la conducta. La defensa se mantiene diciendo que aquí no está probado el delito, y, en subsidio, dice que esto se parece más a un robo por sorpresa que a un robo con intimidación. Y efectivamente el Tribunal estima que estamos aquí en presencia claramente de un delito de robo por sorpresa, por la forma de actuar del sujeto, por este proceder sorpresivo. Cita el fallo a Mario Garrido Montt, que dice que la sorpresa se caracteriza por la posesión de desaprensión en que se encuentra la víctima, lo que impide proteger sus pertenencias al tiempo que le son arrebatadas.

Lo que hizo después el delincuente —dice el fallo— es una reacción más bien natural y espontánea de defenderse ante la inminente captura de que sería objeto. Y además, dice, es una conducta inidónea para intimidar considerando las circunstancias concretas concurrentes. Silo estaban apuntando con un arma y él saca una cortapluma, no se trata de un actuar idóneo al efecto.

En definitiva, la petición de la fiscalía de aplicar una pena de robo con intimidación más la agravante del 12 N° 15, de quince años de presidio —eso era lo que pedía la fiscalía— quedó en una pena de tres años de robo por sorpresa, desestimándose también la solicitud de aplicar la agravante del 12 N° 15, porque la reincidencia estaba prescrita, pues los hechos delictivos anteriores del delincuente habían sido cometidos el año 1987 y, de acuerdo al artículo 104 del Código Penal, la reincidencia como agravante prescribe a los diez años si se trata de un crimen o a los cinco años si se trata de un simple delito, contados desde la perpetración del hecho.

En honor a la verdad, y para defensa del fiscal, hubo un voto en contra. Uno de los tres jueces optó y estimó por considerar que también en el caso planteado había un robo con intimidación por esta conducta posterior.

Finalmente —y con esto termino—, en materia de *iter criminis* del delito

de robo con violencia o intimidación, la verdad es que yo simplemente quiero adscribir a lo que ha señalado la profesora Sanhueza, en el sentido de señalar que todos los esfuerzos que se hagan por desterrar la aplicación del artículo 450 son loables y ajustados a los principios que regulan el Derecho Penal, y son los que se deben utilizar para llevar en definitiva a aplicar una pena proporcionada a la gravedad del injusto cometido por el delincuente, que es lo que más interesa al tiempo del castigo penal.

Eso es todo gracias.