

LA APLICABILIDAD DE LA AGRAVANTE DE USO O PORTE
DE ARMAS EN EL DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O
INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS.
COMENTARIO A UN FALLO*

[The Applicability of the Aggravating Fact of the Use or Carrying of Weapons
in Robbery or the Crime of Intimidation Comments of a Decision]

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El presente trabajo analiza críticamente una sentencia en la que se aplicó a los condenados por un delito de robo con violencia, la circunstancia agravante de responsabilidad penal consistente en usar o portar armas. Examinando la evolución histórica de la regulación de esta circunstancia agravante y el fundamento de su existencia, el autor llega a la conclusión de que no procede aplicarla cuando el uso o el porte del arma es lo que permite calificar el hecho como robo; si se aplicara en estos casos, se vulneraría la prohibición de doble valoración, fundada en el principio *non bis in idem*. Consecuentemente, afirma el autor que en el fallo comentado se ha incurrido en un error de derecho.

ABSTRACT

The present work analyses, from a critical standpoint, a judgement in which an aggravating circumstance, criminal liability for possession or carrying of weapons, was applied to the parties declared guilty for robbery with violence. By examining the historical evolution of the regulation of this aggravating circumstance and the basis of its existence, the author came to the conclusion that it is not admissible to apply it when the possession or the carrying of weapons is what allows that the fact be qualified as robbery; if it was applied in these cases, the prohibition of double jeopardy, based on the *non bis in idem* principle, would be infringed. Hence, the author asserts that a legal error was incurred in this specific judgement.

*Trabajo redactado en el marco del Proyecto de Investigación PUCV 162.759-2006, sobre el tema "Delitos de apropiación por medios materiales: estudio dogmático y crítico".

**Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: guillermo.oliver@ucv.cl

PALABRAS CLAVE: Robo con violencia – Robo con intimidación – Uso de armas – Porte de armas – Circunstancia agravante – Inherencia – Prohibición de doble valoración – Principio *non bis in idem*.

KEY WORDS: Robbery – Robbery by intimidation – possession and carrying of weapons – Aggravating circumstances – Inherence – Prohibition of double jeopardy – *Non bis in idem* Principle.

I. INTRODUCCIÓN

En un reciente fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar¹, se condenó a los acusados como autores de un delito de robo con violencia, estimándose concurrente la circunstancia agravante especial del inc. 2º del art. 450 del *Código Penal*, consistente en hacer uso de armas o ser portadores de ellas. En su considerando octavo se expresa que, con la prueba rendida en la audiencia de juicio oral, se dieron por establecidos los siguientes hechos: *“Con fecha 3 de febrero del año 2006, aproximadamente a las 02:40 horas, en circunstancias que Patrick González Rupcich, su hermano Cristian, su primo Héctor Ávalos, Raúl Duque y sus amigos, Romina Páez Alfaro, María José Oliva Díaz, y Armando Muñoz Bañados, se encontraban en el paradero 16 de Avenida Freire de Quilpué, acompañando a Katarina Antopitsky, que se disponía a tomar locomoción, fueron abordados por siete sujetos, uno de ellos de 14 años de edad, siendo los seis restantes los acusados Felipe Andrés Retamales Jiménez, Alexander Santis Araya, Jesús Faustino Espinoza Silva, Felipe Alejandro Silva Rodríguez, Manuel Elías Pereira Gallardo y Kristofer Isaías Cruz Mella. Dos o tres de estos sujetos se acercaron pidiendo cigarros, para luego extraer uno de ellos un sable y otro un cuchillo, amenazando con ellos y sustrayendo \$7.000 a Raúl Duque y una chaqueta a Patrick González, mientras el resto de los agresores los rodeaban y amenazaban, exigiendo la entrega de especies de valor. En estas circunstancias, Patrick González es golpeado con el sable en el estómago, lo que le ocasiona ‘contusión abdominal’ de carácter leve y le sustraen un game boy. Cristian González, por su parte, es golpeado por otro de los individuos, causándole una ‘contusión lumbar’ de carácter leve y le sustraen \$ 10.000 que portaba entre sus pertenencias. En esta acción conjunta, uno de los acusados intimidó y amenazó con el sable a las víctimas, raspándolo en el suelo, como asimismo, otro, amenazó con un arma, al parecer, de fuego y registró a Héctor Ávalos, sin encontrarle especies. Consumada la sustracción, los agentes huyeron del lugar, siendo detenidos en las cercanías por Carabineros, quienes recuperaron la chaqueta sustraída en poder de Kristofer Cruz Mella, y el game boy, en poder de Alexander Santis Araya”.*

¹ Sentencia de 6 de diciembre de 2006, RUC 0600083621-2, RIT 161-2006.

Los mencionados hechos fueron calificados como constitutivos del delito de robo con violencia, como se desprende del considerando décimo tercero del citado fallo, en el que se lee lo siguiente: *“Que la valoración de la prueba rendida por el ente persecutor, con las características de precisa y exacta, lleva a estos jueces a formarse la convicción de que los hechos efectivamente ocurrieron de la manera descrita en el apartado octavo de esta sentencia, y que configuran -como se señaló precedentemente-, el delito de robo con violencia en grado de consumado, en perjuicio de Cristian y Patrick González Rupcich y Raúl Duque, de especies y dinero de su propiedad, previsto y sancionado en los artículos 432, 436 inciso primero y 439 del Código Penal, puesto que existió apropiación de cosa mueble ajena, \$ 10.000 en dinero efectivo, una chaqueta y un ‘game boy’ y, \$7.000 en dinero efectivo de propiedad de cada afectado respectivamente, que fueron sacados de su esfera de resguardo, con evidente ánimo de lucro, toda vez que en consideración a la naturaleza de las especies, dinero en efectivo y especies de fácil comercialización, no cabe duda que éstas reportarían a los agentes un beneficio material y usando para tal propósito, la violencia ejercida en las personas de Cristian y Patrick González Rupcich, a quienes causaron lesiones leves, sin perjuicio de la intimidación ejercida en contra de todo el grupo que integraban”.*

En su considerando vigésimo primero, el fallo contiene las razones que llevaron al Tribunal a estimar concurrente la agravante especial del inc. 2º del art. 450 del Código Penal. Se expresa ahí lo siguiente: *“Que conforme lo dispone el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, habiendo resultado acreditado que los acusados eran portadores de armas e hicieron uso de ellas, deberá elevarse la pena correspondiente en un grado, desestimándose así la pretensión de la defensa de Retamales Jiménez y Santis Araya, en el sentido que esta disposición no era aplicable en este caso. Lo cierto es que no es necesario recurrir al diccionario de la Real Academia para entender el concepto de usar o portar armas al cometer un delito y, al Tribunal le quedó claro que los acusados no sólo eran portadores de ellas, es decir, las llevaban consigo, sino que además las utilizaron para uno de sus fines propios, intimidar y golpear a dos de las víctimas con el objeto de obtener sus propósitos, la apropiación de cosas muebles ajenas. Tal como indicó el defensor, hay dos tipos de robo con violencia, el agravado del artículo 433 del Código Penal, que determina la pena conforme a su resultado y aquel que regula el artículo 436 del mismo Código, que no exige resultado, lo que no significa que en este último se encuentre incorporado, como exigencia del tipo, la utilización de armas. Es perfectamente imaginable la existencia de intimidación o violencia sin el uso de armas. De esta forma, no se encuentra vulnerado el principio de inherencia, a que se refiere el inciso segundo del artículo 63 del Código Penal. También es efectivo que el artículo 63 del Código Penal prescribe que las circunstancias*

agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley no producen el efecto de aumentar la pena y, que el artículo 288 bis del mismo cuerpo legal sanciona a quienes porten armas punzantes o cortantes, en vías o espacios públicos, en lo que respecta a los hechos que motivaron este juicio, pero el análisis armónico y racional de estas disposiciones con la del 450 inciso 2° del Código punitivo lleva a estas sentenciadoras a una conclusión distinta. El hecho sancionado en el citado artículo 288 bis es el simple porte de armas blancas, delito de peligro, lo que justifica su baja penalidad, y en consecuencia, la utilización de estos elementos en la comisión de un delito de tal gravedad como es el robo con violencia excluye su aplicación. No existe un concurso de delitos”.

A mi juicio, la mencionada circunstancia agravante no resultaba aplicable a los hechos que se dieron por establecidos, por lo que se ha incurrido en un error de derecho, como se explica más adelante.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DE LA AGRAVANTE DE USO O PORTE DE ARMAS EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO

En el texto original del *Código Penal*, su art. 450 tenía una redacción muy distinta a la actual². Su tenor era el siguiente: “*Para determinar cuándo el robo o hurto se comete con armas, se estará a lo dispuesto en el artículo 132*”.

El efecto que se atribuía al hecho de llevar armas no se encontraba previsto en esta disposición, sino en los arts. 440 y 441, que eran aplicables al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, y en el art. 447 N° 1, que era aplicable al hurto. De la lectura de los arts. 440 y 441 se desprendía que la sanción para el delito de robo con fuerza en las cosas que se acaba de mencionar dependía de si se cometía llevando armas –caso en el cual la pena era de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo– o sin llevarlas –caso en el cual la pena era de presidio menor en sus grados medio a máximo–. A su vez, del análisis del art. 447 N° 1 se colegía que cuando el autor del delito de hurto fuera armado, podía aplicarse la pena inmediatamente superior en grado. Como podrá apreciarse, en el diseño original del *Código Penal* esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal consistía en llevar armas, no en usarlas. Además, la posibilidad de estimar concurrente la agravante en examen sólo existía en los delitos de robo con

² Para una panorámica acerca de las modificaciones sufridas por el art. 450 del Código Penal, desde su entrada en vigencia hasta el año 1974, puede verse DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Edeval, Valparaíso, 1974), pp. 196 s., nota 183.

fuerza en las cosas –en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias– y en los de hurto, no así en los de robo con violencia o intimidación en las personas.

Con posterioridad, la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, dispuso que se agregasen a este art. 450, como incisos primero y segundo, los siguientes: *“Los delitos de robo o hurto a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. / Serán castigados con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, los culpables de robo o hurto cuando hagan uso de armas o sean portadores de ellas, siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido”*.

Además, esta ley eliminó en el art. 440 la frase que aludía al hecho de llevar armas y derogó el art. 441. A partir de entonces, la agravante en análisis no sólo consistió en llevar armas, sino también en usarlas. Por otra parte, su campo de aplicación se extendió, en principio, a todos los delitos de robo, tanto a los robos con fuerza en las cosas como a los robos con violencia o intimidación en las personas. Se mantuvo su aplicación para los delitos de hurto, pero se produjo una contradicción entre los arts. 447 N° 1 y 450 inc. 2°, porque ambas disposiciones establecían un efecto agravatorio distinto para una misma situación: que el autor del hurto fuera armado.

Más tarde, la Ley N° 13.303, de 31 de marzo de 1959, sustituyó la expresión *“presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo”* por *“presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo”* e intercaló el siguiente inciso penúltimo: *“Sin embargo, la mera circunstancia de portar armas en los delitos de hurto o robo, no producirá el efecto de aumentar la pena si, a juicio del Tribunal, aquéllas fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito”*.

Con la incorporación de este nuevo inciso se pretendió morigerar la severidad de la disposición, permitiendo al juez valorar las circunstancias del caso para evitar la injusticia de la aplicación del precepto en aquellos casos en los que el porte de armas no tiene conexión con el delito cometido.³ Por otro lado, esta ley suprimió en el art. 447 su N° 1, enmendándose correlativamente la numeración de los siguientes. De este modo, se eliminó la contradicción antes aludida.

Como la agravante operaba con una cláusula de subsidiariedad expresa (*“siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido”*), quedaban descartados de su aplicación los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas simple y calificado, atendida su penalidad.

³ Cfr. LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal* (7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000), II, p. 215.

Sólo era aplicable, en principio, a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa⁴.

Tiempo después, la Ley N° 17.727, de 27 de septiembre de 1972, sustituyó el primer inciso por el siguiente: “*Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa*”.

Posteriormente, la Ley N° 19.449, de 8 de marzo de 1996, reemplazó el inciso tercero por el siguiente: “*En el caso del delito de hurto, el aumento de la pena contemplado en el inciso anterior se producirá si las armas que se portan son de fuego, cortantes o punzantes. Tratándose de otras armas, la mera circunstancia de portarlas no aumentará la pena, si, a juicio del tribunal, fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito*”.

Finalmente, la Ley N° 19.975, de 5 de octubre de 2004, sustituyó el inciso segundo por el siguiente: “*En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas*”.

Como se advertirá, ha desaparecido la cláusula de subsidiariedad expresa que la disposición contenía. En consecuencia, la agravante parece, a primera vista, aplicable a cualquier delito de robo con violencia o intimidación en las personas –y a cualquier otro delito de robo o hurto– en el que se haga uso de armas o se sea portador de ellas. Sin embargo, un análisis más detallado del tema conduce a una conclusión distinta.

III. EXAMEN DE LA CORRECCIÓN O INCORRECCIÓN DE APLICAR LA AGRAVANTE EN UN DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS EN EL QUE SE USA O SE PORTA UN ARMA

El fundamento de la agravante en examen se encuentra en el mayor peligro que para la víctima representa el hecho de que el autor del delito actúe premunido de un arma⁵. En eso radica el *plus* de antijuridicidad que

⁴ Véase POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004), pp. 374 s.

⁵ Así lo señaló el representante del Ejecutivo durante la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley N° 19.975, de 5 de octubre de 2004, que dio al art. 450 del Código Penal su actual redacción, al afirmar que “*interesaba establecer una agravación de la pena para el caso del empleo o porte de armas en estos delitos, por cuanto no es igual cometerlos con armas que sin ellas, ya que el peligro que afronta la víctima es mucho mayor en el primer caso*” (las cursivas son mías). Véase el respectivo informe de la comisión especial de seguridad ciudadana, de 29 de octubre de 2003, p. 6.

En este mismo sentido, pero aludiendo al art. 242.2 del Código Penal español, que, a propósito del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, se

tal circunstancia modificatoria supone. Por lo tanto, si se porta un arma en la comisión de un robo con violencia o intimidación en las personas, sin que en definitiva se haga uso de ella, la agravante podrá ser aplicada. Imaginemos que Juan comete un delito de robo con violencia, en el que ésta consiste en golpes de puño contra Pedro, quien no ofrece mayor resistencia y sufre lesiones menos graves. Juan porta en su pantalón un arma de fuego que en definitiva no utiliza. En este caso la agravante recibirá aplicación, porque el mayor peligro para Pedro es evidente. Si hubiera opuesto resistencia al ataque, muy probablemente Juan habría usado el arma de fuego. Como se comprenderá, para ser respetuoso del fundamento de la agravación, es exigible que el arma que se lleva se encuentre operativa y sea idónea para causar el mal que se teme; sólo así su porte será peligroso⁶.

Imaginemos ahora otro caso. Juan comete un delito de robo con intimidación en perjuicio de Pedro, utilizando un cuchillo con el que le amenaza. También porta en su pantalón un arma de fuego, pero no lo usa, porque Pedro no opone resistencia. En este caso, al igual que en el anterior, la agravante será aplicada, al haber experimentado Pedro un peligro mayor que el derivado del uso del cuchillo. Si Pedro se hubiera defendido, Juan podría haber utilizado el arma de fuego. Por las mismas razones que en el anterior ejemplo, también se requiere que el arma sea idónea para producir un daño conforme a su uso natural.

Sin embargo, lo dicho acerca de la aplicabilidad de la agravante en las hipótesis en que se porta un arma en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas no condiciona el análisis de los casos en los que se hace uso de armas en la ejecución de tales delitos. En estos últimos casos no resulta procedente la agravación, cuando el uso del arma ha sido lo que se ha tenido en cuenta para calificar la conducta como robo con violencia o intimidación en las personas, desechándose su calificación como hurto. De otro modo, se estará vulnerando lo dispuesto en el art. 63 del *Código Penal*.

Como es sabido, el citado art. 63 contempla la llamada “prohibición de doble valoración”, que consiste, en lo que a la determinación judicial de la pena respecta, en que el tribunal no puede tomar en cuenta en la medición judicial de la sanción los elementos que el legislador ya ha con-

refiere a “armas u otros medios igualmente peligrosos”, puede verse ROBLES PLANAS, Ricardo, *Delitos contra el patrimonio (I)*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) - RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Atelier, Barcelona, 2006), pp. 203 s.

⁶DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2002), p. 84.

siderado al tipificar un delito.⁷ Esta prohibición se funda en el principio *non bis in idem*, conforme al cual, en su vertiente material, no resulta procedente sancionar dos o más veces por un mismo contenido de injusto ni ponderar en más de una ocasión una misma circunstancia en perjuicio del imputado.⁸ No se trata de un principio exclusivo del Derecho penal, sino de un principio general del Derecho sancionador⁹. A raíz de que la mencionada disposición deriva del *non bis in idem*, se le ha dado un alcance general como regla de interpretación de todo el sistema penal, a pesar de que su tenor literal alude sólo a una limitación de los efectos de ciertas circunstancias agravantes¹⁰.

El mencionado art. 63, después de establecer en su primer inciso que no se tomarán en cuenta las agravantes que por sí mismas constituyen un delito penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo, agrega en su inciso segundo que tampoco aumentarán la pena “*aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*”. Este segundo inciso alude a la llamada *inherencia* y comprende, según la doctrina mayoritaria, dos grupos de casos diferentes¹¹:

a) Casos en los que la inherencia de la agravante a la realización del hecho punible se encuentra implícita en el tipo. Por ejemplo, a la comisión de un infanticidio es inherente la agravante de alevosía, ya que el autor de este delito no puede sino actuar sobre seguro, dadas las peculiares características del sujeto pasivo.

b) Casos en los que la inherencia de la agravante a la ejecución del hecho

⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre - VAN WEEZEL, Alex, *Comentario a los artículos 50 a 73*, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), I: *Libro Primero - Parte General*, p. 350.

⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel - VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999), pp. 91 s.

⁹ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción* (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000), p. 44.

¹⁰ Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general* (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004), p. 518, nota 99.

¹¹ Cfr. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005), pp. 766 s.; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General* (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001), I, pp. 318 s.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999), II, p. 180; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, cit., pp. 521 s.

no está implícita en el tipo, pero deriva de las circunstancias concretas en las que el delito se comete. Por ejemplo, cuando se comete un homicidio cuya víctima es una persona anciana y enferma, caso en el cual la alevosía también será inherente.

Pues bien, cuando en un delito de robo con violencia o intimidación en las personas se hace uso de un arma y es ese uso lo que permite calificar el hecho como robo y no como hurto, si se aplicara la agravante en estudio, se vulneraría el inc. 2º del art. 63 del *Código Penal*. En efecto, si, por ejemplo, Juan comete en perjuicio de Pedro un delito de robo con violencia en el que ésta consiste en enterrarle un cuchillo en su cuerpo, la agravante de uso de arma será inherente a la concreta ejecución del hecho. Si se suprimiera mentalmente el uso del arma, desaparecería la violencia y el hecho debería ser calificado como hurto. Lo mismo sucede en los casos de robo con intimidación. Si, verbigracia, Juan comete contra Pedro un robo de esta clase, en el que la intimidación consiste en una amenaza por medio de un cuchillo que se acerca al cuello de la víctima, la agravante de uso de arma también será inherente a la concreta ejecución del hecho. Si se realizara una supresión mental del uso que se hizo del cuchillo, se eliminaría la intimidación y el hecho debería calificarse como hurto.

La doctrina ha tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido. Así, por ejemplo, Etcheberry afirma que en los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas “el uso de armas es regular y ordinario, de modo que no resultaría lógico tomar nuevamente en cuenta el uso de armas para elevar todavía más la penalidad (principio de la consunción)”¹². Otro tanto sostiene Garrido Montt, cuando señala que “respecto del robo, en el que debe concurrir violencia o intimidación, el uso de arma es algo normalmente inherente al delito”¹³. Finalmente, lo mismo plantean Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, al afirmar, teniendo a la vista la modificación hecha al inc. 2º del art. 450 del *Código Penal* por la Ley N° 19.975, que “quedarán descartados de la aplicación de esta agravante quienes sean culpables de robo con violencia o intimidación simple o calificado, donde el uso de las armas es [...] inherente a su comisión”¹⁴. Incluso, durante la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley N° 19.975, el representante del Ejecutivo sostuvo que “en el caso del robo

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999), III, p. 363.

¹³ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial* (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000), IV, p. 260.

¹⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005), pp. 391 s.

con intimidación, el uso del arma forma parte del tipo penal, circunstancia que hace muy dudosa la aplicación de la agravante¹⁵.

En la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia también es posible encontrar pronunciamientos en este mismo sentido. Así, por ejemplo, la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de fecha 26 de diciembre de 2002, dictada en causa rol IC 3799-B-2001, declaró que “el ilícito materia del tomo I [robo con intimidación] tiene aparejada una alta penalidad, precisamente por el elemento intimidación, el que consistió en el uso del arma ya referida, por lo que sancionar en este tomo ese mismo uso o porte de arma de fuego implica castigar dos veces un mismo hecho, lo que infringe el principio *non bis in idem*” (considerando segundo)¹⁶.

IV. RAZONES PARA SOSTENER QUE SE HA INCURRIDO EN UN ERROR DE DERECHO EN LA SENTENCIA COMENTADA

El fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar ha incurrido en un error de derecho, al estimar concurrente la agravante especial de uso o porte de armas del inc. 2º del art. 450 del *Código Penal*. Como se desprende de los hechos que se dieron por establecidos en el considerando octavo, uno de los acusados sacó un sable y otro, un cuchillo, armas con las que amenazaron a las víctimas (“[...] *Dos o tres de estos sujetos se acercaron pidiendo cigarras, para luego extraer uno de ellos un sable y otro un cuchillo, amenazando con ellos y sustrayendo [...]*”); una de las víctimas fue golpeada con una de tales armas (“[...] *En estas circunstancias, Patrick González es golpeado con el sable en el estómago, lo que le ocasiona “contusión abdominal” de carácter leve y le sustraen un game boy [...]*”); uno de los acusados usó el sable para amenazar a las víctimas, raspándolo en el suelo (“[...] *En esta acción conjunta, uno de los acusados intimidó y amenazó con el sable a las víctimas, raspándolo en el suelo [...]*”), y otro de los acusados usó un arma, al parecer, de fuego, para amenazar a las víctimas (“[...] *como asimismo, otro amenazó con un arma, al parecer, de fuego y registró a Héctor Ávalos, sin*

¹⁵Véase el correspondiente informe de la comisión especial de seguridad ciudadana, de 29 de octubre de 2003, p. 6.

¹⁶Véase también el voto de minoría del Ministro don Mario Gómez Montoya, en la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 16 de diciembre de 2005, dictada en causa rol IC 1197-2005, quien sostuvo que en los hechos juzgados (se trataba de un robo con violencia) “*no se da la circunstancia que contempla el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, toda vez que el uso del arma cortante, con la cual se produjo lesiones leves a la víctima, es lo que permitió encuadrar el hecho en la figura típica del artículo 436 del Código Penal, atento al claro tenor literal del artículo 63 del Código Penal*”.

encontrarle especies [...]). En otras palabras, el Tribunal dio por probado que las armas que se portaban fueron usadas. Así también lo consignó en el considerando vigésimo primero (“[...] *al Tribunal le quedó claro que los acusados no sólo eran portadores de ellas, es decir, las llevaban consigo, sino que además las utilizaron para uno de sus fines propios, intimidar y golpear a dos de las víctimas con el objeto de obtener sus propósitos [...]*”). Por su parte, en este último considerando se deja constancia de que, a juicio de los sentenciadores, era procedente, atendiendo sólo al tenor literal del inc. 2º del art. 450 del *Código Penal*, aplicar la agravante en examen (“[...] *Que conforme lo dispone el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, habiendo resultado acreditado que los acusados eran portadores de armas e hicieron uso de ellas, deberá elevarseles la pena correspondiente en un grado [...]*”). Además, en este mismo considerando el Tribunal señaló que la aplicación de esta agravante no vulneraba el inc. 2º del art. 63 del *Código Penal*, porque es posible imaginar hipótesis de violencia o de intimidación en las que no se usen armas (“[...] *Es perfectamente imaginable la existencia de intimidación o violencia sin el uso de armas. De esta forma, no se encuentra vulnerado el principio de inherencia, a que se refiere el inciso segundo del artículo 63 del Código Penal [...]*”). En síntesis, los sentenciadores han afirmado tres cosas: primero, que las armas que se portaban fueron usadas; segundo, que basta el porte o el uso de las armas para que tenga lugar la agravación y, tercero, que la aplicación de la agravante en los hechos juzgados no infringe el art. 63 del *Código Penal*. Pues bien, el error del tribunal se contiene en las dos últimas afirmaciones.

Por lo que respecta a que basten, indistintamente, el porte o el uso de un arma para que sea procedente la agravación, lo dicho más arriba sirve para demostrar lo parcialmente equivocado de tal afirmación. En los casos en que sólo se porte el arma, sin que en definitiva se la llegue a utilizar, podrá tener lugar la agravación en el delito de robo con violencia o intimidación que se haya cometido, porque el fundamento —el mayor peligro al que se ve expuesta la víctima— lo permite. Pero cuando el arma que se porta es usada para ejercer la violencia o la intimidación que permiten calificar el hecho como robo, la agravación no será procedente, a pesar de que la letra del inc. 2º del art. 450 no efectúa ninguna distinción,¹⁷ porque se

¹⁷ Esta necesidad de restringir el campo de aplicación de la mencionada agravante no existía antes de la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, porque, como ya se ha señalado, dicha circunstancia modificatoria consistía, hasta entonces, sólo en llevar armas, no en usarlas, y porque se aplicaba únicamente a los robos con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias y a los hurtos, no a los robos con violencia o intimidación en las personas. Fue la modificación hecha por esa ley la que dio origen a los problemas que, desde entonces, genera la regulación de esta agravante.

estará vulnerando el inc. 2º del citado art. 63. En efecto —y esto permite desvirtuar la tercera afirmación del tribunal—, como también se ha señalado más arriba, en estos casos la agravante de uso de armas es inherente a la concreta ejecución del hecho. Si se suprimiera mentalmente el uso del arma, la violencia o la intimidación desaparecerían y el hecho debería ser jurídicamente calificado como hurto. Es esto, precisamente, lo que ha sucedido en los hechos juzgados. Las armas que se portaban por algunos de los acusados fueron usadas para ejercer violencia e intimidación, y han sido éstas las que han permitido al Tribunal calificar el hecho como robo. En tales circunstancias, el uso de las armas ha sido inherente a la concreta ejecución del delito. Si se efectúa una supresión mental de dicho uso, la violencia y la intimidación desaparecen y se impone la calificación jurídica de hurto. Ninguna importancia tiene el hecho de que, como lo afirman los sentenciadores, sea posible imaginar casos de violencia o de intimidación en que no se utilicen armas. Lo relevante no es determinar si la agravante es inherente o no a un delito de robo con violencia o intimidación en abstracto, sino examinar si lo ha sido a su concreta ejecución. Y en los hechos que se han dado por probados por el Tribunal es evidente que así ha sido. Los autores del delito eran siete y se acercaron a un grupo de ocho personas. Es claro que en dichas condiciones no tenían otra posibilidad que usar las armas que portaban, para poder perpetrar el ilícito. En consecuencia, aplicar a los hechos juzgados la agravante en examen vulnera el inc. 2º del art. 63 del *Código Penal*.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, he decidido dejar establecidas, a modo de conclusiones, las principales afirmaciones hechas a lo largo del mismo.

a) El fundamento de la agravante de uso o porte de armas se halla en el mayor peligro para la víctima que implica el hecho de que el autor del delito obre armado. Luego, si se porta un arma en la ejecución de un robo con violencia o intimidación en las personas, sin que se haga uso de ella, la agravante podrá recibir aplicación.

b) Para respetar el fundamento de la agravación, es exigible que el arma que se porta y no se usa se encuentre operativa y sea idónea para causar el daño que se teme. Si no fuera así, su porte no sería peligroso.

c) Cuando en la comisión de un robo con violencia o intimidación en las personas se hace uso de un arma y es ese uso lo que permite considerar que el hecho es un robo y no un hurto, se vulneraría el inc. 2º del art. 63 del *Código Penal* si se pretendiera aplicar la agravante de uso o porte de armas. Ello, porque en tales casos dicha agravante sería inherente a la ejecución concreta del hecho. Si se suprimiera mentalmente el uso del

arma, desaparecerían la violencia o la intimidación y el hecho debería ser calificado como hurto.

d) Para apreciar si se vulnera la llamada *inherencia* a que alude el inc. 2º del art. 63 del *Código Penal*, lo relevante no es determinar si una agravante es o no inherente a un delito en abstracto, sino si lo ha sido o no a su concreta ejecución.

e) En los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar dio por establecidos, las armas que algunos de los acusados portaban se usaron para ejercer violencia e intimidación, y fueron éstas las que permitieron al Tribunal calificar el hecho como robo. Luego, el uso de las armas fue inherente a la concreta ejecución del delito.

f) En consecuencia, el Tribunal incurrió en un error de derecho al aplicar la agravante del inc. 2º del art. 450 del *Código Penal*, por haber infringido el inc. 2º del art. 63 del mismo Código¹⁸.

[Recibido el 21 de marzo y aceptado el 10 de abril de 2007].

BIBLIOGRAFÍA

- COBO DEL ROSAL, Manuel - VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte general* (5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* (7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005).
- DE RIVACOPA Y RIVACOPA, Manuel (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Edeval, Valparaíso, 1974).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2002).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, tomo II (3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999).
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte especial*, tomo III (3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción* (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte especial* (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000), IV.

¹⁸ En contra de la sentencia comentada se interpuso por la defensa de los imputados un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, del que conoció la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, tribunal que en su sentencia de 21 de febrero de 2007, en votación dividida, lo acogió, aceptando algunos de los argumentos esgrimidos en este trabajo (rol IC 1559-2006).

- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal* (7^a edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000), II.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre - VAN WEEZEL, Alex, *Comentario a los artículos 50 a 73*, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), I: *Libro Primero. Parte General*.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general* (1^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (1^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS ACUÑA, Jean Pierre - RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial* (2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005).
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Delitos contra el patrimonio (I)*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) - RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (Atelier, Barcelona, 2006).