



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS  
**INFORME EN DERECHO**

**“SOBRE EL EXCESO DEL  
COAUTOR EN EL ROBO CON HOMICIDIO”**  
03 julio 2004

**Jose Luis Guzmán Dálbora**

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

[estudios@defensoriapenal.cl](mailto:estudios@defensoriapenal.cl)

## **SOBRE EL EXCESO DEL COAUTOR EN EL ROBO CON HOMICIDIO**

### I. LOS HECHOS

La noche del domingo 8 de junio de 2003 encuentra reunidos en un bar a cuatro jóvenes, Jessica F., Juana V., Rodrigo N. y Juan B., quienes acuden asiduamente al establecimiento para conversar y beber alcohol. La primera y el último cultivan un vínculo sentimental; Juana había tenido amores en el pasado con Rodrigo. Los varones trabaron amistad en 1999, cuando permanecían reclusos en la cárcel de la ciudad, al paso que las muchachas se conocen desde la infancia.

Juana y Jessica se prostituyen, y el producto de su tráfico es empleado por el grupo para comprar drogas. Alfredo M., también vecino de la pequeña localidad, pertenece al círculo de su clientela. Sexagenario, había enviudado dos años antes. Desde entonces recibe en su domicilio a mujeres jóvenes con quienes mantiene trato carnal a cambio de remunerarlas. Llama la atención de su entorno por el hábito de vestir diversas y llamativas joyas, con las que se exhibe por calles y comercios de la ciudad.

Cuando los cuatro circunstanciales se quedaron sin dinero para proseguir la regada tertulia, surgió la idea de encaminarse al domicilio de Alfredo M. Juan propone que las jóvenes se hagan franquear el ingreso a la casa pretextando ofrecérsele sexualmente. Puesto que ello había ocurrido en otras oportunidades, nada tendría él que sospechar. Acuerdan que, una vez dentro del inmueble, Juana seduciría al anciano y su amiga, aprovechando el momento de distracción, abriría la puerta y haría entrar a los hombres, para que éstos pudiesen apoderarse de las joyas del viejo y del numerario que suponen atesorado allí.

La primera parte del plan discurre según lo convenido. Al rayar las dos y media de la madrugada la pareja despierta al morador. Éste hace pasar a las chicas. Mientras Juana lo entretiene en uno de los dormitorios con negociaciones acerca del precio del coito, los jóvenes, que habían permanecido en el exterior del recinto durante quince minutos, entran por la cocina. Al trasponer el umbral, Juan ha cogido un madero que sirve al propietario para asegurar la puerta. Carga, además, un cuchillo. En ese instante, Alfredo M. regresa al salón en pos de Juana, con la que no había conseguido llegar a un entendimiento. Sorprende a los varones y reconoce a Juan, pues éste se ha criado con una hija extramatrimonial suya. Pero al preguntarle qué hace allí, es atacado por los intrusos. Enfurecido, Juan golpea con el palo a Alfredo y hunde varias veces el cuchillo en el cuerpo del infeliz anciano, que irrumpe en gritos de dolor. *“Muere, viejo depravado, por lo que hiciste a mi hermana”*, se oye decir al homicida entre insultos.

A pesar de la profusa sangre que mana del acometido, éste no fallece. Entonces, Juan le aplica en el cuello varios cortes y luego intenta asfixiarle con

una almohada. No bien la víctima deja de quejarse y yace inerte sobre el pavimento, instruye a los demás para que registren la casa en busca del botín y limpien las huellas del delito. Minutos más tarde hacen abandono del lugar llevándose consigo varios objetos.

## II. EL DERECHO

1. El delito descrito en la primera parte del número 1º del artículo 433 del Código penal chileno, es decir, el robo con homicidio, representa un tipo calificado del robo con violencia o intimidación en las personas, cuya forma general aparece en el artículo 436, párrafo uno, en relación con el artículo 432. El vínculo entre uno y otro es, pues, de especie a género. El soporte común, provisto por la figura que funciona como básica, reside en la apropiación *invito dominio* y con ánimo de lucrarse de una cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas. Pero hay varias peculiaridades que distinguen el robo con homicidio y se sobreañaden a la hipótesis ordinaria del robo.

Primero, el robo con homicidio es un delito *compuesto*. “Existe un delito compuesto o complejo, cuando los elementos que le integran figuran, además, como tipos autónomos en el propio cuerpo legal o en leyes especiales, o cuando una cierta agravante se ha elevado a característica de una infracción calificada” (Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 2ª ed., t. II, 1950, pág. 565). La substracción violenta propia del robo y el homicidio suministran los dos ingredientes, en sí mismos delictivos, que la ley reúne en una unidad dando vida a este tipo criminoso. Tal estructura compuesta es pródiga en consecuencias dogmáticas. Por lo pronto, el robo con homicidio representa un delito *de acción doble*, cuya ejecución, en consecuencia, requiere necesariamente dos actos, robar y matar, que deben hallarse en una especial relación, de la que nos ocuparemos dentro de poco. Además, se trata de un delito *de dos resultados*: la apropiación de una cosa y la muerte de otro, a falta de los cuales no puede alcanzar su cabal perfeccionamiento. Pero la añadidura del acto y resultado homicidas no debe mover a confusión. El robo con homicidio sigue siendo un delito contra la propiedad, en que el *animus rem sibi habendi* y la búsqueda de un enriquecimiento económico presiden las actividades del delincuente, les sirven como enlace y determinan el dolo. 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*. Claro es que segar la vida a otro convierte lo realizado en un delito pluriofensivo, y de ahí la agravación de la penalidad. No obstante, el bien jurídico que fundamenta la tutela continúa cifrado en un concreto derecho patrimonial —el dominio constituido sobre cosas muebles—, lo que es tanto más cierto cuanto que si llegara a deshacerse la unidad teleológica que la ley exige, o lo que es igual, que se mate para robar, la estructura compleja se rompe y quedan en pie, disociados, sus elementos singulares, esto es, un robo del tipo básico (o un hurto) y un homicidio, en concurso real. No hay robo con homicidio, explica Reinhart Maurach, cuando el agente mata a otro y sólo

entonces concibe el propósito de apropiarse de las cosas que llevaba la víctima (Maurach, Schroeder y Maiwald, *Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 8ª ed., t. I, cfr. pág. 381).

La segunda peculiaridad del delito radica en el medio de ejecución, que aquí coincide no con cualquiera forma de violencia y tanto menos una amenaza, sino con la máxima forma de coerción física. Como bien enseña el monografista del tema en el país, “la acción de matar no es más que una específica acción de violencia” (Jaime Vivanco Sepúlveda, *El delito de robo con homicidio*. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1957, pág. 65). Por supuesto, nada impide que un robo comience con el empleo de simples malos tratamientos de obra, o por amenazas, y que, pongamos por caso, la enérgica resistencia del sujeto pasivo a entregar las cosas determine al agente a abreviar los días del contumaz. Semejante progresión delictiva, donde se pasa de una fase elemental, o sea, un robo del artículo 436, al atentado más grave, obliga al sentenciador a consumir aquélla en éste, mas deja intacta la especial modalidad que asume el medio ejecutivo en la figura que nos interesa, esa *vis maior* que consiste en matar.

En tercer término, el robo con homicidio aporta una novedad en cuanto a las oportunidades admitidas para el ejercicio de la violencia. En efecto, en el tipo básico del robo el medio violento o conminatorio tiene que ser utilizado para lograr la apropiación y ha de conectarse causalmente con ella; por tanto, puede sobrevenir antes del apoderamiento o durante su ejecución, pero no después de conseguida la entrega o manifestación de las cosas. Dos argumentos avalan esta inteligencia. Por una parte, la lectura sistemática del artículo 439, que provee una interpretación auténtica contextual de la violencia o intimidación. Por tales se reputan los malos tratamientos de obra y las amenazas, “*ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten*”, así como “*cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega*”. El precepto guarda riguroso mutismo sobre el medio coercitivo que se emplea después de obtenido el apoderamiento (en la dicción legal, la «entrega» o «manifestación») con el fin de asegurarlo y garantizar su impunidad, de lo que se sigue que la violencia *subsequens* es ajena al tipo básico del robo y al delito asimilado a él, el robo por sorpresa, con tal que esa violencia no alcance los extremos contemplados en el artículo 433, porque entonces será la férula de este tipo la que atrape los hechos. Una ojeada al panorama comparativo ratifica nuestra apreciación. Precisamente las dificultades para incluir la fuerza sucesiva a un apoderamiento clandestino o sorpresivo en el concepto del robo obligan a ciertos Códigos a construir tipos especiales, a él equiparados en cuanto a la punición, con la mira de colmar lo que de otra forma sería una patente laguna de la ley. El Código italiano acuña frente al robo, que allí recibe el nombre romano de rapiña, una *rapina impropria*, la que ocurre cuando se emplea violencia o amenaza inmediatamente después de la substracción, para asegurarse o asegurar a otro la posesión de la cosa substraída, o para procurar a sí o a otro la impunidad, medios que han de intervenir “con una solución de continuidad que no sobrepase los límites de la flagrancia del delito” (Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. 9ª ed., al cuidado de Luigi Conti, Giuffrè,

Milano, t. I, 1986, pág. 329). En Alemania, a su turno, existe el denominado hurto rapaz (*räuberische Diebstahl*), al que se considera como un delito especial, semejante al robo y cuya esencia está condensada en la acción de defender con medios coercitivos propios de éste el botín de un hurto; lo perpetra el sujeto que es sorprendido no bien acaba de consumir un hurto y que emplea violencia contra una persona o amenazas con un mal presente para el cuerpo o la vida, con el fin de conservar la posesión de la cosa hurtada (Johannes Wessels y Thomas Hillenkamp, *Strafrecht. Besonderer Teil*. 2 vols. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, t. I [*Straftaten gegen Vermögenswerte*], 21ª ed., 1999, cfr. pág. 141). La rapiña impropia o el hurto rapaz tienen en Chile un ámbito de vigencia en las formas agravadas de robo del artículo 433, y por cierto que el robo con homicidio es su ejemplo paradigmático. Pero la cláusula “*después de cometido para favorecer su impunidad*”, que se lee allí, no va más allá de los graves menoscabos extrapatrimoniales previstos en la disposición. La doctrina dominante, en cambio, incurre a mi juicio en una analogía *in malam partem* al extender esa oportunidad de ejercicio de la violencia a todas las formas del robo (así, entre muchos, Antonio Bascañán Rodríguez, *El robo como coacción*, en la *Revista de Estudios de la Justicia*, de Santiago de Chile, número 1, 2002, cfr. pág. [55-125] 84).

Y henos aquí ante la última especificidad del robo con homicidio, encerrada en el binomio «con motivo u ocasión». Esta esquiva frase, tomada del Código español, hubo de suscitar tantos problemas en España, que Rodríguez Devesa la llamó, con razón, un logogrifo de la Parte especial (*Derecho penal español. Parte especial*. 13ª ed., revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, cfr. pág. 434), y, de hecho, movió al legislador ibérico a suprimir el robo con homicidio del Código actual, de 1995. No es preciso reproducir aquí esa verdadera filigrana de teorías fraguadas para despejar el borroso sentido de la locución, un resumen de las cuales puede cotejarse en el *Derecho penal*, Parte especial, de Francisco Muñoz Conde, en cualquiera de las ediciones de esta obra ajustadas al viejo cuerpo legal (v. gr., la 8ª, de Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 244-248). Por lo demás, las opiniones vertidas en España no son de inmediato recibo en Chile, dado que el texto nacional tampoco es una imagen que reproduzca punto por punto el modelo español. Durante muchísimo tiempo parte de la doctrina y el grueso de la jurisprudencia peninsulares interpretaron el robo con homicidio como un delito calificado por el resultado, de lo que se extrajo el lamentable corolario de imputar a los codelincuentes del homicida, que sólo estaban de acuerdo en la comisión del robo, la muerte causada por el primero y no captada por la culpabilidad de los segundos (cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho penal*. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pág. 311), opinión que vino a derrumbarse sólo tras la reforma de 1983, al ser modificada la redacción de regusto causalista usada por el Código. El chileno, en cambio, reza: “*cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio*”, con términos («cometer», «homicidio») valorados, provistos de un preciso sentido jurídico y a los que repugna, por ende, un entendimiento apenas mecánico-natural, de seca causalidad, del resultado que endurece la punición. Expresado de otra manera: si la acción de apropiación requiere dolo directo, atendidos los elementos

subjetivos de lo injusto inscriptos en el tipo —los ánimos de apropiación y de lucro—, el homicidio puede ser perpetrado con dolo directo, de primer o segundo grado, dolo eventual e incluso, en situaciones extremas, por culpa del autor. El caso fortuito, desde luego, no cuenta (Jiménez de Asúa, op. et ed. cits., t. VI, 1962, cfr. pág. 183), siendo por añadidura inconstitucional en Chile cargarlo en perjuicio del hechor, ya que está vedado a la ley presumir de Derecho la responsabilidad criminal, y al juez, interpretarla en un sentido contrario al de esa regla de la Constitución, contenida en su artículo 19, número 3°. Y como la coautoría y, en su caso, la participación suponen dolo, el de los codelincuentes de un autor de robo que mata a la víctima tiene que abarcar el resultado cualificante, al menos como una probabilidad cuya verificación ellos admitan mentalmente (dolo eventual), para que opere el principio de imputación recíproca.

Esto aparte, no hay consenso en Chile acerca de qué hay que entender por «motivo» y «ocasión», divergencia oriunda de cierta arraigada propensión a entreverar la alternativa legal con la tríplice oportunidad del empleo de la violencia, en el inciso primero del artículo 433, que es ya algo distinto (esta confusión de planos es visible en la antes citada y magnífica monografía del profesor Vivanco Sepúlveda, cfr. pág. 65). Puede y debe aquí hacerse constar, en aquella plétora de pareceres, nuestro propio sentir. Se mata con motivo del robo cuando la violencia es desplegada para conseguir el apoderamiento de las cosas, en lo que debe tenerse en cuenta —y en esto lleva razón la doctrina prevaleciente— que el proceso ejecutivo del robo no es un hecho fulminante, sino un complejo proceso de actos. Por ello, el homicidio puede aparecer en el acto inicial, contemporáneamente al apoderamiento o al final del robo. El homicidio en cuanto motivo tiene el robo como fin, en una conexión teleológica. En cambio, se mata con ocasión del robo cuando éste presta sólo la circunstancia u oportunidad al hecho de sangre (por ejemplo, cuando se abate a un tercero que acude en auxilio del robado, o a un codelincuente arrepentido que cambió de opinión o muestra disconformidad con el reparto del botín), pero siempre en relación con el acto principal, porque de lo contrario desaparece la estructura compleja de que tratamos. También en el homicidio perpetrado con ocasión del robo debe darse cierta conexión subjetiva que anude los elementos de aquella estructura.

2. Los vínculos del robo con homicidio con otros delitos y circunstancias agravantes deben resolverse, en general, conforme a los principios rectores del concurso aparente de leyes penales. Se presenta uno por subsidiaridad expresa respecto del robo con armas, concurso que el segundo párrafo del artículo 450 resuelve en favor del artículo 433, al ser éste más grave. Pero la cuestión va más allá. Dado que el delito de hurto o robo con armas, donde quiera que deba recibir aplicación, absorbe el de porte ilícito de armas de fuego (artículo 9° de la Ley número 17.798, sobre Control de armas) y la falta de cargar armas cortantes o contundentes que no sean de disparo (artículo 494, número 4°, del Código penal), atendida la insólita y hasta desproporcionada entidad de las penas del artículo 450 (de la misma opinión, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte especial. Editorial Universidad de

Talca, Talca, 2ª ed., 2002, cfr. pág. 142), *a fortiori* quedarán desplazadas esas infracciones si el peligro abstracto que atribuye la ley al porte de armas cobra, con el uso de éstas, palmaria realidad en la destrucción de una vida humana. Lo mismo vale respecto de la agravante de delinquir con el auxilio de gente armada (art. 12, circunstancia 11ª), incompatible con el delito del artículo 450\*.

La relación con el robo con fuerza en las cosas, por su parte, es de consunción. Prevalece el robo con homicidio sobre el epifenómeno de haberse perpetrado en un inmueble al que se accedió violando —por escalamiento, fractura, uso de llaves falsas, etc.— los resguardos opuestos por el dueño. El ataque contra la libertad de morada se eclipsa ante las altas penas del robo con homicidio, y así lo ordena el artículo 453. Otro tanto dígase de la décimo octava circunstancia del artículo 12, la agravante de delinquir en la morada del ofendido, que en apariencia pudiera divisarse en los hechos que comentamos, por la introducción solapada del homicida a un inmueble que le fue abierto *ad hoc* para cometer la fechoría. La exclusión de lo más grave (el robo con fuerza en las cosas) lleva a desechar la mentada circunstancia. Por último, también el vínculo con el asesinato (art. 391, número 1º) es de consunción, máxime desde que el artículo 456 bis convirtió dos de sus elementos constitutivos —la alevosía y la premeditación— en agravantes específicas del robo. El ensañamiento, no destacado por ese artículo, queda decididamente consumido por el robo con homicidio y nunca dará lugar a la agravante común del artículo 12, circunstancia 4ª. Por lo demás, en la muerte de Alfredo M. ni siquiera se nos ofrecen los extremos del ensañamiento, con el deliberado *plus* de injusto que éste requiere. El número de heridas inferidas a la víctima no constituye sin más ese lujo de males que informa la circunstancia, pues la profusión de lesiones puede ser reveladora, como en nuestro caso, únicamente del designio de consumir a todo trance el delito (cfr. Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. 2 vols. Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 1985 [reimpresión], t. II, págs. 54-55).

De la última circunstancia que merece atención, en el artículo 456 bis, número 3º, y las razones que nos inducen a descartarla, discurremos más adelante.

3. La coautoría cobra a menudo expresión empírica en el robo violento o intimidatorio, hasta el punto de que el robo con homicidio, por la gravedad de sus consecuencias, ministra un ejemplo clásico a la vez que un banquillo de prueba de este accidente del delito. No olvidemos que se trata de una infracción compleja o

---

\* La Ley número 19.975, publicada en el *Diario oficial* de 5 de octubre de 2004, degradó la autonomía del robo con armas, convirtiendo el porte o uso de éstas en agravación específica del robo. Sin embargo, el aumento de la penalidad en un grado, que ordena el inciso segundo del artículo 450 en su versión actual, no puede operar en el robo con homicidio, por falta de pena superior al presidio perpetuo calificado en la escala de punitivos correspondiente (la primera del artículo 59). Asimismo, dicha Ley transformó en simple delito (artículo 288 bis) la falta consistente en portar armas cortantes o punzantes, e introdujo como agravante común, en el artículo 12, circunstancia 20ª, ejecutar el delito portando armas de fuego o las nombradas en el artículo 132. Ese delito y esta circunstancia quedan, con todo, absorbidos siempre dentro del robo con homicidio, al igual que los descriptos en la Ley sobre Control de armas.

cumulativa, y como puede descomponerse en varios actos de consumación, es también factible que esa pluralidad de acciones se distribuya entre varios ejecutores.

Sobre todo de cara a Códigos que, cual el chileno, no contienen una disposición que caracterice explícitamente la coautoría, conviene recordar que ella está comprendida en la noción de autoría, de la que representa sólo una de sus formas o clases. El sobrio tenor del artículo 15, número 1º, que considera autores a los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite, ha sido suficiente para que la doctrina reconduzca a su amparo el instituto en palabra (así, últimamente, Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, cfr. pág. 412). El coautor es autor, con la única peculiaridad de que ejecuta con otros actos relevantes para el tipo, por modo que de la obra mancomunada brota la entera verificación de la figura legal y su correspondiente resultado. Este particular reviste importancia. Mientras la participación en sentido estricto es la ayuda prestada a un hecho de otro, cada coautor ejecuta hechos propios. La coautoría, pues, no recibe su contenido de injusto de actuaciones ajenas, sino lo obtiene directamente de los hechos descritos en el catálogo de la Parte especial de los Códigos. Por eso, tampoco la alcanza el principio de accesoriedad, propio de la codelincuencia, y ha de gobernarla “la *inmediata imputación recíproca* de todas las contribuciones al hecho que tienen lugar en el marco del común acuerdo” (Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 2 vols. Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1978, t. II, pág. 939).

Reciben el nombre de coautores quienes llevan a cabo conjuntamente un hecho delictivo y, en consecuencia, actos característicos del tipo, siempre que medie entre ellos un acuerdo. El máximo especialista en el tema, Claus Roxin, prefiere hablar de autoría funcional, porque la coautoría, en verdad, es un precipitado penal del principio de división del trabajo, nacido en la Sociología. La hay, cuando “varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo” (*Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*. Traducción de Enrique Bacigalupo, en el libro *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 65). Dicho esto, sus requisitos y efecto quedan perfilados con claridad. Pulsan en ella dos exigencias, ambas de corte objetivo. Es la primera la ejecución del hecho en común por una pareja o un colectivo de sujetos. Puede prescindirse aquí de qué se entiende por tal «hecho», en lo que repercuten las querellas doctrinales sobre la naturaleza del acto como primer elemento del delito. Nosotros, que somos partidarios de la teoría objetivoformal, entendemos que el aporte de cada coautor tiene que inscribirse, como fragmento del todo, en el tipo independiente que entre en consideración. Conforman ese hecho actos ejecutivos, no conductas preparatorias o que en cualquier caso se mueven en la zona periférica del tipo, un terreno reservado a la participación. En el mismo sentido

pensamos que se pronuncia el Código en el artículo 15, número 1º (y su equivalente del antiguo Código español; cfr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda y otros, *Comentarios al Código penal*. Publicados, 3 vols. Ariel, Barcelona, t. I, 1972, pág. 827). La segunda exigencia reúne a la unanimidad de los estudiosos. Debe mediar un acuerdo recíproco de voluntades y, dependiendo de la complejidad del proyecto criminal, un plan que lo articule. Este acuerdo puede ser expreso o manifestarse con acciones concluyentes. Las expresiones tácitas de aquiescencia bastan, salvo que tras ellas se oculte un consentimiento unilateral. Como la anuencia unilateral no es conocida por los demás miembros del consorcio criminoso, ella a lo sumo podrá servir de apoyo a actos de complicidad —por más que en su manía el cómplice se sienta autor, según ironiza Nilo Batista en su libro *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Directo penal brasileiro*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª ed., 2004, cfr. pág. 103—, o a una autoría concomitante, como la de quien aprovecha un robo con fuerza en las cosas para hurtar por su cuenta en el lugar. El *iter criminis* ofrece dos posibilidades cronológicas al acuerdo: en las resoluciones manifestadas y los actos preparatorios, como complot o conspiración, y durante el proceso ejecutivo del delito, pero antes de que quien inició éste lo consume (coautoría sucesiva).

Al igual que la ejecución conjunta, el acuerdo que liga a los coautores constituye un requisito objetivo de la coautoría, ya que esta exigencia debe estar acreditada en el proceso como el hecho que es. Sin embargo, posee una proyección y evolución subjetivas, desde el momento que el contenido del acuerdo signa también el límite del dolo de los malhechores. El efecto de la coautoría, es decir, que todos respondan por el todo, que a cada ejecutor parcial se impute también lo obrado por los demás, depende de que el entero espectro de la situación responda a lo que acordaron y se representaron. Que la culpabilidad es un elemento eminentemente personal del delito, eso no se discute, y nadie puede ser perjudicado por actuaciones individuales que sobrepasen el delito convenido y el correspondiente margen del dolo. Luego, la dependencia funcional entre los coautores se deshace si uno de ellos incurre en exceso. Éste obra entonces como autor directo del dato sobreabundante y no arrastra en su delito la responsabilidad de sus compañeros, precisamente porque los últimos no le secundaron ni estaban dispuestos a seguirle en ello. En suma, “cada coautor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso de otro” (Edgardo Alberto Donna, *La autoría y la participación criminal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2ª ed., 2002, pág. 43), lo cual, contemplado desde la óptica subjetiva, implica que “cada coautor responde por el obrar de los demás sólo en el marco de su dolo” (Peter Cramer, en Schönke y Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. C.H. Beck, München, 25ª ed., 1997, pág. 442).

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

desviaciones carentes de relevancia o no esenciales, esto es, las actividades que no alteran ni extienden en lo medular el plan. De esta suerte, si el acuerdo era robar intimidando, las violencias de menor entidad que irroge uno de los autores a la víctima dejan a salvo, para todos, el delito del artículo 436, cuyo núcleo de injusto reside alternativamente en el empleo de violencia o intimidación. En cambio, el robo con homicidio se presta fácilmente a excesos cuantitativos sobre la hipótesis básica del robo. Por supuesto, la ampliación del plan original conduce a la responsabilidad de todos los coautores cuando emana de un acuerdo común —el cual vendría a ser un nuevo acuerdo, que, como vimos, puede presentarse durante la ejecución del acto principal, el robo—. Pero si uno de los sujetos mata y este resultado, yacente fuera del complot primitivo, que permaneció sin alteraciones, no fue abarcado al menos por el dolo eventual de los otros, éstos responden del tipo básico. En otras palabras, se rompe la estructura compleja y cada cual será llamado a responder por lo que hizo: el homicida, del delito del artículo 433, 1º, y los demás facinerosos, como coautores de robo simple, “porque faltando en ellos el dolo requerido por el tipo del robo con homicidio, en verdad no han «participado» en este delito, sino únicamente en robo no calificado” (Vivanco Sepúlveda, op. cit., pág. 82).

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

Parece claro que los cuatro individuos habían concertado perpetrar un robo con violencia, no un hurto. El ingreso clandestino de los varones a la casa del incauto Alfredo M. no es suficiente para concluir que el conglomerado pretendía hurtarle sin que éste se diera cuenta mientras Juana le distraía con sus encantos. La estratagema tenía el exclusivo propósito de hacerles entrar. Por otra parte, sabían que para hallar las joyas y el dinero tendrían que registrar las dependencias, lo que tarde o temprano alertaría al dueño de casa y obligaría a los asaltantes a ponerlo fuera de combate, amarrándole o aturdiéndole. De hecho, Juan, en el relato que hizo antes de su captura a un amigo, habría manifestado que él y su compañero iban a entrar a la casa a golpear a Alfredo. Se trata, pues, de saber qué clase de robo con violencia entró en las representaciones y voliciones del cuarteto como materia de la conspiración original y si ésta sufrió una alteración de relevancia.

Las acusaciones que mutuamente se dirigen los inculpados durante la instrucción, eran de esperar. Bien escribió Schiller en su drama *Los bandidos* que no hay bajo la capa del cielo un hilo tan delgado ni tan fácil de quebrarse como los vínculos que unen a los pillos. Sólo que mientras Jessica, Juana y Rodrigo admiten su participación en el robo, o cuando menos haber estado esa noche en la casa, y hasta describen las circunstancias del crimen que puso fin a la vida de

un hombre, Juan niega todo, pese a ser en nuestra opinión el eje protagónico del hecho. Todo indica que hizo suponer a los demás que pondrían manos en un delito sencillo y limpio, desde luego incruento, y hasta es posible que él mismo lo creyera así hasta que entró a la casa armado, cogió el palo y se halló de sopetón con la odiada figura de Alfredo. Aquello que hasta ese punto se desarrolló como la ejecución compartida y aceptada de un robo con violencia, experimenta una transformación. Podrá quedar abierto al debate si Juan mató a su víctima con motivo o bien con ocasión del robo. En pro de lo segundo milita el argumento de que su motivo personal para matar fue antes la venganza que la substracción propiamente dicha; por lo primero, que, con independencia del motivo concreto que en definitiva le determinó, su fin fue en todo momento uno solo y el mismo: robar. Cualquiera que sea la alternativa correcta, su responsabilidad como autor de robo con homicidio resta incólume.

La conducta de Rodrigo debe quedar subsumida también en el robo calificado. Por cierto, él sabía que su amigo tenía un cuchillo y hasta conocía los rasgos del arma. Este ingrediente, sin embargo, no es unívoco ni decisivo. El mero hecho de saber que el otro lleva un arma no lo convierte en coautor de robo con homicidio, porque para esto es necesario que la posibilidad de que aquél mate con el arma recibiese el asentimiento del coautor. Imputar a los demás el resultado mortal sobre la única base de que ello era previsible, implicaría confundir el dolo eventual que demanda la coautoría, con la culpa (cfr. Vivanco Sepúlveda, op. cit., pág. 86). Pero hay que tener presente que Rodrigo vio a Juan asir el palo, que nada hizo cuando éste asestó el primer golpe; que tomó parte, al parecer, en los prolegómenos de la agresión; que contempló impávido cómo el otro hundía una y otra vez el cuchillo en el cuerpo de la víctima, y que se dio inmediato quehacer en registrar la casa. Aunque afirme que no mató personalmente a Alfredo M. y por verosímil que ello parezca, tanto más cierto es que aprobó desde el principio la posibilidad de que su turbio compañero lo hiciera. La conclusión se desprende con naturalidad: él es coautor de robo con homicidio y, en consecuencia, debe imputársele la muerte perpetrada por mano ajena.

No así a las mujeres. Las contradicciones de los relatos no impiden advertir que Juana y Jessica quedaron sobrecogidas con la sangrienta escena, sin saber qué hacer. Permanecieron durante su desarrollo en una de las habitaciones, presas del nerviosismo, y Juana, si no también la otra chica, prorrumpió en llanto. Esta circunstancia es de la mayor significación. Por más que supieran que el Juan iba armado, eso no significa que aprobaban la idea de aniquilar al viejo. No se debe pasar por alto que Alfredo M. era su cliente, al que tampoco convenía perder, y que las muchachas conocían a Juan como un ladrón, no en los ropajes de asesino. Una vez revelada la verdadera personalidad de éste, se explica el comportamiento posterior de las jóvenes. Obedecen cuanto les ordena: registran la casa, borran las huellas de sangre, salen del lugar con parte del magro botín. Hasta es factible que una de ellas, quizá Juana, alcanzase al homicida la almohada que él reclamó para ultimar al agonizante. Todo esto responde más bien a la aguda intensidad emocional de la inesperada situación y, posiblemente, al fundado temor de contrariar a Juan, que a un plan preconcebido que pudiera llegar

a consecuencias de semejante gravedad. El dolo de las mujeres, en sintonía con lo pactado, no se extendió hasta abrazar ese efecto como una posibilidad que ellas pudieran asumir. Es más, pensamos que el homicidio era para ellas imprevisible. Pero incluso si era de prever, la falta de dolo eventual permite imputarles únicamente el delito base planeado en común, o sea, el robo con violencia (cfr. Rodríguez Mourullo, en op. et vol. cit., pág. 841). Su actitud posterior a los hechos —que si conservaron las especies robadas, las escondieron o vendieron, o se ocultaron ellas mismas, etc.— no me parece que desdiga en absoluto estas premisas, si es verdad que el momento del dolo es el del acto y que las actuaciones subsiguientes a un delito, aun ratificarlo, están desprovistas de la aptitud de interferir en sus elementos estructurales, irreversiblemente fijados ya. Sería por último una vana pretensión exigir de ellas que se denunciasen o delataran a personas con las que estaban ligadas por lazos sentimentales.

5. Queda pendiente un punto que interesa a la responsabilidad de los cuatro imputados, al margen de la necesidad de romper para dos de ellos el grave título de imputación contenido en el artículo 433, 1º. Nos referimos a la aplicabilidad de la agravante específica de ser dos o más los malhechores, descrita en el artículo 456 bis.

La naturaleza de esta disposición, cuyo origen remoto se encuentra en el artículo 425 del Código penal español de 1848, ha merecido en la doctrina dos interpretaciones contrapuestas. Una, distingue su razón de ser en el mayor peligro que supondría para el bien jurídico el número plural de codelincuentes, quienes colocan en una situación de particular indefensión al sujeto pasivo del delito; la agravante denotaría una mayor antijuridicidad y tendría, pues, naturaleza objetiva. Con arreglo a la segunda interpretación, el ser dos o más los malhechores demuestra en éstos una actitud particularmente reprobada por el Derecho, reflejada en el acto delictivo, al prevalerse de la superioridad de sus fuerzas, ganada merced a la actuación conjunta; en consecuencia, la agravante expresaría una mayor culpabilidad, por una intensificación de la parte caracterológica del juicio de reproche, y tendría naturaleza subjetiva (cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en el libro *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*. 2 vols., Madrid, U.N.E.D., 1989, tomo II, págs. 183 y ss.).

Prescindiendo de cuál de tales interpretaciones merezca la preferencia, aquí hay que discutir la compatibilidad de la pluralidad de malhechores en el robo con la coautoría, o lo que viene a ser igual, si pueden conciliarse estas dos formas accidentales de presentación del delito o una de ellas debe prevalecer sobre la otra. El criterio tradicional ha sido entender la referencia a los «malhechores» precisamente como «codelincuentes», sin exigir nada más que el dato de que actúen de consuno, como coautores o partícipes en sentido estricto. También Maurach opina que en aquellos tipos penales en que la ejecución en común del hecho es regulada como causa de agravación de la penalidad, estaríamos frente a

una coautoría o coparticipación necesarias, cuya compatibilidad con las reglas generales está fuera de discusión (cfr. Maurach, Gössel y Zipf, *Derecho penal*. Parte general. 2 vols. Astrea, Buenos Aires, t. II, 1995, trad. de Jorge Bofill Genzsch, pág. 396). Este difundido parecer, empero, contrasta con los requerimientos del principio de inherencia (*ne bis in idem*) y hace del mismo hecho que sirvió para establecer la adecuación típica, el fundamento de una agravación de la penalidad. Antes apuntamos que es presupuesto de la coautoría la ejecución del delito por varias personas que obren con convergencia intencional. Bien pudiera sostenerse que ese presupuesto no puede ser tenido en consideración esta vez para agravar la imputación recíproca resultante. Nos damos perfecta cuenta de las dificultades con que tropezará la interpretación bosquejada en la jurisprudencia y las pocas adhesiones que previsiblemente ha de despertar, al dejar casi sin contenido esta severa agravante del robo. Mas obsérvese que nuestra interpretación, si la estima inidónea para la coautoría, la acoge en los casos complicidad, que no requieren un acuerdo entre el auxiliador y el autor principal.

### III. CONCLUSIONES

Jessica F. y Juana V. son coautoras de robo con violencia. Su responsabilidad está libre de la cualificación que afecta a Juan B. y Rodrigo N., a quienes aguarda la pena del robo con homicidio. El exceso cuantitativo con que el homicida alteró la programación del atentado patrimonial, desbarata la posibilidad de imputar a las mujeres el efecto total del delito. La valoración conjunta de la infracción y el juego de los accidentes que la circundan, permite concluir que los aparentes motivos de agravación son absorbidos por la pareja independiente de delitos.

Esta es mi opinión, que cederá, como siempre, ante cualquiera otra más autorizada.

Antofagasta, 3 de julio de 2004.