

## ROBO CON VIOLACIÓN\*

*Luis Rodríguez Collao\*\**

### RESUMEN

*El artículo examina desde una perspectiva dogmática y crítica la figura de robo con violación que contempla el artículo 433 N° 1 del Código Penal, postulando que ella no sólo es inconveniente, según criterios de técnica legislativa, sino que incluso vulnera la letra de la Constitución. Por lo que respecta a la naturaleza de la disposición, el autor plantea que ella en realidad no contempla un tipo penal, sino una regla de penalidad aplicable a quien hubiere ejecutado las dos acciones delictivas nombradas en un mismo contexto situacional. A partir de esa premisa, examina las consecuencias que este planteamiento trae consigo en materia de autoría y participación, iter criminis y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal*

### ROBO – VIOLACIÓN – ROBO CALIFICADO

## *Robbery with rape*

### ABSTRACT

*This work analyses and criticises the crime of “robbery with rape” as stated in article 433 N°1 of the Chilean Criminal Code. The author asserts that this norm is not only inconvenient according to legislative technique criteria, but it also infringes the Constitution. In relation to the nature of the norm, the author propounds that it does not involve a criminal offence but a rule to determine the punishment for someone who has committed both crimes within the same factual context. Building on this premise, the author analyses its consequences in the subject areas of perpetration, incitement and accessoryship, iter criminis and altering circumstances of criminal responsibility.*

### ROBBERY – RAPE – AGGRAVATED ROBBERY

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

\*\* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor titular de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, lrodrigc@ucv.cl Artículo recibido el 30 de marzo de 2008 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de mayo de 2008.

## INTRODUCCIÓN

Hacia fines de la década de los años ochenta del siglo pasado, Bajo Fernández se lamentaba de la existencia de la figura de robo con violación y de que ella tuviera asignada una pena casi idéntica a la del asesinato, situaciones que él calificaba como *peculiaridades* del ordenamiento español, al igual que el hecho –en su concepto, digno de ser investigado en el ámbito de la psicología social– de que el homicidio, la castración y la violación resultaran allí equiparados en cuanto a la pena.<sup>1</sup> Veinte años más tarde, la situación en Chile es todavía más grave: el Código Penal sigue contemplando la figura de robo con violación y su penalidad es –incomprensiblemente– más elevada que la del asesinato. Por otra parte, si bien la castración y el homicidio siguen estando equiparados en cuanto a la pena, el castigo de la violación es más alto en el caso del artículo 362 del C. Penal.

En este contexto, la figura de robo con violación crea una serie de distorsiones en el sistema del Código Penal, particularmente en orden a las relaciones de proporcionalidad que sería de esperar en un texto bien estructurado y consecuente con el valor que las convicciones sociales –e incluso el propio ordenamiento constitucional– asignan a los distintos intereses penalmente tutelados. La situación se ha visto agravada por la falta de propuestas dogmáticas coherentes acerca de la figura y por una aplicación muy poco prolija –aunque sí, desmesurada– de parte de los operadores del sistema jurisdiccional, lo que se materializa en la adopción precipitada de las mismas soluciones que los autores proponen para el caso del robo con homicidio y en la aparición de una serie de decisiones judiciales francamente lamentables.

Como punto de partida para la determinación del verdadero sentido de la referencia que el artículo 433 del C. Penal hace al delito de violación, conviene indagar sobre los antecedentes históricos del precepto y sobre sus fundamentos, para determinar enseguida si cabe hablar de un *tipo* penal de robo con violación o si se trata de una simple *regla de determinación de la pena* aplicable a quien ha cometido dos delitos autónomos. La adopción de uno u otro criterio incide de modo substancial en otros aspectos relacionados con la situación penal de quien incurre en un robo con violación, como, por ejemplo, *iter criminis*, autoría y participación, circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y concurrencia con otros hechos delictivos, todos los cuales serán objeto de estudio en las páginas que siguen.

## ANTECEDENTES DE LA FIGURA

El artículo 433 del texto original de Código Penal chileno disponía que: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la

---

<sup>1</sup> Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Delitos patrimoniales y económicos), Ceura, Madrid, 1989, p. 82.

intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, o en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte...” Acto seguido, contemplaba tres situaciones en las cuales se consideraba procedente aplicar esta pena: “1º Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio; 2º Cuando fuere acompañado de violación o mutilación de un miembro importante; 3º Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el num. 1º del artículo 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por más de un día; (...)”.

Esta disposición fue tomada casi textualmente del artículo 425 del Código Penal español,<sup>2</sup> salvo en lo que respecta a la cláusula incorporada para explicar el sentido de la violencia y la intimidación, sobre cuyo origen no existe certeza.<sup>3</sup> Como puede apreciarse, la Comisión Redactora utilizó palabras muy distintas para referirse a los vínculos que es posible establecer entre el robo y el homicidio, y entre aquel delito y la violación.

El texto prácticamente permaneció sin modificaciones, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 11.625, de 1954, que dispuso el reemplazo del artículo 433 del Código Penal, por el siguiente: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1º con presidio mayor en su grado máximo a muerte cuando, con motivo u ocasión de robo, resultare homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1 (...)”. La nueva redacción claramente establece un trato unitario para el homicidio, la violación y las lesiones graves gravísimas que acompañan al robo, y lo hace bajo el requerimiento de que aquellos delitos se den “con motivo u ocasión” de este último.

La Ley N° 11.625, de 1954, tuvo por objeto establecer un trato de mayor severidad para los delitos patrimoniales, particularmente del robo, lo que se refleja, entre otros aspectos, en un aumento de las penas; en la previsión de agravantes especiales –para lo cual se agrega el artículo 456 bis– y en la instauración de una norma que dispone sancionar aquel delito como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa (artículo 450, inciso primero). El propósito central de la reforma, como lo deja de manifiesto la historia del establecimiento de la ley, era hacer frente al incremento que por esa época –y según los autores de la iniciativa– había experimentado el delito de robo, en el entendido de que la mayor drasticidad redundaría en una disminución de los niveles de criminalidad.<sup>4</sup>

Por su parte, la Ley N° 13.303, de 1959, sustituyó el texto del numeral 1 del artículo 433 del Código Penal, por el siguiente: “1º Con presidio mayor en su grado medio a muerte cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio,

<sup>2</sup> Pacheco, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, pp. 281-282.

<sup>3</sup> Bascuñán Rodríguez, A., “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia*-N° 1, 2002, p. 79.

<sup>4</sup> Mera Figueroa, J., *Hurto y robo*, LexisNexis, Santiago, 1995, pp. 40-41.

violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1”. El cambio, desde luego, no tiene incidencia en las relaciones que deben darse entre el robo y los otros delitos que la norma menciona, sino que está orientada a reforzar los requerimientos a nivel de imputabilidad subjetiva, como se desprende del cambio del verbo *resultar* por *cometer*.

El texto vigente del artículo 433 del Código Penal,<sup>5</sup> en la parte que a nuestros fines interesa, es el siguiente: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, Nº 1 (...)”.<sup>6</sup>

#### FUNDAMENTOS DE LA FIGURA

La opinión prácticamente unánime de los autores sostiene que no es aconsejable reunir el robo y la violación en un mismo precepto. Tal era el planteamiento predominante en la doctrina española, mientras rigió en aquel país el *robo acompañado de violación*, una hipótesis delictiva muy similar a la que motiva estos comentarios, que no sobrevivió a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995. Así, por ejemplo, Vives Antón afirmaba la necesidad de suprimirla, pues en su concepto no reunía los requisitos que pueden dar lugar a una figura compleja y, además, distorsionaba la configuración de otros supuestos y daba lugar a una penalidad absolutamente desproporcionada.<sup>7</sup>

Más aún, existe un elevado nivel de consenso en orden a que la severidad con que se suele castigar el robo con violación carece de justificación, desde un punto de vista criminológico, y que su instauración corresponde a una arbitrariedad histórica del legislador. Pese a ello, algunos autores, como en su momento lo hizo Bajo Fernández, han sostenido que no puede ignorarse la gravedad que supone el doble ataque a una mujer para violentar su libertad sexual y para desposeerla, lo que, de añadirse el dato de la frecuencia de comisión conjunta de ambos delitos, explicaría que el legislador quisiera tratar con severidad estos supuestos.<sup>8</sup> En términos muy similares, se ha pronunciado, entre nosotros, Garrido, al señalar que razones de política criminal permiten que aún

<sup>5</sup> Tras la modificación de que fuera objeto mediante la Ley Nº 19.734, de 5 de junio de 2001.

<sup>6</sup> Según opinión de Politoff, S.-Matus, J. P.-Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed., p. 357, la redacción actual es el fruto de una incesante actividad legislativa que ha pretendido adecuar su contenido a la sensibilidad de cada período histórico, pero agregan que los aspectos sustantivos de la actual redacción quedaron fijados por la Ley Nº 13.303, de 1959.

<sup>7</sup> Vives Antón, T., “Delitos contra la propiedad”, en Vives Antón (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 843.

<sup>8</sup> Tal era la posición que mantenía Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal*, p. 82, con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal español de 1995.

subsista la figura, pues importa dos graves atentados, uno a la libertad sexual de la víctima y otro en contra de su patrimonio, que desgraciadamente son realizados conjuntamente con demasiada frecuencia en la realidad social, lo que históricamente ha justificado una reacción punitiva excepcionalmente drástica.<sup>9</sup>

Al explicar la estructura interna de la figura, pero en modo alguno con ánimo de justificar su inclusión en el Código Penal, Bascuñán Rodríguez señala que el fundamento de la calificación del robo en estos casos pareciera encontrarse en el aprovechamiento de la vulnerabilidad e indefensión de la víctima, de modo que sólo la violación cometida con aprovechamiento de la indefensión creada por la comisión previa de la coacción propia del robo satisfaría el merecimiento de una penalidad intensificada.<sup>10</sup> Partiendo también del criterio de la mayor desprotección de la persona que ha sido víctima del empleo de violencia o intimidación en el contexto de un robo, se ha hecho residir el fundamento de la figura en la mayor peligrosidad demostrada por quien abusa del estado de indefensión que él mismo creó, para vulnerar otros bienes jurídicos del ofendido, en este caso, su integridad sexual. De ahí, se dice, que la ley haya preferido determinar directamente la penalidad, en vez de aplicar las normas del concurso de delitos.<sup>11</sup>

No nos parece acertado plantear que el fundamento del trato más severo que el legislador brinda a la figura de robo con violación consiste en el abuso del *estado de indefensión* de la víctima —o en la consecuente mayor peligrosidad del sujeto activo—, aunque esta situación pueda eventualmente presentarse en un caso concreto y por mucho que hacia él parezcan apuntar los antecedentes históricos de la disposición, en especial si se piensa que tradicionalmente la violación sólo admitía como sujeto pasivo a una mujer. En efecto, si tal fuera el fundamento, el legislador tendría que haber previsto idéntico trato agravado para todos los supuestos en que la indefensión propia de una agresión sexual se ve acrecentada por la ejecución previa de una conducta delictiva —por ejemplo, una detención ilegal—, cosa que por cierto no ocurre. Asimismo, la tesis del incremento de la situación de indefensión de la víctima sólo permitiría explicar aquellos casos en que el agresor ejecuta el acceso carnal mediante violencia o intimidación, pero no debemos olvidar que también constituye violación el hecho de acceder carnalmente a una persona que se encuentra incapacitada para oponer resistencia, que padece una perturbación mental severa, que se halla privada de sentido o que es menor de catorce años, casos en los cuales el estado de indefensión de la víctima normalmente no depende de la coacción que ejerció el agresor para apropiarse o para obtener la manifestación de una cosa que no le pertenece, ni se ve necesariamente acrecentado por este último comportamiento.

La verdad es que no existe ninguna razón vinculada con el desvalor de acción o de resultado, del robo o de la violación, que justifique un trato más severo para la persona que ejecuta ambas acciones en un mismo contexto situacional. Todo lo contrario, es

<sup>9</sup> Garrido, M. *Derecho Penal. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, IV, p. 202.

<sup>10</sup> Bascuñán Rodríguez, A., “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004, pp. 309-310.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, 22 de abril de 2005, en *Boletín del Ministerio Público* N° 24, septiembre de 2005, considerando 17, párrafos segundo y siguientes, pp. 68-69.

indudablemente más acentuada la ilicitud y más intenso el juicio de reproche que cabe formular a quien roba y viola a una misma persona en oportunidades diversas, o a quien comete violación en contra de un individuo y robo respecto de otro, y a pesar ello estos casos no quedan sometidos al régimen de mayor severidad que prevé el artículo 433 del Código Penal. En estas circunstancias, sólo cabe reconocer que la figura de robo con violación tiene como único fundamento razones de política criminal vinculadas con el propósito de establecer un trato más severo para el robo con violencia o intimidación, con un claro sentido preventivo-general, al margen de cualquier consideración vinculada con las relaciones de proporcionalidad que deberían existir entre los distintos bienes jurídicos que protege el ordenamiento penal.

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA

La opinión prácticamente unánime de la doctrina plantea que el robo con violación es un *tipo penal*; más específicamente, una forma de robo con violencia o intimidación en las personas. Los autores, en efecto, distinguen entre una figura básica de este delito, contemplada en el artículo 436 inciso primero del Código Penal y varias figuras calificadas, contempladas en el artículo 433 del mismo Código, entre las que se cuentan, el robo con homicidio, el robo con lesiones, el robo con violación y el robo con retención.<sup>12</sup> Desde otro punto de vista, la figura de robo con violación suele ser planteada como un *delito complejo*,<sup>13</sup> es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que independientemente consideradas de todos modos son constitutivas de delito y cuya importancia dogmática consiste en resaltar la necesidad de que en tales casos se den todos los supuestos típicos que la ley demanda por separado.

Este planteamiento no nos parece correcto. Un delito adquiere la condición de *calificado* por el hecho de concurrir algún elemento que le confiere un plus de gravedad, como sucede, por ejemplo, con el homicidio, que adquiere aquella condición cuando el hechor utiliza alguno de los medios de ejecución que menciona el artículo 391 N° 1 del Código Penal. Pero ha de tratarse, como es obvio, de un elemento inherente al delito cuya calificación se afirma, es decir, algún factor vinculado con la conducta, con sus medios de ejecución, con la calidad de los sujetos, con los posibles resultados de la acción delictiva, etc. Nada de ello ocurre en el caso que nos ocupa, porque entre apropiación y acceso carnal no es posible establecer ninguna suerte de relación, como tampoco es

---

<sup>12</sup> Este es el esquema que utilizan, por ejemplo, Bullemore, V.-Mackinnon, J., *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, LexisNexis, Santiago, 2005, III, p. 102; Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, III, p. 338; Garrido, M. *Derecho Penal*, cit., pp. 191-193; Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., II, pp. 355-367.

<sup>13</sup> Aparte de los autores mencionados en la nota anterior, también se han pronunciado en este mismo sentido Mera Figueroa, J., *Hurto y robo*, LexisNexis, Santiago, 1995, p. 144; Mercado Gómez, M. A., *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 90, y Vivanco, J. *El delito de robo con homicidio*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 13-19.

posible establecerla entre la violencia o la intimidación ejercida para robar y la actividad sexual que la acompaña, sobre todo considerando que la violación no siempre presupone el empleo de esos medios coercitivos, y aunque el autor los ocupara, la opinión doctrinal y jurisprudencial unánime considera que el artículo 433 del Código Penal exige empleo de violencia o intimidación para apropiarse de una cosa y, además, para llevar a cabo el acceso carnal, como entidades perfectamente diferenciables.<sup>14</sup> Por ser la violación un hecho completamente ajeno al robo, la comisión próxima en el tiempo de ambos hechos delictivos podrá agravar (es decir, calificar) la *situación penal* del sujeto, pero no afecta a la *gravedad* del segundo de los delitos nombrados. De modo que al menos respecto de la figura de robo con violación, no cabe afirmar que ella corresponde a un delito calificado de robo con violencia o intimidación en las personas.

Por otra parte, la noción de *delito complejo* no puede tener un alcance estrictamente formal, puesto que supone —al igual que cualquier otro delito— la existencia de elementos relacionadores, que vinculen, tanto desde una perspectiva objetiva como desde un punto de vista subjetivo, los distintos componentes de la estructura típica, ya que de otra forma no es posible establecer los requerimientos a nivel de culpabilidad, *iter criminis* o autoría y participación. La doctrina y la jurisprudencia —ha escrito Künsemüller— están contestes en que la *complejidad* deriva de la vinculación estrecha que une a los atentados que el legislador ha decidido reunir, representada por un nexo objetivo o material y uno subjetivo o ideológico, que configuran la existencia de una unidad de acción.<sup>15</sup> Entre robo y violación, en cambio, no cabe imaginar ninguna clase de conexión típica. Por ello el legislador se limita a exigir una simple relación de proximidad espacio-temporal,<sup>16</sup> elemento que claramente resulta insuficiente para concluir que estamos en presencia de una entidad delictiva autónoma.

En realidad, las acciones típicas propias del robo y de la violación tienen en el artículo 433 del Código Penal existencia independiente, como lo demuestra, por una parte, el hecho de que el robo pueda darse acompañado de una violación ejecutada sin empleo de fuerza ni intimidación;<sup>17</sup> y, por otra, la evidencia de que el acceso carnal no es un medio apto para ejecutar una apropiación violenta, ni es una consecuencia derivada de alguno de los elementos que integran la tipicidad del delito de robo con violencia o intimidación.

Lo que el artículo 433 del Código Penal consagra, en la parte que aquí interesa, no es un *tipo*, sino una *regla de penalidad* aplicable a la persona que ha cometido un robo y una violación en un mismo contexto situacional.<sup>18</sup> En otras palabras, desempeña el

---

<sup>14</sup> En este sentido, por ejemplo, Politoff, S.-Matus, J. P.-Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal*, cit., II, p. 371.

<sup>15</sup> En este sentido, Künsemüller, C., “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”, en *El penalista liberal*. Libro de homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 470.

<sup>16</sup> Vives Antón, T., “Delitos contra la propiedad”, cit., p. 842.

<sup>17</sup> Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 82.

<sup>18</sup> Bascuñán Rodríguez, A., “El robo como coacción”, cit., p. 86, nota 95, afirma que el robo con violación es un caso obvio de concurso real sustraído al régimen general del artículo 74 del Código Penal.

mismo rol que juegan, por ejemplo, las disposiciones contenidas en los artículos 74, 75 y 451 del Código Penal o el artículo 351 del Código Procesal Penal.

### INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA

En el ordenamiento jurídico chileno, el artículo 1º de la Constitución reconoce el valor de la *dignidad humana* y lo hace dentro de un capítulo denominado *Bases de la institucionalidad*. Esto quiere decir que la Carta Fundamental sitúa aquel valor como principio básico del ordenamiento jurídico,<sup>19</sup> y como fuente de legitimidad (pero, al mismo tiempo, como un límite) de la actuación de los poderes públicos; y de modo muy particular, en lo que concierne al ejercicio de la potestad punitiva estatal.<sup>20</sup> Así, pues, la inclusión del concepto de dignidad humana en preceptos autónomos y estrechamente vinculados con la noción de Estado de Derecho constituye una base normativa que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y que no puede ser ignorada por el Poder Legislativo, al momento de formular las leyes; ni por el órgano jurisdiccional, al interpretar y aplicar el derecho positivo; ni, tampoco, por la doctrina al momento de formular sus elaboraciones dogmáticas.<sup>21</sup> Y si lo anterior es válido respecto de todos los sectores del ordenamiento jurídico, lo será en una medida mucho más intensa en relación con el derecho penal, cuyo contenido es el que más estrechamente se vincula con el ámbito de protección inherente a la dignidad de la persona.

Pese a las dificultades que existen para atribuir a la noción de dignidad humana un sentido estrictamente jurídico, la doctrina contemporánea afirma unánimemente que aquella locución alude al rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a cualquier otra criatura o realidad. En otras palabras: la superioridad e importancia de que es merecedor el ser humano por el solo hecho de ser tal.<sup>22</sup> De entre las múltiples concreciones que es posible extraer del concepto de dignidad humana, y basándonos únicamente en aquellos puntos que concitan un margen razonable de consenso, podemos visualizar tres aspectos en los cuales aquél se proyecta de modo fundamental: la subjetivización del individuo, su autonomía y su superioridad.

---

<sup>19</sup> Confiando, así a todo el ordenamiento jurídico un sentido propio, y condicionando tanto su interpretación, como su aplicación (Cfr. Nogueira, H., "Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía", en *La Dignidad de la Persona, Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edit. Edeval, Valparaíso, 1995, II, pp. 51 y ss.).

<sup>20</sup> En este sentido, entre varios otros, González Pérez, J., *La Dignidad de la Persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 87, y Ruiz-Giménez Cortés, J., "Comentarios al artículo 10 de la Constitución", en Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Leyes Políticas*, tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 102-102.

<sup>21</sup> Bacigalupo, E., *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 155-156.

<sup>22</sup> González Pérez, J., *La Dignidad de la Persona*, cit., pp. 111-112; Ruiz Miguel, C. "El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español", en *La Dignidad de la Persona, Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso 1995, tomo II, pp. 101-103 y Sánchez Agesta, L. *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 74.



Centrándonos en lo que a estos fines interesa, la *subjetivización del individuo* implica la necesidad de tratar al ser humano conforme a los caracteres que permiten diferenciarlo de las otras realidades. Es decir, el imperativo de considerarlo y tratarlo como ser dotado de inteligencia, voluntad y libertad. Contradice, en consecuencia, este postulado cualquier actitud—sea que provenga del Estado, de una agrupación o de otro individuo— que instrumentalice a la persona o que desconozca su condición jurídica de sujeto, relegándola al plano de los objetos. Así, la pretensión de utilizar la pena con fines preventivo-generales, es decir, como un medio para obtener por parte del resto de la comunidad que adopte una actitud de adhesión a esos mismos cánones morales, implica, ni más ni menos, que instrumentalizar al individuo en pro de la obtención de un beneficio social (o, mejor dicho, de lo que el poder político considera como tal), con lo cual se vulnera el principio de *subjetivización del individuo*, un aspecto consubstancial al valor de la dignidad humana, infringiéndose directamente la letra de la Constitución.

Como se señaló anteriormente, la figura de *robo con violación* no se funda en una mayor intensidad de lo injusto o de la culpabilidad, sino exclusivamente en el criterio de *necesidad de pena*, por haber estimado el legislador que en este caso se requería proceder con la mayor drasticidad, a fin de producir un efecto intimidativo-general. En estas circunstancias, la norma del artículo 433 del Código Penal, en cuanto prevé una pena más grave para quien comete robo y violación en una relación de proximidad temporal (que la que correspondería aplicar por la comisión de ambos delitos según las reglas generales), implica, ni más ni menos, que instrumentalizar al individuo que debe soportar su aplicación, vulnerando con ello el valor de la dignidad humana y, por ende, el tenor literal de la Constitución.

#### ESTRUCTURA INTERNA DE LA FIGURA

Pese al planteamiento que aquí hemos efectuado sobre la inconstitucionalidad de la figura de robo con violación, conviene analizar la estructura interna de la disposición y la forma en que la están aplicando nuestros tribunales, todo ello desde una perspectiva crítica y con el propósito de destacar los puntos en que el sistema se muestra incongruente.

Recordemos que el artículo 433 del Código Penal dispone que “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, (...) violación...”

La doctrina está conteste en que la disposición exige que una misma persona haya intervenido en la comisión de un robo y de una violación. En otras palabras, deberá haber efectuado una apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad del dueño y ejerciendo violencia o intimidación en contra de una persona; y deberá, además, haber accedido carnalmente a la víctima por vía vaginal, bucal o anal.

Por lo que respecta al primer delito, se entiende que no es exigible la sustracción como conducta típica, bastando la entrega o manifestación que la propia víctima del delito hace de ellas a su autor. Sin embargo, el mismo texto de la disposición deja en claro que el hecho debe ser susceptible de calificarse como robo con violencia o intimidación, sin que baste su encuadramiento en la figura de robo con fuerza en las cosas, como lo había señalado algún pronunciamiento de los tribunales españoles mientras la figura estuvo vigente en aquel país.<sup>23</sup>

El concepto de *violencia*, en relación con el robo, no genera mayores dificultades ni controversia a nivel doctrinal. Se entiende que es la energía física empleada en contra de la víctima y los malos tratos para hacer que se manifiesten o entreguen las cosas o para impedir la resistencia a que se quiten.<sup>24</sup> Por su parte, la *intimidación* suele definirse como una amenaza capaz de infundir temor en la víctima, sin que sea necesario que llegue al extremo de paralizarla, pero siempre que sea seria, grave, verosímil e inmediata o inminente. Con todo, según Künsemüller, a nivel jurisprudencial se advierte una marcada orientación subjetiva, que atiende principalmente a las sensaciones o impresiones personales del ofendido y afectado por la amenaza, para tener por acreditada la intimidación, criterio que, más allá de otras consideraciones, denota una acentuada, y sin duda objetable, influencia del derecho penal de autor.<sup>25</sup> Es un punto relativamente pacífico que, conectando lo dispuesto por los artículos 433, 436 y 439 del Código Penal, tanto la violencia como la intimidación pueden darse para facilitar la apropiación, en el acto de cometerla, o después de realizada, para favorecer su impunidad.<sup>26</sup>

Para los efectos del delito de violación, se entiende por *fuerza* la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal.<sup>27</sup> Un importante sector de la doctrina sostiene que la fuerza debe ser ejercida con el propósito de vencer la *resistencia* de la víctima, afirmación que, por cierto, conlleva el convencimiento de que la configuración del delito presupone alguna forma de *reacción* en contra del ataque del agresor.<sup>28</sup> Respecto de esta exigencia, suele plantearse que ella debe ser seria, enérgica y claramente expresiva de la voluntad contraria a la realización del acto sexual, si bien no todos exigen que sea desesperada o cercana a los límites de la heroicidad, ni que se mantenga durante toda la ejecución del delito. No nos parece, sin embargo, que éste sea el criterio correcto, básicamente porque la descripción típica se limita a exigir que el hechor utilice

<sup>23</sup> Cfr. Vives Antón, T., "Delitos contra la propiedad", cit., p. 842.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, Politoff, S.-Matus, J. P.-Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 359-360. En extenso sobre el concepto de violencia, aplicado al robo, y sobre sus distintas implicaciones, Muñoz Clares, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 214-226.

<sup>25</sup> Künsemüller, C., "Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable...", cit., pp. 471-472.

<sup>26</sup> Sobre la conexión entre violencia e intimidación con el apoderamiento, De Vicente Martínez, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 49-62.

<sup>27</sup> De una opinión análoga a la que aquí se sostiene, Monge Fernández, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 89.

<sup>28</sup> Ver, por todos, Caruso Fontán, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 183.

fuerza y este comportamiento agresivo puede explicarse tanto en una reacción defensiva del sujeto pasivo, como también puede originarse en la simple manifestación de una voluntad contraria por parte de la víctima –no acompañada de actos constitutivos de resistencia– o en la simple convicción de que ésta se opondrá a sus designios.

Además, el requerimiento de una actitud de *resistencia* merece serios reparos, tanto en el plano dogmático, como desde una perspectiva político-criminal y sistemática. Tocante a lo primero, aquella exigencia implica que la reconstrucción dogmática del tipo se efectúa sobre la base de una confusión entre dos elementos que poseen una naturaleza y un sentido diversos, porque un elemento que la ley claramente pone dentro de la esfera de actuación del autor –el uso de fuerza–, se elabora doctrinalmente tomando como base otro elemento –la resistencia– que pertenece a la esfera de actuación de la víctima. Con ello, se incurre en el desacierto lógico de definir un elemento a partir de otro elemento cuya existencia se deduce a partir de la propia definición del primero. Enseguida, desde una perspectiva *político-criminal*, el requerimiento de que la víctima se resista, no sólo desvirtúa el ámbito de protección del delito, pues restringe la tutela de los bienes jurídicos sólo a aquellos casos en que la víctima actúa positivamente en defensa de sus intereses sexuales, sino que además expone otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, al exigirle que adopte una actitud que claramente pone en riesgo su integridad física y su vida.<sup>29</sup>

Para rebatir la opinión que aquí se sostiene, no puede invocarse la diferente connotación semántica que algunos aprecian entre los términos *fuerza* y *violencia*. Según opinión de Morales Prats / García Albero, por ejemplo, mientras la *violencia* se ejerce “para doblegar la voluntad del sujeto pasivo”, la *fuerza* se utiliza “cuando es preciso vencer una resistencia”.<sup>30</sup> Sin embargo, tanto en el léxico cotidiano como en el formal, existe una total sinonimia entre ambas expresiones. Así lo reconoce, por ejemplo, el propio Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, cuando define *forzar*, en su primera acepción, como “hacer fuerza o violencia física para conseguir algo...” y, en su tercera acepción, como “poseer sexualmente a alguien contra su voluntad”; cuando identifica los términos *violencia* y *fuerza*, específicamente en referencia al plano sexual, en la duodécima acepción del segundo; y, también, cuando en la quinta acepción de *violentar*, expresa que, referido a una persona, significa “vencer su repugnancia a hacer algo”. De ahí, entonces, que el hecho de que el Código Penal chileno, utilice el vocablo *fuerza*, en lugar de *violencia*, no desvirtúa la línea argumental que aquí hemos desarrollado.

---

<sup>29</sup> En contra del planteamiento que aquí se sostiene, podría argumentarse que el numeral 2 del párrafo segundo del art. 361 CPCh contempla –como modalidad ejecutiva del delito de violación–, el caso de que el sujeto activo aprovecha la incapacidad de la víctima *para oponer resistencia*, de lo cual alguien podría deducir que en los casos contemplados en el numeral anterior, sí sería exigible una actitud de resistencia de parte del sujeto pasivo. Tal razonamiento, sin embargo, es errado, porque lo contrario a *incapacidad para oponer resistencia* es, precisamente, la capacidad o aptitud para oponerla, y no su efectivo acometimiento.

<sup>30</sup> Morales Prats, F.-García Albero, R. “Delitos contra la libertad sexual”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 881-882.

El criterio dominante en materia de *intimidación* —referida al delito de violación— identifica este concepto con amenaza, y lo define como un acto de violencia moral o *vis compulsiva*, mediante el cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor. Tal como sucede en el caso de la fuerza, existe también un alto grado de consenso sobre los rasgos distintivos de esta modalidad ejecutiva. Se dice, en efecto, que la amenaza puede concretarse en palabras o en acciones; que el mal amenazado debe ser inmediato o inminente; que debe ser serio y dotado de una cierta gravedad; que ha de ser injusto o ilegítimo; que puede dirigirse en contra de la propia víctima o de terceros, y que ha de existir, en fin, una relación de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo que persigue el hechor.<sup>31</sup>

Cuando el robo aparece acompañado de una violación ejecutada mediante el empleo de fuerza o intimidación es necesario que tales medios de ejecución existan tanto respecto del acto de apropiación como del acceso carnal. En otras palabras, será menester que se compruebe el empleo de medios coercitivos dirigidos a la apropiación y de medios de la misma índole encaminados a la realización de la cópula.<sup>32</sup>

En términos generales, se afirma que la disposición no exige que la víctima del atentado sexual y la víctima del acto de apropiación sea una misma persona, aseveración esta última que nos parece plenamente ajustada a la letra de la ley.<sup>33</sup>

## VÍNCULO ENTRE ROBO Y VIOLACIÓN

La doctrina chilena está conteste al afirmar que el robo ocupa un lugar preponderante respecto de la violación. Así, por ejemplo, Garrido califica a este último delito como un *complemento* de la acción de apropiación<sup>34</sup> y Etcheberry atribuye al robo la condición de delito-eje.<sup>35</sup> La misma idea fluye de varios pronunciamientos de nuestros tribunales. Así, por ejemplo, se ha declarado que hay una relación de subordinación de la violación a la figura principal, que es el robo, y que éste constituye el núcleo de la disposición.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> En general, sobre los conceptos de violencia e intimidación, y, específicamente, sobre nuestra posición en relación con el segundo de los elementos nombrados, Rodríguez Collao, L., *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 147-152. Cfr. Caruso Fontán, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 187 y Cugat Mauri, M., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Córdoba Roda-García Arán (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 332.

<sup>32</sup> En este sentido, por ejemplo, Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 343; Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, cit., p. 353 y sentencia del Primer Tribunal de Juicio Oral de Santiago, de 24 de enero de 2007, en *Boletín del Ministerio Público*, Nº 31, junio de 2007, pp. 214-228.

<sup>33</sup> Así opinan Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 344; GARRIDO: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 203; y Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 371. El mismo criterio adoptó la Corte Suprema en sentencia de 4 de octubre de 1999 (Rol N° 2.976-99).

<sup>34</sup> Garrido, M. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 201.

<sup>35</sup> Etcheberry, A., *El derecho penal en la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, II, p. 513.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina de 16 de enero de 2007, en *Boletín del Ministerio Público* Nº 31, junio de 2007, pp. 68-85. En un sentido análogo se pronunció también la sentencia del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 24 de enero de 2007, en *Boletín del*

Tales afirmaciones son plenamente coincidentes con la redacción del artículo 433 del Código Penal, en cuanto éste se refiere al que con motivo u ocasión de robo, comete además violación, fórmula esta última que no sólo pone de manifiesto la primacía del robo, sino que además indica que el acceso carnal ha de realizarse con posterioridad a la ejecución del hecho principal.<sup>37</sup> Una opinión distinta manifiesta entre nosotros Garrido, quien sostiene que si bien la violación puede llevarse a efecto antes, durante o después de los actos de apropiación, necesariamente tiene que ser muy próxima a ésta para que el delito se presente.<sup>38</sup> Este planteamiento, sin embargo, desatiende el tenor literal del precepto, porque éste exige que el robo sea el motivo o que brinde una ocasión propicia para la realización del acceso carnal, lo que obviamente no es compatible con la ejecución de esta última conducta en forma previa a los hechos constitutivos de apropiación.

Todas las opiniones coinciden, sin embargo, al señalar que la fórmula utilizada por el Código para establecer la relación entre robo y violación es equívoca. Los autores, en efecto, concuerdan en que no es posible imaginar una situación en que el robo pueda ser considerado como *motivo* para la ejecución posterior de la violación. De modo que la única vinculación que es posible establecer entre ésta y aquél es que el acceso carnal ocurra con *ocasión* de la apropiación.<sup>39</sup> Sin embargo, puesto que no cabe fijar ninguna relación ideológica entre robo y violación, aquella exigencia se traduce en la necesidad de que exista una proximidad espacio-temporal entre ambos delitos.<sup>40</sup>

En relación con el alcance que debemos atribuir al vocablo *violación* utilizado por el artículo 433 N° 1 del Código Penal, parece innegable que éste se refiere tanto a las hipótesis previstas en el artículo 361, como a la que prevé el artículo 362 del mismo Código, básicamente porque ambos preceptos figuran bajo un epígrafe que utiliza aquella denominación.<sup>41</sup>

Pueden surgir dudas acerca de si la referencia que hace el artículo 433 N° 1 del Código Penal alcanza también a la figura tipificada en el artículo 365 bis del mismo Código, que alude al caso en que “la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en

---

Ministerio Público N° 31, junio de 2007, pp. 214-228. Así lo reconocía también la doctrina española con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de 1995. Ver, por ejemplo, Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 82.

<sup>37</sup> En relación con este punto, Bascuñán Rodríguez, A., “Delitos contra intereses instrumentales”, cit., pp. 309-310, afirma que la violación cometida con anterioridad al robo –no a la apropiación, sino a la coacción funcional a esa apropiación– lo mismo que la violación enteramente coincidente con el robo en cuanto a la coacción –cuando se constriñe a tolerar, a la vez, la apropiación y el acceso carnal– debería quedar entregada a las reglas generales sobre concurso de delitos.

<sup>38</sup> Garrido, M. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 202.

<sup>39</sup> En este sentido, Bascuñán Rodríguez, A., “Delitos contra intereses instrumentales”, cit., p. 309; Bullemore-Mackinnon, *Curso de Derecho Penal* (Santiago, LexisNexis, 2005), III, p. 110; Etcheberry, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 344; Garrido, M. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 201; Mercado Gómez, M. A., *Problemas concursales...*, cit., p. 90.

<sup>40</sup> Vives Antón, T., “Delitos contra la propiedad”, cit., p. 842.

<sup>41</sup> En el mismo sentido, Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 371.

ello,...”. Esta disposición está ubicada exactamente en el límite entre las figuras delictivas que demandan un acceso carnal –*violación* (artículos 361 y 362), *estupro* (artículo 363) y *sodomía* (artículo 365)– y aquellas que exigen un comportamiento sexual diverso, que podemos denominar genéricamente *abuso sexual* (artículos 366, 366 bis y 366 ter). Las penas con que se castiga el delito que nos ocupa son, desde luego, más altas que las del delito de abuso sexual y lo son hasta el punto que aquél resulta equiparado, en orden a la penalidad, con la violación y el estupro.

En estas circunstancias, la doctrina mayoritaria entiende que a pesar de que el delito del artículo 365 bis del Código Penal tiene asignada la misma pena que el de violación o el de estupro, dicho precepto en verdad contempla una figura agravada de *abuso sexual*.<sup>42</sup> Una opinión distinta mantiene Fernández Cruz, quien afirma que el precepto aludido contempla formas especiales de violación y estupro –que él denomina violación y estupro *impropios*–, conclusión a la que llega tomando como base: la penalidad impuesta, una valoración de la conducta, sus modalidades típicas y la remisión expresa a los artículos 361 y 363 del Código Penal.<sup>43</sup>

Nuestra opinión, en cambio, se orienta en el mismo sentido que la tesis mayoritaria, por varias razones:

- a) En primer término, las acciones que describe el artículo 365 bis encuadran de lleno dentro del concepto de *abuso sexual*, locución cuyo campo semántico refiere a un contexto de interacción entre dos o más personas; en que se da una situación de aprovechamiento de un individuo por parte de otro u otros y en que la actividad ejecutada posee algún grado de vinculación con el impulso sexual o, en su caso, afecta a cualquiera de los órganos que cumplen un rol determinado en el ejercicio de la sexualidad.<sup>44</sup>
- b) En segundo lugar, la conducta típica del delito que nos ocupa aparece expresada como ejecutar una “acción sexual”, es decir, el Código Penal se refiere a ella con la misma fórmula denominativa que utiliza para describir el delito de abuso sexual previsto en los artículos 366, 366 bis y 366 ter.
- c) Enseguida, el sentido y el alcance de aquella conducta debe ser precisado de acuerdo con la definición que ofrece el artículo 366 ter, disposición que, al fijar su ámbito de aplicación, hace referencia a los tres artículos precedentes, es decir, el 365 bis, el 366 y el 366 bis.
- d) Asimismo, las hipótesis conductuales que prevé el artículo 365 bis no quedan comprendidas dentro del concepto de *acceso carnal*, que en nuestro derecho alude

<sup>42</sup> Bullemore-Mackinnon, *Curso de Derecho Penal*. Cit., III, p. 201. De la misma opinión, Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 271.

<sup>43</sup> Fernández Cruz, J. A. “Una interpretación racional del nuevo artículo 365 bis del Código Penal”, en *Doctrina Procesal Penal* (Colección informes en Derecho, Defensoría Penal Pública, 2004).

<sup>44</sup> Rodríguez Collao, L. “Delimitación del concepto de abuso sexual”, en Figueiredo Dias et al. (Dir), Guzmán Dálbora (Coord.): *El penalista liberal. Libro de homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba* (Buenos Aires, Hammurabi, 2004), pp. 563 y ss.

- específicamente a la introducción del pene. Así, no parece correcto vincular tales hipótesis con delitos, como la violación y el estupro, que sí exigen ese comportamiento, en vez de vincularlas con el delito de abuso sexual, que, por expreso mandato de la ley, comprende acciones distintas del acceso carnal.
- e) Desde un punto de vista sistemático, ahora, no es admisible plantear la figura del artículo 365 bis como una forma de *violación*, en circunstancias de que aquél se encuentra situado fuera del párrafo que el Código designa con este nombre; y
  - f) Por último, la pertenencia de las conductas que tipifica el artículo 365 bis a la categoría genérica de *abuso sexual* queda fuera de discusión si consideramos que antes de la entrada en vigencia de aquella disposición tales conductas debían ser castigadas, precisamente, a ese título.

En suma, la figura delictiva del artículo 365 bis del Código Penal es una forma específica del delito de abuso sexual previsto en los artículos 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal. Concretamente, una forma agravada o cualificada de este último delito, en razón de la mayor gravedad que el legislador de 2004 –injustificadamente, por cierto– atribuyó a las dos formas de comportamiento sexual abusivo que el primero de esos preceptos contempla. En tales circunstancias, es preciso concluir que la referencia a la violación que efectúa el artículo 433 del Código Penal no alcanza a las conductas descritas en el artículo 365 del mismo Código.

Por último, cabe preguntarse si el hecho de que el autor de un robo violento haya atentado sexualmente en contra de más de una persona tiene alguna incidencia en la determinación de la pena aplicable. Durante los últimos años de vigencia de la figura análoga en España, parte de la doctrina –al parecer con un cierto apoyo jurisprudencial– sostenía que en caso de que existiera una pluralidad de violaciones, debería apreciarse un delito complejo de robo con violación en concurso con cada una de las violaciones que se hubieran realizado.<sup>45</sup> En un sentido similar se ha pronunciado, entre nosotros, Garrido, quien afirma que si en el robo se cometen varias violaciones, “con un solo abuso sexual se conforma el delito de robo con violación; las otras violaciones constituyen delitos independientes que deben ser castigadas en concurso real o material con aquél”.<sup>46</sup>

La opinión mayoritaria, en cambio, sostiene que el cúmulo de violaciones no afecta la calificación del delito y que el exceso debe tomarse en cuenta para la determinación de la pena, conforme lo dispone el artículo 69 del Código Penal.<sup>47</sup> Este criterio, que también acogen algunos fallos recientes de nuestros tribunales,<sup>48</sup> es congruente con la propia redacción del artículo 433 N° 1, que sitúa a la apropiación como núcleo de la figura que allí se describe,<sup>49</sup> y con la necesidad de aplicar integralmente el principio *non*

<sup>45</sup> Cfr. Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 83.

<sup>46</sup> Garrido, M. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., IV, p. 203.

<sup>47</sup> Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 371.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de 13 de enero de 2005, en *Boletín del Ministerio Público*, N° 22, marzo de 2005, pp. 60-75.

<sup>49</sup> Bullemore-Mackinnon, *Curso de Derecho Penal*, cit., III, pp. 108-109.

*bis in ídem*. En relación con esto último, conviene tener en cuenta que si la violación forma parte de la descripción de la figura, cualquier acto susceptible de ser calificado como tal no podría ser tomado en consideración para perjudicar la situación del imputado, por impedirlo la disposición del inciso primero del artículo 63 del mismo Código.

### ASPECTOS SUBJETIVOS

Puesto que el robo y la violación sólo pueden cometerse dolosamente, forzoso es concluir que la pena prevista en el artículo 433 Nº 1 del Código Penal presupone que el individuo haya actuado con voluntad de apropiarse de una cosa mueble ajena y con voluntad de acceder carnalmente a la víctima. Pero este planteamiento en modo alguno quiere decir que ambas voluntades deban existir desde que comienza la actuación del sujeto. En efecto, el núcleo de la figura es el robo, de modo que lo único que cabe exigir desde el inicio, es el ánimo de apropiación. El propósito de agredir sexualmente a la víctima, en cambio, puede surgir con posterioridad, como lo demuestra el empleo de la fórmula “con ocasión”.<sup>50</sup> Por el contrario, si la voluntad de apropiarse de un objeto surge una vez consumado el acceso carnal o durante su realización, no cabe apreciar la figura de robo con violación.<sup>51</sup>

Además del dolo, el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas exige la concurrencia de *ánimo de lucro*. En otras palabras, por expresa disposición de la ley el autor de aquel delito debe actuar motivado por un interés pecuniario, es decir, el propósito de obtener una ganancia o utilidad económicamente apreciable, para sí o para un tercero. Esta exigencia, por cierto, también rige en el caso del robo con violación.<sup>52</sup>

Un amplio sector de la doctrina (aunque minoritario en la actualidad) considera que, además del dolo, el delito de violación exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en un *ánimo libidinoso* o propósito de obtener una satisfacción sexual.<sup>53</sup> En nuestro concepto, el solo hecho de que el tipo no contenga una exigencia especial en tal sentido, es motivo suficiente para descartar la pretensión de incluir por vía interpretativa un elemento que la ley no demanda (restringiendo de ese modo,

---

<sup>50</sup> Según Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 369: “con la voz ocasión se destaca que no se requiere el designio anticipado (una suerte de premeditación) de matar cuando se ha planeado cometer el delito”.

<sup>51</sup> Este era el criterio predominante en España con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 1995. Cfr. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 82; Vives Antón, “Delitos contra la propiedad”, cit., p. 842.

<sup>52</sup> Según De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, cit., p. 69, este elemento subjetivo es tan esencial al delito de robo con violencia o intimidación que queda destipificada la conducta del sujeto activo cuando el ánimo de lucro se halle ausente de la intención de éste. En general sobre el tema, con una opinión crítica a la exigibilidad de este elemento, Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación*, cit., pp. 235-255.

<sup>53</sup> Entre varios otros, Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 185. Un punto de vista distinto, muy bien fundado, puede consultarse en Monge Fernández, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, cit., pp. 113-116.



injustificadamente, el ámbito de protección de los intereses sexuales de la víctima). Corrobora este planteamiento el hecho de que otros tipos del mismo título en que se encuentra ubicada la violación sí contengan exigencias de orden subjetivo, como, por ejemplo, la figura contemplada en el artículo 366 quáter, la cual requiere que el individuo actúe “para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro”.

El argumento de que el *ánimo lascivo* es normalmente inherente a la propia naturaleza del acto sexual no resulta admisible, porque los casos —para nada excepcionales, según lo demuestran investigaciones recientes— en que el acceso carnal es realizado obedeciendo a otras motivaciones (por ejemplo, venganza, el simple interés de humillar a la víctima o la pretensión de demostrar hombría frente a un grupo) e incluso los casos en que la ejecución de aquel comportamiento produzca rechazo o desagrado (como cuando el sexo de la víctima no se corresponde con la orientación sexual del hechor), también aparecen captados por la locución *tener acceso carnal*, con que la ley describe la conducta, de modo que excluirlos del ámbito de la punición significaría interpretar esas expresiones en contra del sentido que claramente fluye de su texto.<sup>54</sup> Desde otra perspectiva, la exigencia de un ánimo lascivo implica desvirtuar el claro sentido de protección de la integridad sexual que ostenta el delito de violación, transformándolo en una instancia para penalizar la satisfacción de deseos sexuales por parte de un individuo, cosa que, por cierto, carece de sustento, tanto en la letra como en los antecedentes sistemáticos e históricos del tipo.

#### ITER CRÍMINIS

La opinión dominante en relación con el tema puede resumirse de la siguiente forma: a) las disposiciones que permiten el castigo de las etapas anteriores a la consumación son aplicables al robo con violación; b) al igual que en el caso del robo con homicidio, si las dos acciones que exige el precepto no van más allá de un principio de ejecución, estamos en presencia de una tentativa;<sup>55</sup> c) tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 450 inciso primero del Código Penal, según el cual los delitos contemplados en el párrafo segundo del Título IX del Libro II del Código Penal “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

Hay, obviamente, posiciones disidentes, como la que postula que si bien el acto de apropiación puede no haber alcanzado la consumación, será menester que la conducta

---

<sup>54</sup> Tampoco parece correcto descartar la exigencia de aquel ánimo lascivo, como lo hace Carmona Salgado, C., “Delitos contra la libertad sexual”, en Cobo Del Rosal (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 306, argumentado que éste “ya estaría abarcado por el dolo”, porque para que tal cosa fuera efectiva se requeriría que el tipo contuviera una exigencia de orden objetivo, a la cual referir el conocimiento y la voluntad inherentes a dicho componente subjetivo, lo que, por cierto, tampoco se da en el tipo de violación.

<sup>55</sup> En este sentido, Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 370. Vivanco, J. *El delito de robo con homicidio*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 58-59. Cfr. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, año 1995, p. 183.

delictiva que califica a dicha acción sí esté consumada,<sup>56</sup> criterio que no encuentra acogida entre nosotros, como lo demuestran algunos pronunciamientos judiciales recientes que consideran aplicable la figura de robo con violación, aunque el acceso carnal no haya alcanzado a perfeccionarse.<sup>57</sup>

Estos planteamientos no sólo son cuestionables en atención a los fundamentos que los inspiran, sino también porque conllevan el peligro de hacer extensivo el castigo a límites francamente inaceptables. Así, por ejemplo, en una causa que llegó a conocimiento de la Corte Suprema, se impuso la pena prevista en el artículo 433 Nº 1 del Código Penal, al autor de una violación, a pesar de que no se apropió de cosa alguna, debido a que el objeto que tuvo en mente sustraer simplemente no existía: un caso de tentativa absolutamente inidónea.<sup>58</sup>

Lo cierto, sin embargo, es que el artículo 433 Nº 1 del Código Penal exige que tanto la apropiación como el acceso carnal se encuentren consumados. Esta conclusión fluye claramente del hecho de haberse utilizado el verbo *cometer* en conjunto con el vocablo *además*, lo cual implica que homicidio y violación deben estar sujetos a los mismos requisitos. No cabe, pues, aplicar la figura si hay acceso carnal, pero no se consuma la apropiación; y tampoco cuando hay apoderamiento de una cosa, sin que haya penetración. Menos cabrá aplicarla cuando ninguna de las dos conductas hubiere alcanzado la consumación.

Tratándose de un asunto que atañe a la redacción del precepto y no a su naturaleza, los planteamientos recién esbozados tienen validez, indistintamente, sea que el robo con violación lo miremos como un delito independiente, sea que lo consideremos una regla de penalidad.

Por lo que respecta a la posibilidad de aplicar a esta figura la norma del artículo 450 inciso primero del Código Penal,<sup>59</sup> además de los argumentos ya señalados para afirmar la necesidad de que tanto el robo como la violación se encuentren consumados, cabe agregar que ambas disposiciones —como ya se explicó— obedecen a un mismo fundamento: la necesidad de establecer un trato más severo para lograr que disminuyan las tasas de comisión del delito de robo con violencia o intimidación en las personas. En estas circunstancias, la aplicación de la pena prevista en el artículo 433 Nº 1 del Código Penal, a quien sólo ha dado comienzo a la ejecución de las conductas que allí se describen, implicaría una abierta contravención al *principio non bis idem*.

---

<sup>56</sup> Figari, R. E., *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, pp. 129-130.

<sup>57</sup> Ver, por ejemplo, sentencia de 24 de enero de 2007, del Primer Tribunal de Juicio Oral de Santiago, en *Boletín del Ministerio Público* Nº 31, junio, 2007, pp. 215 y ss., con comentario a favor de Cristóbal Bonacic Midane.

<sup>58</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 10 de julio de 2002 y sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, de 30 de junio de 2003, en *Boletín del Ministerio Público* Nº 16, octubre de 2003, pp. 101-106, con comentario a favor de María Elena Santibáñez, quien, siguiendo al profesor Enrique Cury, afirma que la tentativa no sólo es punible cuando se realiza contra un objeto existente, sino también cuando se hace contra uno inexistente o con medios inidóneos, siempre y cuando la realización de la acción interrumpida haya sido capaz de crear en un observador razonable la impresión de que su ejecución dañó o puso en peligro el bien jurídico protegido por el derecho penal.

<sup>59</sup> Por cierto, pasando por alto su manifiesta inconstitucionalidad.

## AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Sea que se estime que el artículo 433 N° 1 del Código Penal contempla un tipo autónomo de robo con violación, sea que se considere que aquél establece una regla de penalidad, la sanción allí prevista sólo puede ser impuesta a quien ha tenido intervención en calidad de *autor* en los dos hechos que la norma describe, descartándose su aplicación en caso de que la intervención de una persona se limite a uno solo de tales hechos y también cuando un individuo interviene como autor en uno y como partícipe en el otro. Ello obedece a que el precepto que comentamos exige que el robo y la violación hayan sido *cometidos* por la persona que debe soportar el castigo.

En caso de concurrir varias personas a la ejecución de los hechos, no es necesario que cada una de ellas haya realizado en su integridad todos los actos que los tipos de robo y violación requieren. Lo decisivo será que el imputado pueda ser considerado autor del robo y autor de la violación, de acuerdo con las hipótesis que describe el artículo 15 del Código Penal.<sup>60</sup> Por este motivo, tienen razón aquellas sentencias que han declarado que no es necesario que todos los intervinientes tomen parte en el acceso carnal, siempre que hubieren realizado otro de los actos que el tipo exige, por ejemplo, el empleo de fuerza.<sup>61</sup>

Lo mismo cabe decir respecto de la opinión que sostiene que la pena del artículo 433 N° 1 es aplicable a quien teniendo conocimiento de la violación, no la evita,<sup>62</sup> siempre, por cierto, que se den los requisitos necesarios para considerar que los hechos positivamente ejecutados convierten al individuo en autor, sin que baste la pura constatación de que tuvo conocimiento de la realización del acceso carnal.

Mientras que el sujeto pasivo del delito de violación es tanto el hombre como la mujer —así lo deja claramente establecido el art. 361 inciso segundo del Código Penal al utilizar el vocablo *persona*—, el sujeto activo sólo puede ser un varón. Esto último deriva de que la conducta típica aparece señalada, en ese mismo precepto, con la fórmula verbal *acceder carnalmente*, comportamiento del que sólo es capaz una persona de sexo masculino. Pese a ello, no existe inconveniente para que una mujer asuma la condición jurídica de autora, si se encuentra en alguna de las situaciones descritas en el artículo 15, como tampoco habrá obstáculo para que —en esas mismas circunstancias— se aplique a su respecto la pena prevista por el artículo 433 N° 1, ambos del Código Penal.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Cfr. sentencia de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2001 (Rol N° 3608-00), considerando sexto.

<sup>61</sup> Este es el criterio que tradicionalmente han mantenido los tribunales chilenos. Cfr. Etcheberry, A. *El derecho penal en la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, II, p. 522. Lo acoge, en fecha más reciente, una sentencia de la Corte Suprema de 4 de septiembre de 2003 (Rol N° 2776-03).

<sup>62</sup> En este sentido, Politoff-Matus-Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 371. El mismo criterio adopta una sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 2005 (Rol N° 3372-04), considerando quinto.

<sup>63</sup> Así lo reconoce una sentencia de la Corte Suprema de 4 de septiembre de 2003 (Rol N° 2776-03).

## CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Un punto muy controvertido en relación con la figura de *robo con violación* es el de si son aplicables respecto de ella las agravantes especiales que contempla el artículo 456 bis del Código Penal. De un modo general, Mera Figueroa sostiene que tales circunstancias no son aplicables al robo con violencia o intimidación, en especial a las formas calificadas que establece el artículo 433 N°1 del Código Penal, porque el mayor desvalor de estas figuras complejas absorbe el plus de injusto que pudieren representar dichas agravantes. Este planteamiento se funda en que fue una misma ley la que introdujo el artículo 456 bis y la que estableció un aumento draconiano de las penas aplicables al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, de modo que las agravantes contempladas en aquel artículo sólo deberían resultar aplicables a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa.<sup>64</sup>

Refiriéndose específicamente a la agravante de pluralidad de malhechores que contempla el artículo 456 bis N° 3 –pero utilizando una línea argumental que, entendemos, también es válida para los otros numerales del mismo artículo– De la Fuente, acertadamente, sostiene que aquella circunstancia debe interpretarse en conexión con su fundamento y como una modalidad específica de la agravante de alevosía. Ello implica que ha de excluirse su aplicación en los casos en que sea verificable la ausencia de peligro para la víctima, como cuando el robo ocurre en lugares desocupados, y que incluso, en situaciones de proximidad con la víctima, la agravante debe ser desechada si la pluralidad de intervinientes no ha determinado un mayor peligro para ella. Si el riesgo para la víctima es el fundamento de la agravante, ésta no puede aplicarse cuando la sanción asignada al delito cometido considera ya una situación especial de peligro para el ofendido, o incluso la lesión de su integridad física, como ocurre en los delitos de robo con violencia o intimidación, particularmente en sus modalidades calificadas.<sup>65</sup>

La tendencia en la praxis judicial apunta hacia la aplicación de las agravantes del artículo 456 bis del Código Penal a la figura de robo con violación, sin plantearse siquiera una eventual relación de absorción o de incompatibilidad entre ésta y aquéllas. En el caso de la agravante del numeral 1 de aquel artículo, consistente en “ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad”, se ha declarado que ella prima sobre la agravante general contemplada en el artículo 12 N° 12 del mismo Código en razón de su especialidad.<sup>66</sup> Asimismo, los tribunales han aplicado la agravante alevosía sin ninguna clase de cuestionamiento.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Mera Figueroa, J., *Hurto y robo*, cit., pp. 143-147.

<sup>65</sup> De la Fuente, F. “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005, pp. 595-597.

<sup>66</sup> En este sentido, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 22 de abril de 2005, en *Boletín del Ministerio Público* N° 24, septiembre de 2005, pp. 57-69.

<sup>67</sup> Así lo hace una sentencia de la Corte Suprema de 14 de noviembre de 2000 (Rol N° 2.860-00), con voto disidente que no se refiere específicamente a la inaplicabilidad de esta agravante.

Respecto de la agravante del artículo 12 N° 6 del Código Penal, esto es, la de abusar el sujeto de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa, los tribunales –acertadamente por cierto– han declarado que dicha circunstancia no puede aplicarse respecto de la figura de robo con violación, por ser inherente o consubstancial a ella, de modo que un agravamiento de la pena por aquel concepto vulneraría el principio *non bis in idem*.<sup>68</sup>

Es común que los tribunales apliquen respecto de la figura de robo con violación la agravante de ensañamiento que prevé el artículo 12 N° 4 del Código Penal, decisión que en principio no merece reparos.<sup>69</sup> Sin embargo, es preciso ser extremadamente cauteloso en cuanto a la apreciación de los hechos que se considerarán como “aumento del mal del delito” o como “males innecesarios para su ejecución”, como lo exige aquella disposición, porque tales hechos podrían estar incluidos en alguna otra de las hipótesis que contempla el artículo 433 (homicidio, lesiones, retención) y, en ese caso, no tendría lugar el efecto agravatorio, por impedirlo el artículo 63 inciso primero, parte final del Código Penal.

Por último, no existe un criterio uniforme sobre la procedencia de aplicar la agravante de reincidencia específica. Así, un fallo que data de 2005 declaró que no procede aplicar dicha circunstancia cuando el imputado de *robo con violación* fue condenado anteriormente por el delito de *robo con fuerza en las cosas*, ya que mientras en este último delito sólo resulta afectada la propiedad, en el primero se vulnera, además, la seguridad personal y la libertad sexual de la víctima, lo cual impide considerar que ambas infracciones son de la misma especie, como lo exige el artículo 12 N° 16 del Código Penal.<sup>70</sup> Poco antes la Corte Suprema había declarado exactamente lo contrario, es decir, que el robo con fuerza en las cosas y el robo con violación son de la misma especie, en razón de caracteres comunes que ellos presentan: una misma conducta, definida en el artículo 432 del Código Penal y el hecho de que ambos traen aparejado un debilitamiento de la defensa privada.<sup>71</sup>

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

---

<sup>68</sup> Así lo han manifestado una sentencia de la Corte Suprema de 17 de enero de 2001 (Rol N° 2146-00) y un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, de 7 de agosto de 2006, en *Boletín del Ministerio Público* N° 23, diciembre 2006, pp. 229 y ss., con comentario a favor de Silvia Peña Wasaff.

<sup>69</sup> Entre los pronunciamientos más recientes, ver sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, de 16 de enero de 2007, en *Boletín del Ministerio Público* N° 31, junio 2007, pp. 68-85.

<sup>70</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de 22 de abril de 2005, en *Boletín del Ministerio Público* N° 24, septiembre 2005, pp. 57-69.

<sup>71</sup> Voto de mayoría de la sentencia de la Corte Suprema de 17 de enero de 2001 (Rol N° 3265-00). Un voto disidente mantiene el criterio opuesto, es decir, que robo con fuerza en las cosas y robo con violación no son delitos de la misma especie.

### CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA

La existencia de la figura de robo con violación trae consigo una serie de consecuencias francamente inaceptables desde la perspectiva de los criterios de proporcionalidad que debería albergar el sistema. Así, por ejemplo, resulta incomprensible que el hecho de cometer un robo acompañado de una violación tenga asignada una penalidad más alta que cualquiera de los delitos que atentan contra la vida y la salud, en circunstancias que un mínimo de prudencia legislativa debería poner estos intereses por sobre la integridad sexual y la propiedad. El despropósito en que incurre el legislador chileno lleva –entre otras consecuencias, igualmente inaceptables– a castigar con *presidio mayor en su grado medio*, al que mate a dos personas en una situación de concurso ideal –puesto que aquélla es la pena mayor asignada al delito de homicidio simple–, en circunstancias que si sólo violara a una de tales personas y robara algo perteneciente a la otra, se haría acreedor a una pena que va de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado.<sup>72</sup>

Asimismo, resulta incomprensible que las figuras de robo con violación y violación con homicidio compartan los grados superiores de su respectiva penalidad, a pesar de que en el primer caso la vida sólo enfrenta un riesgo y en el segundo ella experimenta una lesión efectiva. Tanto o más sorprendente es el hecho de que el *robo con violación*, y el *robo con violación y homicidio* estén sometidos al mismo marco penal, sobre todo si se considera que en el segundo de los casos nombrados es perfectamente factible que el homicidio sea más de uno.<sup>73</sup>

Igualmente criticable es el hecho de que la comisión de un robo, algo completamente ajeno a la violación, altere las valoraciones en que se funda este último delito. Así, por ejemplo, la violación de una persona menor de catorce años, que el Código Penal chileno considera en general más censurable que la violación de una persona mayor de esa edad, resulta equiparada con este último delito cuando el autor comete además un robo, situación que carece por completo de fundamento.

### CONCLUSIONES

- a) En relación con la naturaleza de la figura, no cabe hablar de un *tipo* de robo con violación, pues lo que el artículo 433 del Código Penal consagra es una *regla de penalidad* aplicable a la persona que ha ejecutado ambas acciones en un mismo contexto situacional.
- b) Esta disposición tiene como único fundamento razones de política criminal vinculadas con el propósito de establecer un trato más severo para el robo con violencia

<sup>72</sup> Artículos 75, 391 Nº 2 y 433 Nº 1 del Código Penal.

<sup>73</sup> Según la forma en que la praxis judicial aplica el artículo 433 Nº 1 del Código Penal. Cfr. sentencia de la Corte Suprema de 17 de enero de 2001 (Rol Nº 2146-00).

- o intimidación, con un claro sentido preventivo-general, sin implicar un incremento de lo ilícito o de la culpabilidad.
- c) En estas circunstancias, la aplicación de la pena prevista en el artículo 433 N° 1 del Código Penal a quien ha cometido un robo y una violación, es una forma de instrumentalizar al individuo, lo que pone de manifiesto su inconstitucionalidad.
  - d) En caso de estimarse –en contra de lo que aquí se sostiene– que la figura de robo con violación es aplicable, habrá de tenerse en cuenta que ella aparece estructurada en torno a la noción de robo y que éste ha de preceder al acceso carnal, de modo que deberán excluirse del ámbito de la figura aquellos casos en que la decisión de apropiarse de un objeto surge durante la realización del atentado sexual. Asimismo, será preciso tener en cuenta que la voz violación alude tanto al delito del artículo 361, como al tipo contemplado en el artículo 362, ambos del Código Penal, pero no así a la hipótesis prevista en el artículo 365 bis del mismo Código, y que la figura capta aquellos casos en que ocasión de un mismo robo se comete más de una violación.
  - e) En el mismo supuesto anterior, habrá de tenerse presente, además, que la figura sólo es aplicable cuando la apropiación y el acceso carnal se encuentren consumados; que sólo podría ser aplicada al autor de tales conductas; y que no tienen vigencia respecto de ella las agravantes que prevé el artículo 456 bis del mismo Código. Estos planteamientos tienen validez sea que el robo con violación lo miremos como un delito independiente, sea que lo consideremos una regla de penalidad.
  - f) Tanto en razón de su falta de fundamentos, como en atención a los excesos a que puede conducir y a las consecuencias francamente inaceptables que trae consigo desde la perspectiva de los criterios de proporcionalidad, resulta evidente la necesidad de proceder a la derogación de la figura de robo con violación.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E., *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Delitos patrimoniales y económicos), Ceura, Madrid, 1989.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, 2002.
- “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004.
- BONACIC MIDANE, C., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 31, junio, 2007.
- BULLEMORE, V.; MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, LexisNexis, Santiago, 2005, III.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad sexual”, en Cobo Del Rosal (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARUSO FONTÁN, M., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- CUGAT MAURI, M., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Córdoba Roda-García Arán (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- CURY, E.: *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- DE LA FUENTE HULAUD, F., “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 2, 2005.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ETCHEBERRY, A., *El derecho penal en la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, II.
- *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, III.
- FERNÁNDEZ CRUZ, J. A., “Una interpretación racional del nuevo artículo 365 bis del Código Penal”, en *Doctrina Procesal Penal* (Colección informes en Derecho, Defensoría Penal Pública, 2004).
- FIGARI, R. E., *Robo. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006.
- GARRIDO, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, IV.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la Persona*, Civitas, Madrid, 1986 .
- KÜNSEMÜLLER, C., “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en Politoff-Ortiz Quiroga (Dir.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”, en *El penalista liberal*. Libro de homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Política Criminal*. 2006. Nº 1, A3, 1-14.
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y robo*, LexisNexis, Santiago, 1995.
- MERCADO GÓMEZ, M. A., *Problemas concursales y delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, LexisNexis, Santiago, 2003.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MORALES PRATS, F.-GARCÍA ALBERO, R.: “Delitos contra la libertad sexual”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- MUÑOZ CLARES, J., *El robo con violencia o intimidación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NOGUEIRA, H., “Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía”, en *La Dignidad de la Persona, Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edit. Edeval, Valparaíso, 1995, II.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870.
- PEÑA WASAFF, S., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* Nº 23, diciembre, 2006.
- POLITOFF, S.; MATUS, J. P.; RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2ª ed.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- “Delimitación del concepto de abuso sexual”, en Figueiredo Dias et al. (Dir), Guzmán Dálbora (Coord.): *El penalista liberal. Libro de homenaje a la memoria del profesor Manuel de Rivacoba* (Buenos Aires, Hammurabi, 2004).
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “Comentarios al artículo 10 de la Constitución”, en Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo II, Edersa, Madrid, 1984.



- RUIZ MIGUEL, C., “El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español”, en *La Dignidad de la Persona, Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso 1995, tomo II, pp. 101-103.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- SANTIBÁÑEZ, M. E., “Comentario de sentencia”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 16, octubre, 2003.
- SIMAZ, A., *El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.
- VIVANCO, J., *El delito de robo con homicidio*, LexisNexis, Santiago, 2007.
- VIVES ANTÓN, T., “Delitos contra la propiedad”, en Vives Antón (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.