

EL “HURTO-ROBO” FRENTE A LA AUTOTUTELA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA DE LA POSESIÓN

Juan Pablo Mañalich R.*

1. La estructura de injusto del robo; 2. La hipótesis de coacción posterior a la sustracción: el “hurto-robo”; 3. La autotutela de la posesión como causa de justificación; 4. La autotutela de la posesión frente a la protección penal de la posesión; 5. La autotutela de la posesión frente a la legítima defensa; 6. El räuberischer Diebstahl; 7. La relación entre la consumación del hurto y la actualidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa; 8. El hurto-robo como robo.

1. La estructura de injusto del robo

En principio, la estructura de injusto del delito de robo con violencia o intimidación en las personas (en adelante, “el robo”) está constituida por la combinación de un núcleo de conducta con dos medios comisivos alternativos. El núcleo de conducta se corresponde con el concepto de apropiación, en tanto que los medios comisivos alternativos se corresponden con las nociones de violencia e intimidación. Son estos dos medios comisivos alternativos los que vinculan el injusto de la coacción (afectación de la libertad de acción) al injusto de la acción de apropiación (arrogación del contenido de poder que corresponde a la posición de propietario). Y son estos dos medios comisivos alternativos, además, los que definen al robo como un delito de coacción grave, puesto que, dada la posición de *lege lata* del robo como un crimen de coacción¹, la violencia en las personas debe ser interpretada como violencia coercitiva grave y la intimidación, como amenaza coercitiva grave².

La violencia y la intimidación son medios coercitivos de comisión de la acción de apropiación. De esto se sigue que, entre el ejercicio de la violencia o intimidación y la acción de apropiación, ha de exigirse una conexión funcional. Esta exigencia debe concretarse tanto en una exigencia de conexión objetiva como en una exigencia de conexión subjetiva, y no sólo en esta última³. La doctrina

minoritaria alemana expresa esta exigencia de conexión funcional como un requerimiento de imputación objetiva, en el sentido de que, entre la coacción y la sustracción, debe haber una relación de riesgo⁴. En el nivel de la estructura de injusto, es la combinación de la acción de apropiación con el ejercicio de coacción (grave) la que posibilita la comprensión del robo como un delito complejo. Y en el nivel del objeto de protección, es la conjunción de la afectación de la propiedad y de la lesión de la libertad de acción lo que conduce a la consideración del robo como un delito pluriofensivo.

La regulación del delito de robo en el Código Penal chileno contempla algunas hipótesis típicas que, *prima facie* al menos, parecen no corresponderse con la estructura de injusto básica recién descrita. Tal es el caso de la hipótesis de ejercicio de violencia o intimidación dirigido a la obtención de la entrega o la manifestación de la(s) cosa(s), establecida en el artículo 439 en relación con el artículo 432. La anomalía de esta hipótesis frente a la estructura de injusto básica del delito de robo se encuentra en que en ella el núcleo de la conducta típica no parece ser reconducible a la noción de acción de apropiación del artículo 432, reconstruida como apropiación mediante sustracción (esto es, como ruptura de esfera de custodia y constitución de una nueva esfera de custodia sobre la cosa: sustracción con ánimo de apropiación). En esta hipótesis, lo que define al comportamiento típico es, en cambio, el ejercicio de violencia o intimidación al cual resulta atribuible la entrega de la(s) cosa(s) por parte del sujeto coaccionado.

Esta constatación conduce a que Bascañán postule la incorrección de la descripción del injusto del robo como la conjunción del injusto del hurto y el injusto de la coacción, precisamente porque la tipicidad de esta hipótesis a título de robo impediría reducir la estructura de éste a la de una apropiación por sustracción coercitiva. El delito de robo, bajo la regulación del Código Penal chileno, no sólo comprende hipótesis de apropiación mediante sustracción coercitiva, sino también hipótesis de apropiación mediante recepción coercitiva de cosa mueble ajena⁵.

En el derecho alemán, los casos de coacción a obtener la entrega de cosa ajena forman parte del ámbito típico del delito de extorsión, específicamente en su modalidad de extorsión de cosa⁶. Para los casos en que la coacción extorsiva es constitutiva de una forma de coacción grave, el Código Penal alemán establece una hipótesis de extorsión grave, cuyo tratamiento penal es equiparado al del robo

Derecho Penal Chileno. Parte especial (Santiago, 2004) pp. 340-1. Garrido Montt afirma que sería necesario que “la violencia o la coacción en su caso, estén objetivamente relacionadas con la apropiación” (*Derecho Penal Parte Especial* [Santiago, 2000] Tomo IV, p. 187), sin justificar en modo alguno dicha tesis. En todo caso, la exigencia de la relación de imputación objetiva entre el ejercicio de la violencia o la intimidación y la apropiación resulta intrascendente, al menos en cuanto a la penalidad del delito, a partir de la regla del inciso 1° del artículo 450 del Código Penal, que asigna la pena correspondiente al delito de robo consumado a los casos de robo tentado y frustrado.

⁴ Kindhäuser, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil* (Baden-Baden, 2003) Tomo II, § 13/13-5.

⁵ Bascañán Rodríguez, *op. cit.*, p. 82.

⁶ Kindhäuser, *op. cit.*, § 13/8.

* Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ Así, Bascañán Rodríguez, “El Robo como Coacción”, en 1 Revista de Estudios de la Justicia (Santiago, 2002) pp. 55 ss., 103. Una posición similar sería la correspondiente al delito de violación como forma grave de coacción sexual.

² Acerca de la concreción del carácter grave de la coacción co-constitutiva del núcleo de injusto del delito de robo en la formulación de los conceptos de intimidación y violencia en las personas, *ibid.*, pp. 104 y ss.

³ *ibid.*, pp. 85-6. La exigencia de una conexión puramente subjetiva se encuentra, entre otros, en Etcheberry, *Derecho Penal* (Santiago, 1997) Tomo III, p. 336; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de*

(*ränberischer Erpressung*). Bajo la regulación chilena, la cuestión que surge consiste en decidir si debe admitirse esta hipótesis de robo como una anomalía que no responde a la estructura de injusto básica de este delito o si, por el contrario, debe formularse alguna solución interpretativa que posibilite su reconducción a esa estructura de injusto.

La segunda opción ha sido defendida por Bascañán Rodríguez, quien, siguiendo a un sector de la doctrina alemana, postula la aplicación de un criterio (restrictivo) de fungibilidad o sustituibilidad de la contribución del coaccionado para la determinación de la satisfacción del tipo del robo, frente a la extorsión grave. Esto se concreta en la tesis de que en la medida en que la contribución del coaccionado a la pérdida de su custodia sobre la cosa “pueda ser reemplazable en el caso concreto por una ruptura de la misma efectuada de propia mano por el autor del delito, la coacción a hacer la entrega de la cosa es equivalente a la coacción a tolerar su apropiación”, en tanto que “en los casos en que la contribución del coaccionado sea insustituible, tendrá que reconocerse en ella un acto de disposición patrimonial, excluido del ámbito del robo”⁷. Dado que bajo el Código Penal chileno el delito de extorsión sólo comprende las hipótesis de extorsión documental a que se refiere el artículo 438, el título de incriminación para los casos de coacción dirigida a la entrega de la cosa cuando la acción de entrega por parte del coaccionado sea insustituible, sólo puede corresponder al delito de amenazas condicionales (artículos 296 y 297)⁸.

La exclusión de los casos de coacción grave a la entrega de la cosa del ámbito típico del hurto implica rechazar la posibilidad de un hurto cometido en autoría mediata por autolesión del instrumento fundamentada en la coacción grave. Esto no supone, desde luego, entender el hurto como un delito de propia mano, esto es, como un delito que no puede ser cometido en autoría mediata: por ejemplo, el sujeto que se vale de un menor inimputable, que sustrae la cosa de propia mano, es autor mediato del hurto. Pero la tesis sí supone que la ruptura de custodia se corresponde con una conducta que en todo caso debe ser ejecutada de propia mano por quien efectúa la sustracción, en el sentido de que una contribución activa de la víctima al desplazamiento de la custodia excluya la afirmación de una ruptura de custodia⁹, independientemente de que detrás del autor de una sustracción o junto a él puede haber otro autor (mediato o coautor, respectivamente). Esto podría expresarse en la afirmación de que el hurto se corresponde con una tipificación expresa de autoría directa. De ahí que si la coacción grave a la entrega de la cosa, que bajo esta tesis no puede constituir un hurto, constituye un robo bajo la regulación chilena, haya que concluir que hay al menos un caso de robo que no presupone (en concurso aparente) una realización del tipo del hurto.

⁷ Bascañán Rodríguez, *op. cit.*, p. 83.

⁸ *Ibid.*, nota 84.

⁹ Kindhäuser, *op. cit.*, § 13/8.

Kindhäuser sugiere que los tipos de la Parte Especial son en principio neutrales desde el punto de vista de las formas de autoría que posibilitan imputar la conducta típica respectiva. Sin embargo, habría ciertos casos de tipificación expresa de autoría directa y de tipificación expresa de autoría mediata, que implicarían una exclusión de la otra modalidad de autoría como estructura de imputación de la realización típica correspondiente. Un caso paradigmático de tipificación de autoría mediata sería la estafa; un caso paradigmático de tipificación de autoría directa sería el hurto¹⁰. Podría agregarse: los delitos de convergencia, no serían sino una tipificación expresa de coautoría. Según Kindhäuser, la estafa constituye una tipificación de autoría mediata porque la propia estructura típica del delito exige que la víctima (o un tercero que puede actuar comprometiendo su patrimonio) sea instrumentalizada, mediante engaño, para su autolesión, materializada en una disposición patrimonial perjudicial. El hurto, en cambio, constituiría una tipificación de autoría directa porque la propia estructura típica del delito exige que el desplazamiento de la cosa tenga lugar sin una disposición de la víctima (o de quien tiene la custodia de la cosa, si no es el propietario), sino mediante una sustracción, o sea, una ruptura de custodia.

Un punto de vista análogo podría desarrollarse a partir de la propuesta de Hruschka, en el sentido de reconstruir el sistema de los delitos de significación patrimonial que suponen desplazamiento de la cosa que es objeto de la acción, sobre la base de la aplicación de las reglas de imputación a la intervención de la víctima, dependiendo en qué nivel se excluya la imputación del desplazamiento a la víctima¹¹. En términos generales, la imputación de primer nivel es la imputación a la capacidad de acción; la imputación de segundo nivel es la imputación a la culpabilidad, entendida como capacidad de motivación¹².

Según Hruschka, considerando la intervención de la víctima bajo las reglas de imputación de primer y de segundo nivel, puede formularse una explicación de la diferenciación entre las figuras delictivas que suponen desplazamiento de significación patrimonial. Así, sólo podría afirmarse la realización del tipo del hurto (o sea, una ruptura de custodia ajena sobre la cosa) si el desplazamiento puede explicarse como la consecuencia de una exclusión de la imputación de primer nivel del hecho a la víctima (en rigor, el sujeto que tiene la custodia de la cosa, no necesariamente la víctima): por ejemplo, por padecimiento de *vis absoluta* o de un error (*ignorantia facti*) acerca del desplazamiento, entendido como modificación de la custodia¹³. Esto es importante en atención a las consecuencias que tiene para el robo. Si el robo tiene en su base el tipo del hurto (o sea, si todo

¹⁰ Kindhäuser, “La estafa como autoría mediata tipificada”, en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial* (Lima, 2002) pp. 83-4.

¹¹ Hruschka, “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, en LII ADPCP (Madrid, 1999), pp. 451 ss.

¹² Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en XLVII ADPCP (Madrid, 1994) pp. 343 ss.

¹³ Hruschka, “La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción”, p. 462.

robo debe implicar la realización del tipo del hurto), sólo puede haber robo en la medida en que el desplazamiento de la cosa que es objeto de la acción se explique por una exclusión de la imputación de primer nivel a la víctima. Ello significaría que jamás podría haber un robo mediante amenaza (coercitiva), pues si la amenaza constituye *vis compulsiva*, entonces ella sólo puede implicar una exclusión de la imputación de segundo nivel del hecho a la víctima, con lo cual decae la posibilidad de afirmar una sustracción¹⁴. Hruschka llega a decir que “[e]n este sentido, la ley incurre en un error y debe modificarse en este aspecto”¹⁵.

El problema de este planteamiento radica en el riesgo de confusión de categorías adscriptivas con categorías prescriptivas. Pues de lo que se trata en la reconstrucción del tipo del robo es la determinación de la norma de comportamiento cuya infracción es condición de la punibilidad a título de robo, frente a lo cual los criterios que diferencian la imputación (y su exclusión) de primer nivel y de segundo nivel no pueden constituir premisas de las cuales se sigan consecuencias necesarias. La pregunta de si puede admitirse una hipótesis de hurto en autoría mediata (por autolesión del instrumento) en virtud del ejercicio de coacción intimidatoria (= mediante amenaza grave) a la cual resulte atribuible la entrega de la cosa, debe ser respondida sobre la base de una determinación de la norma de comportamiento cuya contravención está definida como la conducta subsumible bajo el tipo del hurto. Esto no implica, ciertamente, negar la posibilidad de que la mejor reconstrucción de las normas de comportamiento subyacentes a estos tipos de delito consista en atender a la interacción entre autor y víctima para determinar a cuál de los dos intervinientes ha de “imputarse” el hecho. Pero es claro que la tesis de que hay una conexión conceptual entre esas normas de comportamiento y las reglas de imputación generales en tanto aplicadas al comportamiento de la víctima no puede sino ser un apriorismo, que por lo demás, niega la independencia de las normas de comportamiento y las reglas de imputación, como pertenecientes a “niveles lógicos diferentes”¹⁶.

La determinación del alcance de la noción de sustracción debe tener lugar atendiendo a un criterio normativo. Se trata de determinar si el desplazamiento de la custodia debe explicarse como una arrogación de quien constituye una nueva custodia sobre la cosa, o en cambio como un acto de disposición de quien tiene previamente custodia sobre la cosa. La delimitación de la estafa (de cosa) y el hurto no puede depender de que el agente tome de propia mano la cosa o la reciba de parte de la víctima. Como afirma Kindhäuser, “no debe afirmarse el hurto porque el autor en persona toma la cosa para sí, sino porque [...] no subyace un acuerdo sobre el cambio de la custodia”¹⁷. Que desde el punto de vista de las reglas de imputación de la Parte General, la interacción entre el autor y la víctima pueda reconducirse a alguna variante estructural de autoría mediata (por autolesión del

¹⁴ *Ibid.*, p. 465.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Así, sin embargo, Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, p. 346.

¹⁷ Kindhäuser, “La estafa como autoría mediata tipificada”, p. 107.

instrumento), no puede prejuzgar que el desplazamiento de la custodia, para la determinación de su relevancia jurídico-penal desde el punto de vista de la Parte Especial, deba ser necesariamente explicado como un acto de disposición de la víctima en tanto instrumento. Tal parece ser el caso en la estafa, pero no tiene por qué serlo en los delitos de apropiación mediante ruptura de custodia, esto es, en el ámbito del hurto (incluido el denominado “robo con fuerza en las cosas”) y del robo. Por el contrario, lo que parece sugerir la regulación chilena del robo, con el reconocimiento expreso de la hipótesis de coacción (grave) a la entrega de la cosa, es que en todo caso un desplazamiento por entrega de la cosa obtenido mediante coacción grave ha de explicarse como una arrogación de quien, de ese modo, constituye nueva custodia sobre la cosa: en esta medida, entonces, como una *ruptura* de custodia ajena. Así, una coacción mediante amenaza grave (= “intimidación”) a la entrega de cosa ajena puede describirse como una sustracción. Con la particularidad de que la modalidad de que la ruptura de custodia en cuestión conlleva la agravación del objeto de la imputación: de hurto (simple delito) a robo (crimen). Esto es así por el peso de injusto que la regulación reconoce a la coacción (grave) como elemento del robo.

2. La hipótesis de coacción posterior a la sustracción: el “hurto-robo”

Existe otra hipótesis típica vinculada al delito de robo que también parece alejarse de la reconstrucción de éste como un delito de apropiación coercitiva, aunque en un sentido diverso. Se trata de la hipótesis de ejercicio de violencia o intimidación después de verificada la acción de apropiación “para favorecer su impunidad”, establecida en el inciso 1°, parte final, del artículo 433 del Código Penal¹⁸. Según Bascuñán Rodríguez, esta hipótesis estaría constituida por un caso de hurto y coacción que quedaría sujeto al régimen de penalidad y punibilidad del robo por razones prácticas, pero que desde una perspectiva dogmática constituye un tipo de delito distinto¹⁹.

En principio, se trata de casos en que el ejercicio de violencia o intimidación es posterior a la consumación del hurto, esto es, casos de concurso (real) de hurto y coacción violenta (artículo 494 N° 16) o amenazas condicionales (artículo 296), que por decisión legislativa, sin embargo, quedarían sujetos al mismo tratamiento que el robo. El problema que plantea esta hipótesis típica consiste en que en los casos subsumibles en ella el ejercicio de violencia o

¹⁸ La disposición se refiere literalmente al caso en que la violencia o la intimidación tienen lugar “después de cometido [el robo] para favorecer su impunidad”. Sin embargo, se ha entendido que la expresión “robo” debe interpretarse en el contexto de esta disposición como referida a la acción de apropiación. Etcheberry, *op. cit.*, *loc. cit.*; Garrido Montt, *op. cit.*, p. 188; Bascuñán Rodríguez, *op. cit.*, p. 84, nota 86.

¹⁹ Bascuñán Rodríguez, *op. cit.*, p. 84. Según Bascuñán Rodríguez, en cambio, “tratándose del caso de la violencia o intimidación ejercidas con anterioridad a la apropiación la situación es distinta, porque al encontrarse aún pendiente la ejecución de la apropiación no se excluye una relación funcional entre ésta y el ejercicio de violencia o intimidación” (*ibid.*, p. 85).

intimidación tiene lugar después de que se ha ejecutado la sustracción, en otros términos, después de la consumación del delito de hurto. Luego, en estos casos parecía no satisfacerse la exigencia de una conexión funcional entre el ejercicio de la coacción y la acción de apropiación, conexión que, como ya se señaló, resulta esencial para la consideración del robo como delito de coacción.

En la solución de este problema, parecería *prima facie* plausible una interpretación de la hipótesis en cuestión consistente en sostener “que la apropiación ha sido ‘cometida’ cuando hay ruptura de la esfera de custodia, que es (o puede ser) un momento previo a la constitución de la nueva esfera de custodia por parte del autor del delito. De este modo, la hipótesis se referiría a todo el lapso que media entre aquel y este momento, es decir, a la fase terminal de la consumación del hurto”²⁰.

Un resultado análogo podría alcanzarse a partir de la teoría de la disponibilidad en tanto criterio de determinación del momento de la consumación del hurto, teoría que es sobre todo defendida en el marco de la doctrina española. Esta teoría exige, para la consumación del hurto, que el autor tenga la posibilidad de disponer fácticamente de la cosa sustraída y, según sus defensores, exhibiría un importante rendimiento en los casos de persecución inmediata del autor del apoderamiento: “si el autor de la sustracción es perseguido inmediatamente desde el mismo momento del apoderamiento, se entiende que la posibilidad de disposición no ha salido del ámbito de poder del propietario de la cosa y que por lo tanto no hay consumación, sino frustración”²¹. Por tanto, si el hurto no está aún consumado, el ejercicio de coacción dirigido a la consolidación de la posibilidad de disposición de la cosa por parte del agente sí sería funcional a la realización de la acción de apropiación, satisfaciéndose así la estructura de injusto del robo²².

Bascuñán sostiene, sin embargo, que las concordancias de derecho comparado no apoyarían esta conclusión, sino la afirmación de que esta hipótesis corresponde a un supuesto de concurso real sometido por decisión legislativa al régimen del robo. En este sentido, Bascuñán hace referencia al *räuberischer Diebstahl*

²⁰ Bascuñán Rodríguez, *Delitos contra la Propiedad (4): Delitos de expropiación con apropiación correlativa. Tercera Parte: Los Delitos de Apropiación con Ruptura de la Custodia (Hurto y Robo)*, (materiales de clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1998) p. 49.

²¹ Así, con referencias a la jurisprudencia española, Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal Parte Especial Delitos patrimoniales y económicos* (Madrid, 1993) p. 68.

²² Garrido parece adherir a esta tesis al sostener que “si el sujeto hace uso de la violencia cuando ya estaba en condiciones de usar, gozar y disponer del bien, quiere decir que la apropiación se había producido; por consiguiente, el uso de violencia indicada no integra el tipo penal de robo, sin perjuicio de que pueda constituir otro delito sancionable independientemente” (Garrido, *op. cit.*, p. 188). Esto parecería ser consistente con la tesis mantenida por Garrido Montt en relación con el problema de la consumación del hurto. Según Garrido, “la comisión del delito de hurto requiere de la concreción de los dos actos a que se ha hecho referencia: sustraer el bien de la esfera de custodia del sujeto pasivo e incorporarlo al del agente, en las condiciones de que éste pueda disponer del bien, aunque sea potencialmente” (*ibid.*, p. 150).

(“hurto con características de robo”) de la codificación alemana, supuesto que habría sido concebido por Feuerbach para “poder mantener la congruencia de la concepción del robo como conjunción de apropiación y coacción, y satisfacer la exigencia político-criminal de proteger al poseedor despojado que intenta recuperar la posesión inmediatamente después del ataque que ha sufrido, o al tercero que lo asiste con ese fin”²³. Este supuesto de hurto-robo habría sido recogido por la codificación prusiana, de donde habría pasado al Código Penal alemán y al Código Penal belga.

Según Bascuñán la tipificación de este supuesto de hurto-robo respondería a una necesidad político-criminal basada “en un principio de legitimación de la autotutela de la posesión, al menos para un breve lapso, inmediatamente posterior a la apropiación”²⁴. Bascuñán Rodríguez reconoce que, a diferencia del derecho civil alemán (BGB, § 859), el derecho civil chileno no contempla una regla que expresamente autorice la autotutela del poseedor de cosa mueble que ha sido despojado de ella. En opinión de Bascuñán, sin embargo, sería posible fundamentar un principio de legitimación de la autotutela de la posesión en el contexto del derecho privado chileno. El punto de apoyo institucional para la formulación de este principio podría encontrarse en el artículo 711 del Código Civil²⁵.

En lo que se sigue se revisará críticamente la tesis de una implicación entre la hipótesis típica del artículo 433, inciso 1°, parte final, del Código Penal chileno y un supuesto principio de legitimación de la autotutela en el derecho privado. Para ello se procederá a efectuar un breve análisis de la autotutela lícita de la posesión en el derecho alemán, para luego considerar la regulación chilena bajo el Código Civil para así determinar algunos presupuestos normativos de la relación entre autotutela de la posesión y legítima defensa. La tesis que se defenderá consiste en que la regulación de la legítima defensa como causa de justificación es suficiente para explicar satisfactoriamente la tipificación del hurto-robo como hipótesis del delito de robo, en términos tales que desde esta perspectiva resulta posible justificar su reconducción legal a la estructura básica del robo como coacción.

3. La autotutela de la posesión como causa de justificación

El § 859 del BGB (Código Civil alemán) establece:

1. El poseedor está facultado al uso de la fuerza al defenderse de la fuerza propia prohibida.

²³ Bascuñán Rodríguez, *Delitos contra la Propiedad (4)*, p. 50.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

2. Si una cosa mueble le es arrebatada al poseedor mediante fuerza propia prohibida puede recuperarla mediante la fuerza a quien perpetra el acto si es sorprendido o perseguido en el acto.
3. Si el poseedor de una finca es privado de la posesión mediante fuerza propia prohibida, puede inmediatamente después de haber sido desposeído, recuperar la posesión mediante la expulsión de quien perpetró el acto.
4. El poseedor está facultado a los mismos derechos contra aquellas personas que, según el § 852.2, deben dejar valer contra sí la viciosidad de la posesión²⁶.

A partir de esta disposición, se entiende que es necesario formular una distinción entre la defensa de la posesión y la recuperación de la posesión como causas de justificación. El apartado 1 se referiría a la defensa de la posesión (no perdida), en tanto que los apartados 2 y 3 se referirían a la recuperación de la posesión (perdida)²⁷. El apartado 2 trata de la recuperación de la posesión de cosas muebles; el apartado 3, de la recuperación de la posesión de inmuebles.

La distinción está lejos de ser meramente terminológica. En efecto, se sostiene que mientras la recuperación de la posesión constituye un supuesto de autotutela (lícita) en sentido estricto, los casos de defensa de la posesión no constituirían sino supuestos específicos de legítima defensa. En este contexto, los supuestos de autotutela (recuperación) de la posesión establecidos en los apartados 2 y 3 del § 859 del BGB presentarían, empero, algunas particularidades respecto de la regulación general de la autotutela establecida en los §§ 229 a 231 del BGB²⁸. Según Jakobs, la facultad de los apartados 2 y 3 del § 859 “a veces es más amplia, dado que es admisible sin tener en cuenta la posibilidad del autoauxilio de la

²⁶ Cit. según Eiranova Encinas, *Código Civil Alemán comentado* (Madrid, 1998).

²⁷ Welzel, *Derecho Penal Alemán* (Santiago, 1997) p. 112; Jakobs, *Derecho Penal Parte General* (Madrid, 1997) Ap. 16/25.

²⁸ El § 229 del BGB establece:

Quien con el fin de autoayudarse, toma, destruye o daña una cosa, o si con el fin de autoayudarse detiene a una persona que tiene una obligación y que se sospecha que pretende huir, o si vence la resistencia de la persona obligada a un acto que esta última está destinada a soportar, no actúa antijurídicamente si la ayuda oficial no se obtiene en un periodo de tiempo razonable y si existe el peligro de que si no actúa inmediatamente la realización de la pretensión se frustrará o impedirá seriamente.

El § 230 establece:

1. La autoayuda no debe ir más allá de lo necesario para evitar el peligro.
2. En caso de incautación de cosas, a menos que se lleve a cabo una ejecución forzosa, ha de solicitarse el embargo real.
3. En caso de arresto de la persona obligada, a menos que se la ponga de nuevo en libertad, el permiso para la detención cautelar de su persona se aplicará por el Tribunal del Distrito en cuyo territorio tuviera lugar el arresto; la persona será llevada ante el Tribunal sin demora.
4. Si la solicitud del embargo ante el Tribunal se difiere o es rechazada, la restitución de las cosas incautadas y la liberación de la persona arrestada tendrán lugar sin demora.

autoridad, y a veces más estricta, dado que sólo está autorizada frente a un autor sorprendido *in flagranti*²⁹.

En cuanto a la defensa de la posesión del apartado 1 del § 859, su peculiaridad frente a la regulación general de la legítima defensa del § 32 del Código Penal alemán estaría constituida por la circunstancia de que, fuera del caso en el cual quien detenta la cosa a nombre del dueño es el desposeído (§ 860 del Código Civil alemán), la defensa de terceros no está permitida³⁰.

Desde ya, cabe señalar que en el Código Civil chileno no existe disposición alguna que exprese la licitud de comportamientos de autotutela de la posesión en términos análogos al § 859 del Código Civil alemán. Sin embargo, y como ya se anticipó, existiría la posibilidad de fundamentar, con apoyo institucional, un principio general de legitimación de la autotutela de la posesión en el contexto del derecho civil chileno. Dicho punto de apoyo institucional se encontraría en el artículo 711 del Código Civil, que dispone:

El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento.

Según Bascuñán, la justificación de esta tesis se encontraría en la siguiente consideración: en la medida en que la reacción violenta del autor del apoderamiento frente al intento de recuperación de la cosa por parte del anterior poseedor es la que conduce a la calificación de la posesión viciosa del primero como violenta, el intento de recuperación de la posesión por parte del segundo no puede ser calificado a la vez como ilícito. Agrega Bascuñán que, por otra parte, el artículo 726 del Código Civil expresaría inequívocamente que la custodia del anterior poseedor ha concluido ya con el apoderamiento clandestino. Luego, concluye Bascuñán, “existe un plazo en que, aún [sic] habiéndose perdido la posesión, no es ilegítimo intentar recuperarla de propia mano; durante ese lapso, lo ilegítimo es repeler ese intento, aunque se tenga la posesión sobre la cosa”³¹.

Es controvertible que al artículo 711 del Código Civil subyazca un principio general aplicable tanto a la posesión de muebles como de inmuebles. En lo que aquí interesa, ésta podría ser una cuestión central, dado que para que dicho principio resulte aplicable al ámbito de los delitos de hurto y robo necesariamente tendría que ser extensible a la posesión de bienes muebles, ya que los inmuebles se encuentran excluidos como objeto de la acción de apropiación en el contexto sistemático de esta clase de delitos. Sin embargo, incluso concediendo lo anterior, es posible formular objeciones a la tesis de la implicación de un principio de legitimación de la autotutela de la posesión.

²⁹ Jakobs, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰ Welzel, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹ Bascuñán Rodríguez, *Delitos contra la Propiedad (4)*, p. 16.

En primer lugar, debe destacarse que el hecho de que el anterior poseedor “vuelva” no tiene por qué implicar una recuperación coercitiva de la posesión de la cosa. La referencia legal puede interpretarse como una declaración de la licitud de la recuperación no coercitiva de la posesión, sin que la misma suponga, necesariamente al menos, la licitud del ejercicio de coacción funcional a esa recuperación.

Tratándose de la posesión de un inmueble, la afirmación de la licitud de ese comportamiento es consistente con la atipicidad del mismo bajo las reglas que establecen el delito de usurpación (pues el inciso 2° del artículo 457 del Código Penal, que establece la única hipótesis en que el dueño o el poseedor regular son autores idóneos, exige el uso de violencia). Tratándose de la posesión de una cosa mueble, la licitud del comportamiento no violento del dueño es consistente con la atipicidad del mismo bajo el delito de *furtum possessionis* del artículo 471 N° 1 del Código Penal, pues el tipo exige que la detentación de la cosa por parte de la víctima sea legítima. Lo mismo puede decirse del comportamiento del que era legítimo tenedor hasta el apoderamiento clandestino, cuando concurren las mismas circunstancias y además cuente con el consentimiento del dueño.

Lo anterior, en todo caso, no prejuzga la cuestión relativa a si el nuevo poseedor está sujeto o no a un deber de tolerancia respecto de la sustracción atípica emprendida o consentida por el dueño o el anterior poseedor legítimo. Si bien es correcto entender que una acción prohibida por el derecho no puede dar lugar a un deber de tolerancia, lo inverso no resulta igualmente exacto: que se trate de una conducta no prohibida por el derecho no implica sin más que exista un deber de tolerarla por parte de terceros.

Lo que aquí se sugiere es que la *licitud* de la autotutela de la posesión no conlleva un *derecho* a la autotutela de la posesión. La negación de un derecho no implica una prohibición. Puede sugerirse una tesis conforme a la cual se sostenga que el dueño que recupera (la posesión de) la cosa, sustrayéndola (no coercitivamente) al sujeto que previamente lo ha privado de su custodia, si bien no tiene un derecho de autotutela, no infringe prohibición alguna. Desde ya, la regulación del delito de *furtum possessionis* (artículo 471 N° 1 del Código Penal) expresa que el dueño sólo realiza un injusto penal si sustrae la cosa que le pertenece quebrantando la custodia “de quien la tenga legítimamente en su poder”. *A contrario*, la sustracción realizada por el dueño de una cosa mueble respecto de un sujeto que no la detenta legítimamente es atípica a título de *furtum possessionis*. Y es posible entender la irrelevancia jurídico-penal de estos casos en atención a que en ellos el dueño no lesiona un interés jurídicamente reconocido: el dueño que toma la cosa sin afectar una posición de legítima detentación no comete un ilícito civil. Pero que el dueño que intenta recuperar la cosa no infrinja una prohibición no implica que el sujeto que lo ha privado de su posesión esté obligado a tolerar el ejercicio de autotutela por parte del dueño. La inexistencia de tal deber de tolerancia es precisamente la consecuencia de la negación de un derecho de autotutela de la posesión al dueño.

El primer paso de esta tesis consiste en constatar la inexistencia de una prohibición de la autotutela de la posesión, advirtiendo que la negación de una norma prohibitiva no implica, sin más, la afirmación de una norma permisiva. En términos de Alchourrón y Bulygin, esa negación de una norma prohibitiva constituiría una negación externa, que, a diferencia de una negación interna, constituye una proposición normativa (esto es, un enunciado descriptivo acerca de normas) que no niega la norma referida por una proposición normativa afirmativa, sino sólo esta misma proposición normativa. Una negación externa de una prohibición se corresponde con la noción de permisión débil, que no es sino la afirmación de que una determinada conducta no es objeto de prohibición en un determinado sistema, sin que eso implique la afirmación de que la conducta es objeto de una norma permisiva, que es lo que se corresponde con una permisión fuerte³².

El segundo paso consiste en correlacionar esta afirmación de una permisión débil con la diferenciación de von Wright entre la noción de permiso y la noción de derecho. Según von Wright, un permiso (fuerte) implica en todo caso una decisión normativa de tolerar el acto permitido. Pero un permiso puede ser reforzado, además, con una prohibición (dirigida a terceros) de obstaculizar o impedir la ejecución del acto. En tal caso, el titular del permiso tiene un derecho³³. En los términos aquí utilizados, el reforzamiento de un permiso con un derecho implica la imposición de deberes de tolerancia para terceros respecto de la ejecución del acto permitido. En la medida en que respecto del caso del dueño sólo parece posible afirmar un permiso débil (= ausencia de norma prohibitiva), no sería posible afirmar un permiso fuerte y, menos aún, un derecho.

El tercer paso, entonces, es reconocer que, pese a que la autotutela (no coercitiva) de la posesión por parte del dueño no es ilícita (en el sentido de la permisión débil), el nuevo poseedor no está sujeto a un deber de tolerancia a su respecto, en razón de lo cual puede impedir (aun coercitivamente) el ejercicio de autotutela por parte del dueño.

El cuarto paso consiste en vincular esta afirmación a una categoría dogmática bajo la cual aquélla resulte operativa. La categoría dogmática que podría venir en consideración sería el estado de necesidad defensivo, que designa una causa de justificación que se sitúa entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo desde el punto de vista de la atribución de la fuente del peligro al sujeto sobre el cual ha de recaer la acción defensiva. Así, mientras la justificación por legítima defensa supone una agresión antijurídica actual de parte del sujeto que ha de padecer (las consecuencias lesivas de) la acción defensiva, el estado de necesidad agresivo supone una total falta de intervención del mismo. El estado de

³² Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, 1975) pp. 174-7.

³³ Von Wright, *Norma y Acción* (Madrid, 1970) pp. 101-3.

necesidad defensivo supone que es en la esfera del sujeto que ha de padecer la acción defensiva donde se origina el peligro que funda el estado de necesidad, sin que a ese sujeto pueda atribuirse, empero, una agresión ilegítima³⁴.

Ciertamente, la admisibilidad de esta categoría dogmática en la reconstrucción de la regulación chilena no deja de ser problemática³⁵. Pero es importante precisar que, en tanto causa de justificación que se sitúa entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, el tipo permisivo del estado de necesidad defensivo impone una exigencia de proporcionalidad que es intermedia frente a la sola exigencia de racionalidad del medio empleado, asociada a la legítima defensa (artículo 10 N° 4, circunstancia 2ª, del Código Penal), y a la exigencia de preponderancia (relevante) del interés salvaguardado, asociada al estado de necesidad agresivo (artículo 10 N° 7, circunstancia 2ª, del Código Penal). En términos de Baldó Lavilla, se trata de una exigencia de no-inferioridad (relevante) del interés salvaguardado³⁶.

Luego, que el artículo 711 del Código Civil no presuponga la ilicitud de la recuperación de la posesión en contra del nuevo poseedor clandestino, no implica que la misma disposición suponga que aquél tiene un derecho respecto del cual éste esté sujeto a un deber de tolerancia. Desde el punto de vista de las reglas generales, el que recupera la posesión sólo tiene un derecho en la medida en que esté cubierto por una causa de justificación. Bajo la consideración de la legítima defensa, el que recupera la cosa sólo tiene derecho en la medida en que su recuperación constituya una acción defensiva frente a una agresión antijurídica actual. Si ya no puede afirmarse una agresión actual, aquel que persigue la recuperación de la posesión no puede contar con que para el nuevo poseedor rija un deber de tolerancia: éste podría legítimamente resistir la recuperación, en el marco del estado de necesidad defensivo. Como se verá más abajo, este punto de vista resulta decisivo en el ámbito específico de la recuperación de la posesión sobre cosas muebles.

En segundo término, cabe decir que la calificación como violenta de la posesión adquirida clandestinamente por un sujeto que posteriormente repele al

³⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte General* (Madrid, 1997) § 16/62 ss; Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa* (Barcelona, 1994) pp. 74 ss.

³⁵ La monografía de Baldo Lavilla constituye un punto de referencia de suma importancia a este respecto, dado que el contexto regulativo en torno al cual ese trabajo se orienta es el Código Penal español de 1944, el cual, sin embargo, establecía una regulación menos restrictiva del estado de necesidad como eximente de responsabilidad. El artículo 8 N° 7 del Código Penal español de 1944 declaraba exento de responsabilidad penal a: “El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocar intencionalmente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

³⁶ Baldo Lavilla, *op. cit.*, pp. 170-5.

anterior poseedor, tampoco presupone necesariamente una consideración de la posesión de este último como lícita. Bajo una perspectiva procedimental, la principal consecuencia de la calificación de una posesión como violenta, más allá de las cuestiones relativas a la prescripción adquisitiva, consiste en que, en el ámbito de la posesión de inmuebles, dicha calificación constituye uno de los presupuestos para el ejercicio de la querrela de restablecimiento, acción posesoria cuya *ratio* consiste, paradigmáticamente, en la inhibición de la autotutela.

La doctrina civil entiende que el fundamento de las acciones posesorias, en general, se encuentra en que las mismas “impiden que los particulares, con prescindencia de la autoridad del Estado, se hagan justicia por sí mismos y alteren, por obra de sus solos medios, la situación de hecho existente relativa a los inmuebles”³⁷. Y tratándose de la querrela de restablecimiento (artículo 928 del Código Civil), dicho fundamento “cobra su mayor fuerza de expresión”, dado que la misma, “con caracteres propios y relevantes, descansa sobre los principios conservadores del orden social y la paz pública. Tales principios quieren que nadie se haga justicia por sí mismo y que, en consecuencia, cualquiera que es despojado por la violencia, sea, ante todo, reintegrado”³⁸. Aún más, se llega a afirmar que la querrela de restablecimiento no constituiría propiamente una acción posesoria, sino una acción personal, de fundamento delictual, pues de lo contrario no se explicaría que pueda ser ejercida incluso por el poseedor que adquirió violentamente la posesión y que posteriormente es, a su vez, desposeído violentamente³⁹.

Podría sostenerse que las consideraciones precedentes fallarían en caso de aplicarse a la posesión de bienes muebles, dado que respecto de ésta la referencia a las acciones posesorias en general y a la querrela de restablecimiento en particular no es pertinente. Sin embargo, como resulta obvio, postular una diferenciación para el tratamiento de la posesión inmueble y para el tratamiento de la posesión mueble en función de tal argumento deviene incompatible con la adscripción al artículo 711 del Código Civil de un principio general del derecho posesorio⁴⁰.

Debe examinarse un último punto todavía en relación con la supuesta justificación de un principio de legitimación de la autotutela de la posesión en el derecho chileno, más allá de la regulación de la legítima defensa. Este último punto ha de concretarse en un breve análisis de las hipótesis típicas del delito de usurpación y del *furtum possessionis* en el Código Penal.

³⁷ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Tratado de los Derechos Reales* (Santiago, 1997) Tomo II, p. 305.

³⁸ *Ibid.*, p. 356.

³⁹ *Ibid.*, p. 357.

⁴⁰ Debe destacarse, en todo caso, que se sostiene que las reglas del procedimiento sumario resultaría aplicable a las pretensiones de recuperación de la posesión de bienes muebles, específicamente porque se trataría de casos en que por la naturaleza de la acción deducida se requiere “una tramitación rápida para que sea eficaz” (artículo 680, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil).

4. La autotutela de la posesión frente a la protección penal de la posesión

Es claro que hay correspondencia entre la norma del artículo 711 del Código Civil y la regulación del delito de usurpación en los artículos 457 y 458 del Código Penal. El inciso 1° del artículo 457 del Código Penal define la conducta típica como la ejecutada por “[e]l que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente”, así como por “[e]l que hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere”. La concordancia existente entre esta segunda hipótesis y la regla del artículo 711 del Código Civil es evidente.

La hipótesis del inciso 2°, en cambio, podría servir de base para una consideración adicional. Esta hipótesis corresponde a los casos en que los actos descritos en el inciso 1° son ejecutados “por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente”. Interpretando *a contrario* esta disposición, habría que concluir que los supuestos en que el dueño o poseedor regular con violencia ocupa un inmueble o usurpa un derecho real que otro poseyere o tuviere ilegítimamente *sin siquiera un derecho aparente*, resultan atípicos a título de usurpación⁴¹, lo cual parecería implicar que en tales casos podría afirmarse una autorización excepcional para la recuperación violenta de la posesión.

Empero, es posible controvertir esta última tesis. El argumento puede construirse a partir de una consecuencia que se deriva de la consideración de la usurpación como delito permanente, la cual está constituida por la admisibilidad de una reacción justificada por legítima defensa en contra del usurpador, en tanto éste permanezca ocupando el inmueble (o usurpando un derecho real constituido sobre el mismo). Desde esta premisa, es posible interpretar la declaración de atipicidad de los supuestos en que el dueño o poseedor regular recupera violentamente la posesión en contra de aquel que posee o detenta ilegítimamente cuando éste no tiene ni siquiera derecho aparente (declaración que se deriva, como ya se señaló, de la interpretación del inciso 2° del artículo 457 *a contrario*), como una expresión de la ausencia de antijuridicidad de tal acción de salvaguarda del dueño o del poseedor regular. Esto se explicaría por cuanto esa recuperación constituye una acción justificada por legítima defensa en contra de la prolongación indefinida de la ocupación del inmueble por parte del que posee o detenta ilegítimamente el inmueble.

La justificación por legítima defensa de la realización típica de la hipótesis de usurpación del artículo 457 inciso 2° por parte del dueño o poseedor regular en contra del autor de una usurpación (del artículo 457, inciso 1°, o del artículo 458) previa, que se fundamenta en el carácter de delito permanente de la usurpación,

⁴¹ Así, Etcheberry, *op. cit.*, p. 370.

sería entonces la explicación más satisfactoria de la (aparente) atipicidad de ese comportamiento en el sentido de la hipótesis de usurpación del inciso 2° del artículo 457. La tesis, así expuesta, parece implicar una comprensión del elemento “aunque con derecho aparente” como una cláusula de llamada a la antijuridicidad⁴². La apariencia del derecho operaría excluyendo la justificación, por el riesgo de que no concurra el presupuesto objetivo de la causa de justificación: la ausencia de derecho por parte del detentador.

Esta tesis ha sido sugerida por algún sector de la doctrina chilena. Así por ejemplo, Etcheberry sostiene que “si no existe por parte del detentador ni siquiera este derecho aparente, la ley no sanciona al verdadero titular que violentamente restablece su derecho”, añadiendo que este empleo de la violencia en defensa de un derecho “solamente se justifica dentro de los límites de la legítima defensa, uno de cuyos requisitos es la necesidad racional del medio para impedir o repeler la agresión (en este caso, tratándose de un delito permanente, la agresión dura mientras dure la ocupación ilegítima), lo que a menudo tornará ilegítimo el empleo de la violencia para hacerse justicia”⁴³. Garrido, por su parte, afirma que “si la persona en contra de la cual actúa el dueño o poseedor regular es un tenedor ilegítimo y carece de todo título para ocupar el bien, aun de uno aparente, puede emplear la violencia racionalmente necesaria para recuperar el bien usurpado; simplemente estaría haciendo uso de la legítima defensa consagrada en el art. 10 N° 4”⁴⁴.

Prima facie al menos, la comprensión del delito de usurpación como un delito permanente resulta correcta en tanto se atiende a los criterios que tradicionalmente se postulan para la delimitación entre esta clase de delitos y la de los denominados “delitos de estado”. Así, por delitos permanentes se entendería “aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”⁴⁵, mientras que por delitos de estado, “los hechos que están concluidos con la provocación de un determinado estado (por regla general el resultado en el sentido de los delitos de resultado), y por tanto no son susceptibles de mantenimiento por el autor, ni lo necesitan”⁴⁶. Propiamente, los delitos permanentes son aquellos en que la consumación no obsta a que la continuación de la ejecución de la conducta prohibida sea considerada una sola realización típica (constitutiva de una unidad de acción), hasta el momento de la terminación del delito⁴⁷. En este marco de análisis parece razonable la opinión de Etcheberry en el sentido de que la usurpación constituiría

⁴² Sobre esto *vid.* Roxin, *op. cit.*, § 10/30.

⁴³ Etcheberry, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴ Garrido, *op. cit.*, p. 273. Su consideración de la usurpación como delito permanente se encuentra en *ibid.*, p. 272.

⁴⁵ Roxin, *op. cit.*, § 10/105.

⁴⁶ *Ibid.*, § 10/106.

⁴⁷ Véase Mañalich, “El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía”, en 5 Revista de Estudios de la Justicia (Santiago, 2005) pp. 11 ss.

un delito permanente en tanto “la acción no consiste en despojar al dueño o expulsarlo (lo que sería un delito instantáneo), sino en ocupar⁴⁸ o usurpar⁴⁹, expresiones ambas que denotan una situación que se prolonga en el tiempo”⁵⁰.

El análisis del problema en el ámbito de la protección penal de la posesión de bienes muebles (ámbito que, más allá de la plausibilidad de la formulación de una autorización general de la autotutela de la posesión, se encuentra más directamente vinculado al tratamiento del robo) resulta menos complejo. En concordancia con lo ya sostenido, bajo la regulación del *furtum possessionis* la atipicidad de la sustracción por parte del dueño (y, eventualmente, por un tercero con el consentimiento del dueño⁵¹) de la cosa que es detentada ilegítimamente por otro (de acuerdo a una interpretación *a contrario* del artículo 471 N° 1 del Código Penal) no implica que, si dicha sustracción se realiza coercitivamente, la atipicidad se extienda a la dimensión coercitiva de la conducta, precisamente porque la coacción (mediante violencia o amenaza) no forma parte de la estructura de injusto del *furtum possessionis*. Luego, la atipicidad a título de *furtum possessionis* en estos casos de sustracción no coercitiva no requiere ser vinculada a cuestiones de antijuridicidad *stricto sensu*, pues la misma se explica porque, en tanto se trata de la sustracción de cosa detentada ilegítimamente por otro, la conducta del dueño (o del tercero que actúa con el consentimiento del dueño) no lesiona ningún interés jurídicamente protegido.

5. La autotutela de la posesión frente a la legítima defensa

Para ofrecer una adecuada explicación dogmática de la hipótesis típica de coacción posterior a la apropiación como hipótesis estructuralmente vinculada al injusto del robo, no resulta necesario recurrir a un controvertido principio general de legitimación de la autotutela de la posesión. La explicación puede formularse a partir de una consideración de la estructura típica del hurto, en tanto delito de resultado cortado, frente a la exigencia de actualidad de la agresión antijurídica como presupuesto de la legítima defensa como causa de justificación.

No puede desconocerse que la sustitución de la referencia a un principio de autorización de la autotutela fundamentado en normas de derecho privado por una referencia a la legítima defensa como causa de justificación tiene algunas consecuencias, las cuales deben ser explicitadas. La consecuencia más importante está constituida por la determinación de la máxima extensión temporal en que puede tener lugar la recuperación de la custodia de la cosa tras la sustracción. Bajo

⁴⁸ En negrita en el original.

⁴⁹ En negrita en el original.

⁵⁰ Etcheberry, *op. cit.*, p. 369.

⁵¹ Si el tercero no actúa con el consentimiento -efectivo o presunto- del dueño, entonces cometería hurto, cuya víctima es el dueño y no el actual detentador legítimo de la cosa. No podría afirmarse al mismo tiempo una realización típica a título de *furtum possessionis*, precisamente por la no-intervención del dueño.

la regulación de la legítima defensa, para que opere la justificación, el comportamiento del autor de la sustracción debe ser aún calificable como una agresión antijurídica actual. Bajo un supuesto principio de legitimación de la autotutela de la posesión en el derecho privado, ese límite temporal máximo es incierto, aunque parecería que podría ser superior. En todo caso, la aplicación del criterio de la flagrancia resulta problemática⁵².

Una segunda consecuencia se vincula al estándar de proporcionalidad bajo el cual debe evaluarse la conducta de quien intenta recuperar la custodia de la cosa sustraída. En la medida en que esa conducta se evalúa desde la regulación de la legítima defensa, el estándar que dicha conducta debe satisfacer para su consideración como justificada es el de la necesidad racional del medio empleado, estándar que no responde a un criterio de proporcionalidad en sentido estricto sino que a una prohibición de exceso (que se deriva del principio de proporcionalidad bajo la forma de una máxima de necesidad)⁵³. En cambio, el estándar bajo el cual debe evaluarse la licitud de una acción ejercida en autotutela de la posesión bajo la perspectiva de un supuesto principio de derecho privado, al menos bajo el Código Civil chileno, es incierto, precisamente por la incertidumbre acerca de la plausibilidad de la fundamentación de ese principio. En todo caso, parecería que cualquiera que fuese ese estándar, sería más exigente que el de la necesidad racional del medio empleado. En principio, cabría considerar los criterios aplicables al estado de necesidad defensivo.

Una tercera consecuencia relevante de la sustitución de la referencia a un principio de legitimación de la autotutela de la posesión por la referencia a la justificación por legítima defensa, está dada por la determinación del círculo de sujetos que podrían en uno y otro caso justificadamente recuperar la posesión de la cosa. Tratándose de la legítima defensa, de *lege lata* la justificación se extiende no sólo al ofendido y a sujetos vinculados de algún modo a éste, sino que alcanza a cualquier sujeto que intervenga en defensa de derechos ajenos (artículo 10 N° 6). En cambio, tratándose de un principio general de legitimación de la autotutela de la posesión, la cuestión resulta incierta, aunque *prima facie* también habría que suponer un criterio más estricto.

Más allá de estas precisiones, debe tenerse presente que el recurso a la justificación por legítima defensa para la explicación de la hipótesis típica de coacción después de la ejecución de la sustracción no excluye analíticamente la posibilidad de la fundamentación de una autorización general de autotutela de la posesión en el derecho privado chileno. Lo relevante es que, en caso de que se justificara la existencia de ese principio general, debería afirmarse una concurrencia

⁵² Bascuñán Rodríguez, *Delitos contra la Propiedad* (4), p. 16.

⁵³ Véase Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, 1993) pp. 111 ss.

de causas de justificación⁵⁴, por lo menos en el ámbito de extensión común entre ambas. Ello en modo alguno implicaría una preterición de la legítima defensa dentro de ese ámbito, pues no parece correcto concebir un principio general de legitimación de la autotutela de la posesión como *lex specialis*, en todos los casos, frente a la legítima defensa⁵⁵.

Lo anterior se conecta con una consideración material relativa a la fundamentación de la legítima defensa. Si se parte de una comprensión de la legítima defensa como una causa de justificación que se funda, tanto en un principio de preavalecimiento del derecho como en un principio de protección individual⁵⁶, debe reconocerse que ya en la legítima defensa se ha de constatar un principio de legitimación de la autotutela, en la medida en que la legítima defensa implica cierta legitimación de la violencia privada⁵⁷. Así se entiende que se considere a la autotutela como “el núcleo privatístico del derecho a la legítima defensa”⁵⁸.

A continuación se emprenderá el desarrollo de la explicación de la regulación del hurto-robto en función de la relación entre consumación del hurto y legítima defensa, para lo cual se revisará primero la regulación alemana del *räuberischer Diebstahl*, sobre todo por la ya referida conexión que existiría entre este delito y la hipótesis del artículo 433 inciso 1° parte final del Código Penal chileno.

6. El *räuberischer Diebstahl*

El § 252 del Código Penal alemán dispone lo siguiente:

El que, sorprendido en un hurto en estado de hecho fresco, ejerce violencia contra una persona o emplea amenazas con peligro actual para la integridad corporal o la vida para conservar la posesión de los bienes sustraídos, debe ser castigado igual que el autor de robo.

⁵⁴ Acerca de la concurrencia de causas de justificación, *vid.* Roxin, *op. cit.*, § 14, núm. 44-50; Jakobs, *op. cit.*, Ap. 11/16-7; Cuerdo Riezu, “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en Luzón Peña y Mir Puig, *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal* (Pamplona, 1995) pp. 215 ss.

⁵⁵ Según Roxin, para que en casos de concurrencia de causas de justificación corresponda la preterición de una de ellas (esto es, para que “no rijan cumulativamente”), debe tratarse de hipótesis en que “una causa de justificación más estricta regula de modo especial un fragmento de una causa de justificación más amplia” (Roxin, *op. cit.*, § 14/44). No puede afirmarse que ésa sea la relación que se produciría entre una autorización general de la autotutela de la posesión y la legítima defensa, si se considera, desde ya, que el ámbito temporal de la primera sería, en principio, superior y, por ende, menos estricto.

⁵⁶ *Ibid.*, § 15/1-3.

⁵⁷ Jakobs, *op. cit.*, Ap. 12/1. De ahí que Jakobs afirme que en su configuración la legítima defensa es dependiente “de los modelos políticos acerca de la relación entre el Estado y el ciudadano”.

⁵⁸ Lüderssen, “Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal* (Granada, 2000) p. 175.

El *räuberischer Diebstahl* puede ser definido, plásticamente, como la defensa del botín del hurto con los medios del robo⁵⁹. Al igual que en el robo, en el *räuberischer Diebstahl* está contenido tanto el injusto del hurto (§§ 242 y siguientes) como el de la coacción (§ 240). La diferencia se encuentra en que estos elementos están combinados en un orden cronológico distinto del que constituye al robo. El objeto de protección de la norma subyacente al tipo lo constituyen tanto la propiedad como la libertad. De ahí que se sostenga que, en función de su posición sistemática, su carácter de crimen y la pena que tiene asignada, se trata propiamente de un delito independiente, similar al robo, y en ningún caso un supuesto de hurto calificado⁶⁰.

El fundamento de la equiparación de este delito con el robo es objeto de controversia. Mientras que la jurisprudencia se basaría en una supuesta equivalencia de orden psico-criminológico para fundamentar la corrección de la equiparación, en la doctrina parecería existir objeciones a la misma, vinculadas a la afirmación de que, en relación con el robo, en el *räuberischer Diebstahl* se constataría tanto un déficit de injusto como un déficit de culpabilidad⁶¹. El *räuberischer Diebstahl* se considera congruente, fenomenológicamente, con aquellos casos de robo en que el autor es sorprendido justo antes de la consumación de la sustracción, frente a lo cual emplea violencia o amenaza, diferenciándose de estos casos por el hecho de que en aquél la coacción es posterior a la consumación del hurto. Esta comprensión del delito presentaría la ventaja de posibilitar una delimitación estricta de su ámbito típico⁶².

Como presupuesto de la realización del tipo del *räuberischer Diebstahl* se exige un hurto consumado en el sentido de los §§ 242 y siguientes, esto es, cualquier forma de sustracción (consumada) con ánimo de apropiación. En este punto, no obstante, se vuelven necesarias algunas precisiones. En efecto, se sostiene que para la verificación del hurto como presupuesto de la realización del tipo, el hecho debe encontrarse en un estadio intermedio entre la consumación y la terminación del hurto⁶³, lo cual supone entender el hurto como un delito de resultado cortado⁶⁴.

⁵⁹ Eser, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, 1997) § 252/1.

⁶⁰ Günther, en Rudolphi, *Systematischer Strafgesetzbuch Kommentar*, Tomo II, § 252/2.

⁶¹ Eser, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Günther, *op. cit.*, § 252/5.

⁶⁴ Jakobs concibe la terminación del siguiente modo: “Si el aspecto objetivo de un delito, necesario para la consumación, no coincide con el contenido global del dolo del tipo, la producción de aquellas consecuencias pretendidas que no tienen que estar realizadas para la consumación, se denomina terminación material del delito” (Jakobs, *op. cit.*, Ap. 25/12). Una de las cuestiones que se suscitan en relación con la terminación está constituida por la posibilidad de que los elementos cualificantes de un tipo base se realicen entre la consumación y la terminación del tipo base. Según Jakobs, la cuestión depende de cuál sea el punto de referencia de los elementos cualificantes. En lo que aquí interesa, Jakobs sostiene que si el punto de referencia está constituido por “la reacción de

Por una parte, la consumación (formal) del hurto determina el punto temporal en que el robo limita con el *räuberischer Diebstahl*. Durante la fase de ejecución del hurto, el uso de medios coercitivos calificados es funcional a la obtención de la custodia, no a su conservación. Los casos en que el ejercicio de coacción es anterior a la consumación del hurto sólo pueden realizar el tipo del robo⁶⁵. Luego, sólo una vez consumado el hurto puede tener lugar la realización del tipo del § 252. De ahí que Kindhäuser sostenga “mientras en el robo el contenido de los medios coercitivos sirve a la realización del hurto, el § 252 tiene como objeto un hurto consumado con coacción consiguiente”, de modo que “la diferenciación de ambos delitos viene dada por si el hurto todavía no –entonces robo– o ya –entonces *räuberischer Diebstahl*– está consumado”⁶⁶.

Por otra parte, la terminación del hurto determina el ámbito temporal máximo para la realización del tipo del § 252. La terminación del hurto se produciría cuando, habiendo concluido la ejecución de la sustracción, el autor se ha apropiado de la cosa en alguna forma que se manifieste objetivamente. Se entiende que ello no ocurre en la medida en que, por ejemplo, el autor del hurto es encontrado dentro de un ámbito de dominación atribuible a la víctima del hurto (o al sujeto que ha perdido la custodia) o en sus inmediaciones directas⁶⁷.

Ciertamente, también un robo puede ser considerado como hecho previo adecuado para la realización del tipo⁶⁸, aunque en tal caso la condena por *räuberischer Diebstahl* debería resultar excluida, en la medida en que ya en la imputación del robo estaría expresado el injusto del hurto⁶⁹, pues de lo contrario parecería infringirse el principio *ne bis in idem*.

Existe una limitación espacio-temporal adicional para la determinación del ámbito típico del *räuberischer Diebstahl*. Esta limitación está constituida por la exigencia de que el autor del hurto sea sorprendido “en hecho fresco” (*auf frischer Tat*). Para la concreción de este elemento, se propone recurrir al fundamento de punibilidad del delito, que está constituido por su similitud con el robo, delito respecto del cual presentaría el mismo merecimiento de pena⁷⁰. En general, se entiende que el autor es sorprendido en “hecho fresco” cuando es descubierto, tras la ejecución del hurto, estando todavía en el lugar del hecho o en sus inmediaciones directas. Esta combinación de una estrecha ilación espacio-temporal

la víctima o de un tercero ante el hecho, el comportamiento cualificante sigue al comportamiento del delito base” (*ibid*), o sea, aquél debe o puede realizarse tras la consumación de éste. Jakobs propone como ejemplo de un caso en que el comportamiento cualificante se produce siempre tras la consumación del tipo base, precisamente, el *räuberischer Diebstahl* (§ 252 StGB).

⁶⁵ Günther, *op. cit.*, § 252/6.

⁶⁶ Kindhäuser, *op. cit.*, § 16/1.

⁶⁷ Günther, *op. cit.*, § 252/7.

⁶⁸ Eser, *op. cit.*, § 252/3.

⁶⁹ *ibid*, § 252/13.

⁷⁰ Günther, *op. cit.*, § 252/9.

con la circunstancia de no estar totalmente asegurado el botín tendería a garantizar que el *räuberischer Diebstahl* no se aparte, esencialmente, de la situación típica del robo⁷¹.

Una de las consecuencias que se deriva de esta exigencia está constituida por la consideración de que en la configuración del *räuberischer Diebstahl*, en la determinación de la vinculación temporal entre la consumación del hurto y el ejercicio de la coacción grave, la actualidad del ataque a la propiedad como presupuesto de la legítima defensa constituye un límite tras el cual decae la posibilidad de afirmar la realización del tipo⁷². Esta es una consideración plenamente aplicable a la regulación del hurto-robo en el Código Penal chileno, en la medida en que la restricción del ámbito típico de la hipótesis de coacción ejercida después de la sustracción se impone en función de la asimilación legislativa expresa de este supuesto al delito de robo.

7. La relación entre la consumación del hurto y la actualidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa

La tesis que aquí se propone para la explicación dogmáticamente satisfactoria de la hipótesis típica de ejercicio de coacción (grave) después de la apropiación “para favorecer su impunidad” como hipótesis vinculada al núcleo de injusto del robo, se construye a partir de una aproximación a las consecuencias que se derivan de la determinación del momento de la consumación del delito de hurto para la admisibilidad de la legítima defensa en contra del autor del hurto. Esta tesis no se compromete necesariamente con un rechazo de la plausibilidad de la fundamentación de una autorización de la autotutela de la posesión como causa de justificación independiente en el derecho chileno. Lo único que la tesis persigue es demostrar la irrelevancia de esta cuestión para la explicación de la hipótesis de coacción posterior a la apropiación establecida en el artículo 433, inciso 1°, parte final.

Esta tesis resulta superflua, desde ya, si se postula la corrección de la teoría de la disponibilidad para la determinación del momento de consumación del hurto. Según la teoría de la disponibilidad, la consumación del hurto se produce en el momento en que el autor se encuentra en una situación de poder ejercer el contenido fáctico de poder que corresponde a la posición jurídico-formal de propietario y, por ende, en una situación de poder disponer de la cosa sustraída. Esta teoría presenta particular relevancia para los casos de persecución inmediata del autor de la sustracción, dado que se entiende que en tanto el agente esté siendo perseguido de manera inmediata tras la sustracción, la posibilidad de disposición de la cosa no habrá salido del ámbito de poder del propietario o del sujeto a quien correspondía la custodia de la cosa.

⁷¹ Eser, *op. cit.*, § 252/4.

⁷² Günther, *op. cit.*, § 252/10.

Una posición bastante cercana a esta exposición de la teoría de la disponibilidad se encuentra en una contribución de Michael Kahlo⁷³. Según Kahlo, la configuración de la acción típica en el sentido de los delitos de apropiación, debe vincularse al “contenido adscriptivo del bien jurídico propiedad”, en términos tales que, “dado que sólo mediante la realización de un delito de apropiación es posible aprovecharse en términos fácticos del contenido positivo de adscripción de la propiedad, consistente en disponer de la cosa según el propio arbitrio, el desplazamiento posesorio requerido (apoderamiento) exige para su consumación la configuración de una situación *fáctica* que haga posible al agente el aprovecharse al menos parcialmente del mencionado contenido adscriptivo y ampliar de ese modo el espacio objetivo de ejercicio de su propia libertad a costa del legitimado y de sus posibilidades de actuación jurídicamente garantizadas⁷⁴”.

Particularmente relevante para el problema que aquí interesa es la afirmación de Kahlo en el sentido que es incorrecta la objeción de que su tesis restringiría en exceso el ámbito típico del *räuberischer Diebstahl*, en la medida en que dicha tesis retrasa el momento de consumación del hurto. Según Kahlo, dicha objeción es circular, dado que “en ella se presupone a todas luces un determinado ámbito para el concepto de apoderamiento, cuando en realidad de lo que se trata precisamente es de su determinación”, además de que la aplicabilidad del § 252 del StGB, por una consideración sistemática, parecería ser “dependiente del concepto de desplazamiento posesorio que se requiera para el hurto y el robo⁷⁵”.

En la doctrina chilena, una defensa reciente de la teoría de la disponibilidad se encuentra en el manual de Garrido, quien tras sostener que los criterios tradicionales de la *contractatio*, la *amotio*, la *ablatio* y la *illatio* ya no son considerados satisfactorios para la determinación del momento de la consumación del hurto, afirma que ésta ha de afirmarse sólo “cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena⁷⁶”. Garrido vincula lo anterior al problema de la determinación del momento en que debe ejercerse la violencia o la intimidación para la realización del tipo del robo, a partir de una diferenciación de los conceptos de *apropiación* y de *apoderamiento*. Según Garrido, independientemente de que la violencia o la intimidación sean ejercidas antes, durante o después del apoderamiento, “[l]a violencia y la intimidación como elementos del delito de robo están circunscritas y determinadas por la noción de apropiación”, y en tanto hayan estado dirigidas a

⁷³ Kahlo, “Determinación conceptual del derecho e interpretación sincrética de las relaciones de pertenencia propias del tipo de hurto”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal* (Granada, 2000) pp. 129 y ss.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 143. Según Kahlo, además, en esta “ampliación de libertad no autorizada” se encontraría el fundamento del mayor disvalor de injusto de los delitos de apropiación (de expropiación con apropiación correlativa) frente a los delitos de mera expropiación (*ibid.*, nota 47).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁶ Garrido, *op. cit.*, p. 167.

concretar la apropiación, “han de ser consideradas como elementos del tipo robo⁷⁷”.

Esta tesis implica la afirmación de que, en principio, los casos en que se realiza la hipótesis de ejercicio de violencia o intimidación para favorecer la impunidad del robo son casos en que la violencia o la intimidación son ejercidas antes de la consumación del hurto. Por lo tanto, esta hipótesis no presentaría anomalía alguna frente a la estructura básica del injusto del robo. Y, ciertamente, cualquier consideración relativa a una eventual autorización excepcional de ejercicio de autotutela resultaría extravagante en este contexto: en la medida en que la víctima del apoderamiento (o un tercero) intente recuperar coercitivamente la custodia de la cosa antes de que el autor del apoderamiento se encuentre en una situación de poder disponer de ella, la recuperación de la custodia puede entenderse justificada por legítima defensa, toda vez que el hurto se encontrará todavía en fase de ejecución (previa a la consumación). Esto supone, obviamente, la satisfacción de todos los demás requisitos de la causa de justificación.

La objeción básica a que se enfrenta esta solución en el contexto del Código Penal chileno está constituida por el hecho de que ella conduce a la interpretación de la hipótesis del ejercicio de violencia o intimidación para favorecer la impunidad como una hipótesis redundante. Pues si bajo dicha hipótesis sólo son subsumibles casos en que la coacción es ejercida antes de la conclusión de la acción de apropiación (que se produce sólo con la verificación de una situación de posibilidad de disposición respecto de la cosa), la misma resulta superflua, dado que esos casos se corresponden estructuralmente con la hipótesis de ejercicio de coacción durante la ejecución de la acción de apropiación. Esta interpretación, por ende, infringe una máxima hermenéutica elemental, cual es que, entre dos alternativas interpretativas de una misma disposición, debe preferirse aquella que atribuya a la disposición un sentido bajo el cual produzca algún efecto (principio de la interpretación útil).

Si lo anterior es correcto, la hipótesis de violencia o intimidación “después de cometido el robo” debe interpretarse en el sentido de que la utilización de estos medios coercitivos graves ha de tener lugar después de realizada la acción de apropiación y, por ende, después de la consumación del hurto. Esta interpretación es consistente con la postulación de un criterio de determinación del momento de consumación del hurto vinculado a la ruptura de la custodia y a la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. En general, bajo este criterio debe entenderse que “hay consumación del delito de hurto en el momento en que el autor del hurto comienza a ejercer una relación fáctica de dominación de la cosa, que es expresión

⁷⁷ *Ibid.*, p. 188: “Si el sujeto hace uso de la violencia cuando ya estaba en condiciones de usar, gozar y disponer del bien, quiere decir que la apropiación se había producido; por consiguiente, el uso de la violencia indicada no integra el tipo penal de robo, sin perjuicio de que pueda constituir otro delito sancionable independientemente”.

de su voluntad de dominación, que tendría que ser vencida por el anterior detentador de la cosa, para disponer sobre ella”⁷⁸.

Si los casos que satisfacen la hipótesis del artículo 433, inciso 1º, parte final, corresponden a casos en que el ejercicio de coacción (grave) es posterior a la consumación del hurto, la cual se produce con la constitución de una nueva custodia sobre la cosa por parte del autor de la sustracción, se requiere una explicación satisfactoria, tanto por una exigencia de consistencia dogmática como por una exigencia de racionalidad político-criminal, para la aplicación del régimen de punibilidad y penalidad del delito de robo a esos casos. Y como ya se ha sostenido, para articular esta explicación no resulta necesario recurrir a una supuesta autorización de la autotutela de la posesión, cuya justificación mediante su adscripción a determinadas normas de derecho privado resulta, a lo menos, bastante incierta.

La explicación puede construirse a partir de una aproximación a la relación existente entre la consumación del hurto, por una parte, y la actualidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa, por otra. En principio, podría entenderse que una sustracción ya consumada no puede constituir una agresión *actual* que legitime una acción de salvaguarda subsumible en el tipo (permisivo) de la legítima defensa. Esta consideración, sin embargo, sería incorrecta. Ella desconocería la estructura de delito de resultado cortado del tipo del hurto. Y en la medida en que el hurto se entiende como un delito de resultado cortado, parece plausible diferenciar analíticamente el momento de la consumación del delito y el momento hasta el cual el comportamiento constituye una agresión actual.

La concepción del hurto como un delito de resultado cortado se corresponde con la concepción del ánimo de apropiación, elemento subjetivo especial del tipo, como una tendencia interna trascendente. Si bien la realización completa del tipo objetivo (esto es, la consumación del hurto) ya representa un principio de lesión del bien jurídico (la propiedad, como contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario), la proyección de esa lesión como una lesión indefinida en el tiempo sólo se expresa en el tipo subjetivo a través de la exigencia del ánimo de apropiación⁷⁹. Inequívocamente, esta última consideración se encuentra estrechamente vinculada con la consideración del concepto de consumación como un concepto formal⁸⁰.

⁷⁸ Bascuñán Rodríguez, *Delitos contra la Propiedad (4)*, p. 14.

⁷⁹ *ibid.*, p. 17. Según Bascuñán Rodríguez, en el ánimo de apropiación como tendencia interna trascendente en el delito de hurto concurrirían dos sub-momentos (elementos) subjetivos: un ánimo de expropiación (que posibilitaría la diferenciación del hurto respecto del hurto de uso) y un ánimo de aprovechamiento, que se correspondería con el “ánimo de lucro” (y que posibilitaría la diferenciación del injusto del hurto respecto del injusto del delito de daños).

⁸⁰ Jakobs, *op. cit.*, Ap. 25/1g. Según Jakobs, dado que la consumación se produce “ya cuando se han realizado, en un contexto imputable, los elementos del tipo que se mencionan en la Parte Especial”, la consumación es un concepto formal “que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos (también los delitos de peligro abstracto o concreto están consumados con la realización del tipo)”.

Luego, si la consumación del hurto se corresponde sólo con un principio de lesión del objeto de protección, es correcto entender que, una vez producida la consumación, la justificación por legítima defensa de una acción de salvaguarda todavía será posible, en la medida en que subsista una agresión actual. Pues ello es independiente de la consumación del hurto.

Esta tesis cuenta con un importante respaldo en la doctrina alemana. Así por ejemplo, Welzel sostiene que “[l]a agresión perdura aun después de la consumación formal de un delito mientras ella mantiene todavía intensivamente la lesión del bien jurídico; de ahí que es admisible la legítima defensa en contra del ladrón que huye con el botín”⁸¹. Maurach, por su parte, afirma que “[u]na agresión perdura mientras sea posible defender el bien agredido, aunque sólo sea parcialmente, o bien mientras pueda llevarse a cabo su restablecimiento inmediato, dándose una situación que no varíe en lo esencial”, por lo cual debe entenderse que “[l]a agresión sólo ha concluido (haciéndose improcedente la legítima defensa) una vez que estas posibilidades inmediatas han desaparecido”⁸². Ejemplificando, Maurach añade que “en el *hurto* la agresión no culmina sin más por la sola obtención de la custodia; es más, el punto final de la agresión está constituido aquí por la ablación inadvertida y sin dificultad del botín, de manera tal que el disparo efectuado al ladrón que huye con la cosa [...], incluso la persecución hasta su propia morada, se encuentran aun dentro de los márgenes de la *actualidad* de la agresión”⁸³. También Roxin coincide con este planteamiento. Según Roxin, “cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada”, lo cual no sólo debe afirmarse en los delitos permanentes, sino también en los delitos de estado, en los cuales, “pese a la consumación formal del delito, la agresión sigue siendo actual hasta la consumación material”⁸⁴. Así, sostiene Roxin, “si el ladrón huye con el botín, ya hay un hurto consumado; pero a pesar de ello la agresión a la propiedad del robado sigue siendo actual mientras aquél no haya puesto a buen recaudo el botín”⁸⁵.

Sobre esta base parece cobrar aún más plausibilidad la tesis de que la coacción ejercida para la conservación del botín sustraído sólo realiza la hipótesis de hurto-robo, en tanto el ejercicio de coacción tiene lugar mientras la acción de apropiación sea susceptible de ser considerada una agresión actual en el sentido en

La aplicación de un concepto material de consumación, esto es, vinculado a la lesión del bien jurídico, “resultaría sumamente inexacta, debido a la imposibilidad de determinar con carácter absoluto el grado de abstracción del bien”. Sobre esto, Mañalich, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en 4 Revista de Estudios de la Justicia (Santiago, 2004) pp. 137 ss.

⁸¹ Welzel, *op. cit.*, p. 101.

⁸² Maurach, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires, 1994) Vol. 1, § 26/25.

⁸³ *ibid.*, § 26/26.

⁸⁴ Roxin, *op. cit.*, § 15/27.

⁸⁵ *ibid.*

que lo exige el tipo (permisivo) de la legítima defensa. Esta tesis ha sido postulada por un sector de la doctrina alemana a partir del análisis de la exigencia de ser sorprendido el autor del hurto en “hecho fresco” como elemento típico del *räuberischer Diebstahl*. Y como ya se sostuvo, las consideraciones aplicables al *räuberischer Diebstahl* son aplicables en la reconstrucción dogmática de la hipótesis típica de ejercicio de violencia de intimidación posterior a la sustracción “para favorecer [la] impunidad”.

8. El hurto- robo como robo

En función de lo precedentemente expuesto, es posible esbozar una tesis que justifique la tipificación del hurto- robo como hipótesis de robo. Para la construcción de esta explicación se hará referencia a la forma en que Jakobs plantea la articulación de la relación entre actualidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa, la consumación del hurto y la estructura típica del *räuberischer Diebstahl*.

Jakobs, si bien parece adherir al núcleo básico del planteamiento dominante en la doctrina alemana, ha emprendido una justificación diversa. Según Jakobs, el punto de referencia para la determinación de la actualidad de la agresión no se encuentra en la “(formal) realización del tipo” sino en “la pérdida (material) de un bien”. El ataque es actual, en opinión de Jakobs, cuando la pérdida del bien es inminente, cuando es posible interrumpirla o cuando acaba de tener lugar de un modo aún reversible. Un ejemplo de la última situación sería el del caso en que, “cuando se le interpela, el ladrón huye con el botín; el defensor impide que se lleve el botín matando de un tiro al ladrón”⁸⁶.

En relación con el ejemplo, Jakobs afirma que el agredido no se encuentra obligado a renunciar a arrebatar el botín al agresor, pues lo único que se le exige es que su acción defensiva constituya “una reacción inmediata a la acción de lesión del bien”. Así, en tanto “continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico, todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial”, sin que el instante de la última posibilidad de defensa represente un criterio relevante para la determinación del carácter actual de la agresión⁸⁷.

La referencia al criterio de la unidad de acción en sentido jurídico para la determinación de la actualidad de la agresión ha de concretarse en una doble exigencia, establecida en el análisis de la categoría de la unidad de acción en relación con la regulación con el concurso de delitos. Por un lado, debe constatararse una *unidad subjetiva*, que concurre cuando el autor pretende desde el principio una secuencia de actos o cuando se propone el comportamiento subsiguiente durante

⁸⁶ Jakobs, *op. cit.*, Ap. 12/23. Ciertamente, Jakobs remarca el problema que el ejemplo citado presenta en relación con la exigencia de necesidad del medio empleado para la defensa.

⁸⁷ *Ibid.*

la ejecución del comportamiento precedente⁸⁸. Por otro, debe constatararse una *unidad de la ejecución*, la cual supone “una sucesión de los diversos actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización del subsiguiente”⁸⁹.

El recurso al criterio de la unidad de acción por parte de Jakobs es importante por una consideración adicional, vinculada directamente al *räuberischer Diebstahl*. Jakobs plantea que en algunos tipos, para la determinación de la unidad de acción, la unidad de la ejecución ha de ser sustituida por otros criterios. Tal sería el caso tratándose de los denominados “tipos que enlazan acciones”, los cuales se caracterizarían por el hecho de que en ellos, “a pesar de faltar una acción unitaria en sentido «natural» o jurídico, pero dada la unidad subjetiva, el tipo puede reunir los distintos actos en una única realización de tipo”⁹⁰. Una variante de esta clase correspondería a los “delitos de varios actos”, en los cuales “la realización del tipo tiene lugar mediante una secuencia de acciones, realizando cada acto individual únicamente una parte del tipo, y sólo al unirlas, los actos realizarían unitariamente todo el tipo”⁹¹. Pues bien, entre aquellos delitos en que *neessariamente* se requiere la realización de una secuencia de actos, según Jakobs, figura el *räuberischer Diebstahl*, cuyo tipo supone un hurto consumado seguido de ejercicio de coacción en conservación del botín. Lo importante es destacar que, en opinión del propio Jakobs, en estos casos “el tipo proporciona un significado común a los actos individuales de la secuencia de la acción, precisamente el del delito respectivo”⁹².

Este significado común que el tipo proporciona a los actos individuales de la secuencia de la acción, en el hurto- robo, está constituido por la vinculación que debe concurrir entre la sustracción y el ejercicio de violencia o intimidación. Si bien la sustracción cometida con ánimo de apropiación ya habrá realizado un hurto (formalmente) consumado, la coacción debe resultar adecuada para la consolidación inmediata del principio de lesión que importa la consumación del hurto. Esto, porque la justificación político- criminal de la equiparación (desde el punto de vista de la penalidad y la punibilidad) del hurto- robo al robo radica precisamente en la posibilidad de extender al hurto- robo las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena propias del robo.

Luego, puede afirmarse que la vinculación que debe concurrir entre la acción de apropiación ya consumada y el ejercicio de coacción grave corresponde a una conexión funcional, precisamente porque, si bien ya se ha producido la consumación de una acción de apropiación, esa consumación, desde la perspectiva de la afectación del objeto de protección, no expresa todavía una lesión definitiva,

⁸⁸ *Ibid.*, Ap. 32/8.

⁸⁹ *Ibid.*, Ap. 32/10.

⁹⁰ *Ibid.*, Ap. 32/26.

⁹¹ *Ibid.*, Ap. 32/29.

⁹² *Ibid.*

esto es, la plena arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a la posición de propietario. El ejercicio de coacción es funcional a la consolidación del resultado expropiatorio expresado (sólo) indiciariamente en la consumación del hurto. La equiparación del hurto-robo al robo resulta consistente con la comprensión de la coacción (grave) como el núcleo de injusto del robo, que es precisamente lo que está en la base de la tesis del robo como coacción.