

3.

Derecho penal

ASPECTOS PENALES Y PROCESALES DE LA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE MALHECHORES EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO

[“Criminal and Procedural Aspects of the Aggravating Circumstance of Plurality of Offenders in the Felonies of Theft and Robbery”]

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

A partir del fundamento de la agravante del artículo 456 bis N° 3 CP., en este trabajo se intenta solucionar una serie de problemas a que ha dado lugar su aplicación por los tribunales, decantándose su autor por un punto de vista restrictivo que se aparta del que suele seguirse en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

PALABRAS CLAVE

Pluralidad de malhechores – Agravantes en el hurto – Agravantes en el robo.

ABSTRACT

Based on the aggravating circumstance of article No. 456 bis No. 3 of the CC, in this work we aim at solving a series of problems raised by its application by the Courts. The author leans towards a restrictive stand point, away from the insight usually followed in the majority doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS

Plurality of offenders – Aggravating circumstances pertaining to theft – Aggravating circumstances pertaining to robbery.

RECIBIDO el 30 de octubre y ACEPTADO el 16 de noviembre de 2012.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona; profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: guillermo.oliver@ucv.cl. El autor agradece a la ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Andrea Pinto Bustos, por su colaboración en la edición de este trabajo y por sus observaciones destinadas a mejorarlo.

I. INTRODUCCIÓN

Según lo que indica el artículo 456 bis N° 3 CP., constituye una agravante de responsabilidad penal en los delitos de hurto y robo, el hecho de “*ser dos o más los malhechores*”. Esta circunstancia, que suele ser muy aplicada en la práctica, ha originado varios problemas interpretativos, tales como el relativo al significado de la voz “malhechor”, el consistente en determinar su campo de aplicación y el concerniente a la forma en que deben intervenir los malhechores para que la agravante sea apreciada, entre otras cuestiones debatidas. En este breve trabajo, después de examinar los antecedentes históricos de la agravante y de desentrañar su fundamento, se analiza cada uno de dichos problemas y se sugiere la forma en que deberían ser solucionados, siguiendo un planteamiento especialmente restrictivo que se aparta del punto de vista dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, y que conduce a la conclusión de que la mencionada circunstancia debería ser aplicada en muy pocos casos. Se concluye con el examen de un problema procesal envuelto en esta agravante, que contribuye a hacer todavía más restrictiva su aplicación.

II. ANTECEDENTES DE DERECHO COMPARADO Y ORIGEN HISTÓRICO

Una agravante similar a la contenida en el N° 3 del artículo 456 bis CP. se encuentra en varias legislaciones extranjeras, dentro de la regulación del hurto y del robo. Así ocurre, por ejemplo, en los *Códigos Penales* boliviano (artículo 332 N° 2), brasileño (arts. 155 N° 4, IV y 157 N° 2, II), costarricense (arts. 209 N° 7 y 213 N° 3), ecuatoriano (artículo 552 N° 2), salvadoreño (arts. 208 N° 6 y 213 N° 2), guatemalteco (artículo 252 N° 1), hondureño (arts. 219 N° 1 y 225 N° 4), nicaragüense (artículo 270 N° 1), panameño (artículo 186 N° 3), peruano (arts. 186 N° 6 y 189 N° 4), uruguayo (artículo 341 N° 3), venezolano (artículo 453 N° 9), francés (artículo 311-4 N° 1) e italiano (arts. 625 N° 5 y 628 inc. 3° N° 1). En algunos de estos textos normativos la agravante es aplicable sólo al robo; en otros, tanto al hurto como al robo.

En el caso chileno, ya en la *Ley general de hurtos y robos*, de 1849, se establecía el aumento de la pena del hurto cuando se cometía por “*dos o más ladrones*” (artículo 5°), y el de la sanción del robo, cuando se perpetraba por una “*cuadrilla*”, entendiéndose que la había cuando se integraba por cuatro o más individuos (artículo 18).

En el texto original de nuestro *Código Penal* no se contempló una agravación de la pena del hurto por el hecho de ser ejecutado por dos o más ladrones. Sólo se mantuvo la cuadrilla, que siguió consistiendo en que concurrieran al delito más de tres “malhechores” y que constituía una agravante aplicable al

robo calificado (artículo 433 N° 3) y al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (artículo 440 N° 4). La Ley N° 11.625, de 1954, junto con incorporar en el *Código* el artículo 456 bis, eliminó la antigua cuadrilla. Puede verse aquí una manifestación de la conocida severidad de esta reforma, ya que, por un lado, amplió la agravante a todo robo o hurto, y por otro, redujo los requisitos para su aplicación: de cuatro personas que se necesitaban, se bajó a dos.

III. FUNDAMENTO

Esta agravante ha dado lugar a varias discusiones sobre distintas cuestiones. Sin embargo, antes de abordarlas, se examinará el fundamento de dicha circunstancia modificatoria, ya que sólo así es posible solucionar los diversos problemas que su aplicación práctica plantea, sin caer en la arbitrariedad.

Sobre el fundamento de esta agravante se han emitido varias opiniones. Una primera tesis es la que plantea que dicho basamento consistiría en un mayor peligro para la víctima, opinión sustentada por un sector de la doctrina¹ y que tiene un considerable respaldo jurisprudencial².

Otros afirman que el fundamento de esta agravante consistiría en la mayor seguridad con que intervienen los sujetos activos del delito³.

¹ Así, CERDA CATALÁN, M., *¿Siempre es circunstancia agravante la comisión de los delitos de robo o hurto por dos o más individuos?*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 95 (enero-marzo 1956), p. 34; DE LA FUENTE HULAUD, F., *Delitos contra bienes instrumentales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2 (2005), p. 596; CARNEVALI, R. - KÄLLMAN, E., *La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Artículo 456 bis 3 del Código Penal*, en *Política Criminal*, 4 (2007), D1, pp. 15-17. También, implícitamente, SANTIBÁÑEZ TORRES, M. E. - VARGAS PINTO, T., *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2011) 1, p. 203.

² Entre otras, pueden verse las sentencias de la Corte Suprema, de 27 de diciembre de 2005, emitida en causa rol N° 1653-2005; de 29 de julio de 2004, emitida en causa rol N° 1837-2004; de 26 de mayo de 2004, emitida en causa rol N° 1371-2004; y de 8 de marzo de 2004, emitida en causa rol N° 644-2004. En el mismo sentido, pueden consultarse las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 7 de octubre de 2004, emitida en causa rol N° 220675-2004; de 7 de mayo de 2004, emitida en causa rol N° 219901-2004; y de 24 de octubre de 2001, emitida en causa rol N° 198120-2001, y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 19 de febrero de 2010, emitida en causa rol N° 387-2009.

³ En este sentido, CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto*, en *Boletín del Ministerio Público*, 1 (mayo de 2001), p. 72; BULLEMORE, V. - MACKINNON, J., *Curso de Derecho penal. Parte especial* (2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2007), IV, p. 64.

En una tercera posición se sitúan quienes sostienen, a partir del origen histórico de la agravante (la antigua cuadrilla), que el fundamento radicaría en el mayor reproche que debe formularse a quienes se conciertan para la comisión de un hurto o de un robo⁴.

Otros señalan que el basamento de la agravante consistiría en la afectación de los sentimientos de tranquilidad y seguridad⁵.

Existen también planteamientos complejos, que asignan a la mencionada circunstancia modificatoria un fundamento múltiple, integrado por varias ideas. Así, hay quienes afirman que el basamento sería triple: el debilitamiento de la defensa privada, el aumento del peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes amparados en el número⁶. Éste parece ser el punto de vista mayoritario en la jurisprudencia⁷. Otros atribuyen a la señalada agravante un fundamento doble: el debilitamiento de las posibilidades de defensa y la mayor seguridad en la comisión del hecho⁸.

Según mi opinión, no es aceptable la tesis que plantea que el fundamento de la agravante en estudio radicaría en un mayor peligro para la víctima. La modificación legal de 1954 buscó hacer aplicable esta circunstancia no sólo al robo, sino también al hurto, delito este último, que como es sabido, sólo atenta contra intereses patrimoniales. Cuando se afirma que con la pluralidad de malhechores se produce un aumento del peligro que corren las víctimas, se está pensando sólo en el robo, especialmente en el robo con violencia o intimidación en las personas, desconociendo el sentido de dicha modificación legal. Para hallar el fundamento de esta circunstancia deben tenerse a la vista los delitos a los cuales la ley declara que se aplica, y encontrarse alguno que sea común a todos ellos⁹. Recuérdese que ya en la *Ley general de hurtos y Robos*, de 1849, la pena del hurto se agravaba cuando se cometía por dos o más ladrones, agravación que coexistía con la del robo cuando se perpetraba por cuatro o más sujetos.

Tampoco parece de recibo la opinión de quienes creen que el basamento de la agravante consistiría en el mayor reproche que cabe formular a quienes se

⁴ Así VARENS ÁLVAREZ, E., *Pluralidad de malhechores. Análisis crítico del artículo 456 bis 3 del Código Penal*, en *Revista de Estudios "Ius Novum"*, 1 (2008), p. 232.

⁵ MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo* (Santiago, LexisNexis, 1995), p. 165.

⁶ Cfr. ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III, p. 365.

⁷ Entre otras, véanse las sentencias de la Corte Suprema, de 25 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 9607-2009; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 7 de julio de 2010, emitida en causa rol N° 524-2010, y de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 8 de noviembre de 2010, emitida en causa rol N° 1254-2010; y de 9 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 899-2010.

⁸ GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 200), IV, p. 275.

⁹ Similar: CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 72.

conciertan para la comisión del hurto o del robo. Si así fuera, la conspiración para cometer un hurto o un robo estaría sancionada como acto preparatorio, y es claro que no lo está. Cuando se castiga a dos personas como coautores de un hurto o de un robo, ya se considera la posible conspiración previa; volver a hacerlo para agravar la responsabilidad implicaría una vulneración del principio *non bis in idem*¹⁰.

La tesis de quienes ven en la afectación de los sentimientos de tranquilidad y seguridad el fundamento de la agravante, tampoco me parece aceptable. Si dichos sentimientos se ven afectados, ello ya ha sido tomado en cuenta por el legislador al decidir tipificar como delito el hurto y el robo (y con elevadas penas en este último caso). No puede volver a considerarse la misma idea para agravar la responsabilidad, sin vulnerar el principio *non bis in idem*¹¹. Además, no aclara esta posición cuáles serían los sentimientos de tranquilidad y seguridad que habría que tomar en cuenta, si los de la víctima, los de su grupo familiar, los de la comunidad, etc., lo que parece constituir un motivo más para desecharla.

Tampoco estimo correcta la opinión de quienes consideran que el basamento de la mencionada circunstancia modificatoria es el debilitamiento de la defensa privada. Ello, porque dicho planteamiento presupone una suerte de acometimiento previo, que es difícil de concebir en un hurto. De nuevo, se está pensando sólo en un robo, concretamente, en uno con violencia o intimidación en las personas¹².

Las tesis complejas, que asignan a la agravante en estudio un fundamento múltiple, son criticables, no sólo porque dentro de las varias razones que suelen mencionar como basamento incluyen ideas que ya he rechazado, sino además porque presentan el inconveniente de que no sugieren la forma de resolver el problema cuando, de los varios fundamentos que le atribuyen, sólo algunos de ellos concurren.

A mi juicio, el único fundamento que puede explicar la voluntad de la ley de aplicar la agravante a todas las formas de robo y al hurto, es la mayor facilidad con que actúan los sujetos en la comisión del delito. Es sólo la circunstancia de que la ejecución del hecho se hace más expedita lo que puede justificar esta agravación de responsabilidad penal¹³. En todo caso, esto no

¹⁰ Cfr. INOSTROSA SÁENZ, M. D., *De la pluralidad de malhechores, como agravante específica en los delitos de robo y hurto* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008), p. 70.

¹¹ VARENS ÁLVAREZ, E., Pluralidad de malhechores, cit. (n. 4), p. 231; INOSTROSA SÁENZ, M. D., *De la pluralidad de malhechores*, cit. (n. 10), p. 77.

¹² CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 72.

¹³ En este sentido, coincido con la opinión de CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 72.

quiere decir que en esta materia se deba operar en forma mecánica y, simplemente, contar cuántas personas intervienen en el hecho para decidir aplicar la agravante, como lamentablemente se observa con bastante frecuencia en la práctica¹⁴. En cada hipótesis debe examinarse si concurre el fundamento de la agravación. Pero como se verá más adelante, siendo esto necesario, no es suficiente para dicha aplicación.

Atendida la similitud de basamento, esta circunstancia específica desplaza a la agravante genérica del artículo 12 N° 11 CP. (“*ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad*”)¹⁵.

IV. SENTIDO DE LA VOZ “MALHECHORES”

Establecido el fundamento de la agravante en análisis, es posible abordar algunas cuestiones problemáticas que se han suscitado con motivo de su aplicación práctica. Un primer tema que ha originado alguna discusión es el relativo a si para que esta agravante se configure, se requiere que quienes participen en el hecho tengan condenas anteriores o no. Un sector minoritario de la doctrina sostiene que ello es necesario¹⁶ y ha contado con el respaldo de alguna jurisprudencia, también minoritaria¹⁷. Para sostener esto se ha argumentado que el término *malhechores* supondría una dedicación a la actividad delictiva, como lo demostraría la regulación del encubrimiento por favorecimiento personal habitual (artículo 17 N° 4 CP.). La doctrina¹⁸

¹⁴ A título ejemplar, puede verse este proceder meramente mecánico, entre otras, en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 19 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 574-2010; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 15 de febrero de 2010, emitida en causa rol N° 98-2010; de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 12 de abril de 2010, emitida en causa rol N° 56-2010; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 9 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 899-2010, y de 28 de julio de 2010, emitida en causa rol N° 829-2010; y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 1 de abril de 2010, emitida en causa rol N° 74-2010.

¹⁵ ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, cit. (n. 6), III, p. 365.

¹⁶ CERDA CATALÁN, M., cit. (n. 1), 33-35. En el mismo sentido, implícitamente, si entendemos bien, LABATUT GLENA, G., *Derecho Penal* (7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), II, p. 217. Por su parte, MERA FIGUEROA, *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 163, considera malhechores a quienes han delinquido con anterioridad, cuando no son técnicamente reincidentes.

¹⁷ Pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de enero de 2006, emitida en causa rol N° 42724-2002; de 12 de abril de 2005, emitida en causa rol N° 845006-2001; de 13 de marzo de 2003, emitida en causa rol N° 648596-1999; de 25 de junio de 2001, emitida en causa rol N° 32409-2001, y de 12 de marzo de 2001, emitida en causa rol N° 92-2001.

¹⁸ ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, cit. (n. 6), III, p. 365; GARRIDO MONTT, M.,

y la jurisprudencia¹⁹ mayoritarias, en cambio, plantean que no es necesario que los diversos intervinientes en el delito hayan sido condenados con anterioridad. En general, esta última posición, que comparto, se suele apoyar en un argumento semántico. Conforme al *Diccionario de la Real Academia Española*, la voz “malhechor” significa “que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”, de lo cual se desprende que no sólo se comprende a quienes se dedican a delinquir, sino también a quienes lo hacen por primera vez.

A lo anterior debe agregarse –y esto es lo realmente decisivo– que el fundamento de la agravación conduce a no tener demasiado en cuenta el

Derecho Penal, cit. (n. 8), IV, p. 275; POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 395 ss.; BULLEMORE, V. - MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal*, cit. (n. 3), IV, p. 64; CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), pp. 73-76; CURY URZÚA, E., *Comentario a sentencia de Corte Suprema de 10 de abril de 1959. Delito continuado. Agravante del Artículo 456 bis 3. Alcance de la voz ‘responsable’ en la disposición del Artículo 72 inciso 2º del Código Penal*, en *Revista de Ciencias Penales* (3ª época), 18 (enero-abril 1959) 1, p. 51; SILVA GUNDELACH, G., *Algunos problemas ocasionados en la aplicación de los artículos 456 bis 3 y 450 del Código Penal y la solución jurisprudencial*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 6 (Universidad San Sebastián, 2004), p. 104; DE LA FUENTE HULAUD, F., *Delitos contra bienes instrumentales*, cit. (n. 1), p. 595; CARNEVALI, R. - KÄLLMAN, E., *La importancia*, cit. (n. 1), pp. 13-15; AGUILAR ARANELA, C., *Delitos patrimoniales* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008), p. 106; PEÑA WASSAF, S., *Comentario a la sentencia pronunciada por el Juez de Garantía de Loncoche en juicio abreviado causa RUC 0100028268-1*, en *Boletín del Ministerio Público*, 9 (marzo de 2002), p. 119 ss.

¹⁹ Entre muchas otras, véanse las sentencias de la Corte Suprema, de 15 de mayo de 2006, emitida en causa rol N° 3008-2005; de 27 de diciembre de 2005, emitida en causa rol N° 1653-2005; de 29 de julio de 2004, emitida en causa rol N° 1837-2004; de 26 de mayo de 2004, emitida en causa rol N° 1371-2004; de 15 de diciembre de 2003, emitida en causa rol N° 3563-2003; de 6 de mayo de 2003, emitida en causa rol N° 1157-2003; de 8 de octubre de 2002, emitida en causa rol N° 3029-2002; de 4 de julio de 2002, emitida en causa rol N° 2020-2002, y de 14 de junio de 2002, emitida en causa rol N° 1721-2002. Pueden verse también las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 1293-2010; de 17 de febrero de 2010, emitida en causa rol N° 2768-2010; de 27 de julio de 2006, emitida en causa rol N° 1258-2006, y de 23 de noviembre de 2005, emitida en causa rol N° 457-2005. En el mismo sentido, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 25 de abril de 2008, emitida en causa rol N° 353-2008; de 18 de abril de 2008, emitida en causa rol N° 318-2008, y de 28 de febrero de 2008, emitida en causa rol N° 156-2008; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de junio de 2010, emitida en causa rol N° 710-2010, y de 19 de febrero de 2010, emitida en causa rol N° 17-2010; de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 6 de mayo de 2010, emitida en causa rol N° 50-2010; y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 9 de febrero de 2010, emitida en causa rol N° 5-2010.

hecho de que quienes participen en el delito tengan antecedentes penales anteriores. En efecto, si dicho basamento consiste en que es más fácil cometer el delito cuando se actúa en grupo, que cuando se lo hace solo, no resulta concluyente el hecho de que las personas que intervengan en su ejecución hayan sido condenadas con anterioridad. Aunque se trate de delincuentes primerizos, el fundamento de la agravación puede igualmente concurrir.

Por último, puede añadirse que el planteamiento que impugno resulta inaceptable por ser propio de un derecho penal de autor, ya que sostiene que se agrava la responsabilidad penal, no por la forma en que el hecho se ejecuta, sino por el modo en que el sujeto activo se ha comportado antes de su realización²⁰.

V. RELACIÓN CON LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 72 CP.

En otro orden de ideas, un sector de la doctrina plantea que los malhechores –o al menos dos de ellos, en caso de ser tres o más– deben ser penalmente imputables, lo que se desprendería de la comparación del artículo 456 bis N° 3 CP. con el N° 5 de la misma disposición, y con la agravante general del artículo 72 CP²¹. A mi juicio, la existencia de la agravante específica del citado N° 5 (“*actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1° del artículo 10*”), efectivamente impide comprender dentro del N° 3 personas inimputables por locura o demencia o por trastorno mental transitorio. Sin embargo, no creo que la existencia del mencionado artículo 72 impida incluir en el señalado N° 3 algunas hipótesis de personas inimputables por minoría de edad. El artículo 72 sólo se pone en el caso de que un mayor de dieciocho años “*se prevalgá*” de un menor de dicha edad en la perpetración de un delito, caso en el cual se aumenta en un grado la pena correspondiente a aquél²². Este “prevalimiento” significa que el mayor de edad “*se aprovecha del menor, lo utiliza en consideración a su edad*”. Así sucedería si, por ejemplo, dada la reducida envergadura física del menor de edad, el mayor le pidiera que entre por una estrecha ventana a una casa para que le abra la puerta principal y así poder ingresar a apropiarse de cosas ajenas. En este caso, se aplica la agravante del artículo 72, que por especialidad desplaza

²⁰ Así, CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 75; INOSTROSA SÁENZ, M. D., *De la pluralidad de malhechores*, cit. (n. 10), p. 83.

²¹ POLITOFF, S. - MATUS J. P. - RAMÍREZ M. C., *Lecciones*, cit. (n. 18), p. 396.

²² Esta agravación, claro está, no puede aplicarse si el mayor de edad es un autor mediato, porque se vulneraría el principio *non bis in idem*, al considerar dos veces en forma perjudicial la utilización del menor de edad: primero, para considerar al mayor como autor mediato, y segundo, para agravar su responsabilidad penal. Véase CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 77.

al artículo 456 bis N° 3²³. Pero si no hay tal aprovechamiento del menor, si no se lo utiliza en consideración a su edad, la agravante del artículo 72 no es aplicable, y sí lo es, en principio, la del N° 3 del artículo 456 bis, siempre que con la presencia de aquél se facilite la comisión del delito²⁴.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Otro punto sobre el cual se ha discutido en la práctica dice relación con el ámbito de aplicación de la agravante. Una posición, atenta al tenor literal del precepto, el que no efectúa distingo alguno, aplica dicha circunstancia a todo hurto o robo²⁵. Otra plantea la necesidad de examinar caso a caso la pertinencia de tal aplicación²⁶. Según mi opinión, en cada situación concreta que se presente debe analizarse si, además del dato meramente numérico, concurre o no el fundamento de la agravante. Por ejemplo, en principio, podría apreciarse en un hurto si cinco sujetos que están dentro de un supermercado se ponen de acuerdo y atraviesan al mismo tiempo la línea de cajas y la zona de “paletas de seguridad”, llevando cada uno de ellos escondidas en sus vestimentas distintas especies por las que no han pagado, por lo que la alarma se activa una sola vez y el guardia de turno logra detener a uno solo. En un caso así, es evidente que la pluralidad de intervinientes facilita la comisión del delito. Pero no podría aplicarse si la pluralidad no cumple este fin, como sucedería si, verbigracia, un sujeto tomara furtivamente una cosa ajena y otro individuo, que se ha concertado con el primero para la ejecución del hecho, lo presenciara sin tomar parte inmediata en él.

En un robo por sorpresa, es difícil que la agravante en examen pueda aplicarse. La modalidad de arrebato sorpresa no parece compatible con ella, ya que, en general, dicha forma de ejecución del delito no se ve fa-

²³ En este sentido, CERDA CATALÁN, M., *En los delitos de hurto y de robo cometidos por un mayor conjuntamente con un menor ¿concurren, el aumento de pena del inciso 2° del artículo 72 y la agravante del 3° del artículo 456 bis, del Código Penal?*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción* (año 30), 119 (enero-marzo de 1962), p. 21; CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), pp. 76 s.; CARNEVALI R. - KÄLLMAN E., *La importancia*, cit. (n. 1), p. 17; MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 159. Véase también la sentencia de la Corte Suprema, de 29 de julio de 2004, emitida en causa rol N° 1837-2004.

²⁴ CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), pp. 76-78.

²⁵ En este sentido, pueden verse, entre otros, los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 15 de febrero de 2010, en causa rol N° 98-2010; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 9 de agosto de 2010, en causa rol N° 899-2010; y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 1 de abril de 2010, en causa rol N° 74-2010.

²⁶ Así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 25 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 573-2009.

cilitada por un mayor número de ejecutores. Sin embargo, no es imposible que ello ocurra, como sucedería, por ejemplo, si un sujeto entretuviera por unos momentos a la víctima para que otro, aprovechándose de la distracción de ésta, le arrebatara súbitamente sus pertenencias. Y en cuanto a las otras modalidades de ejecución (aparentar riñas o maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión), ellas generalmente suponen la intervención de más de un sujeto, por lo que agravar la responsabilidad por dicha pluralidad implicaría burlar el principio *non bis in idem*.

En un robo con fuerza en las cosas, en principio, podría aplicarse la agravante si la pluralidad de intervinientes hiciera más fácil su ejecución. Así sucedería si, por ejemplo, el hecho de entrar por la ventana a un lugar habitado cuyos moradores se ausentan por pocos minutos, se ejecutara por varios sujetos en forma muy rápida, para apropiarse de la mayor cantidad posible de cosas ajenas antes de que aquéllos regresen²⁷. En caso contrario, no podría ser aplicada, como ocurriría si, verbigracia, dos sujetos entrasen por la ventana a apropiarse de cosas que se encuentran en el interior de un establecimiento comercial, pero con la finalidad de sustraer dos especies livianas que perfectamente podría haber sacado uno solo de ellos.

El mismo análisis debe hacerse en un robo con violencia o intimidación en las personas. Hay que examinar si la pluralidad de malhechores contribuye a hacer más fácil la ejecución del delito. Por ejemplo, por mucho que los sujetos activos sean varios, no parece que concurra el fundamento de la agravación si las víctimas también son varias y su número es igual o superior al de aquéllos²⁸. Además, ¿se debe tener especial cuidado en no pasar por sobre el principio *non bis in idem*, ya que muchas veces en un robo con intimidación, es precisamente la presencia de varios sujetos lo que contribuye a producir la intimidación, caso en el cual no podría volver a considerarse el mismo factor para agravar la responsabilidad penal por el robo²⁹.

Por otra parte, debe tenerse presente que hay ciertos casos en los que, con independencia de la específica figura de hurto o robo de que se trate, es posible que la ejecución material de un hecho en grupo tampoco pueda configurar la agravante en examen, como sucede normalmente con los adolescentes. Para éstos, la pertenencia a un grupo de pares suele tener especial importancia, por lo que muchas veces la comisión de delitos a través de modalidades grupales

²⁷ Véase, no obstante, lo que digo más abajo para las hipótesis de coautoría.

²⁸ MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 165, afirma que en un caso así no hay mayor seguridad para los autores en la ejecución del delito (ni tampoco un mayor debilitamiento de la defensa privada ni un mayor peligro para las víctimas).

²⁹ Véase el ya citado fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 25 de agosto de 2010, dada en causa rol N° 573-2009, que acoge un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado, precisamente, por estas razones.

es inherente a su actuación, forma parte de su conducta, la que no realizarían en forma individual. Así las cosas, si se acredita que fue esta consideración la que decidió la comisión del delito en grupo, no puede volver a tomarse en cuenta la pluralidad de intervinientes para agravar la responsabilidad penal, ya que se estaría violando la prohibición de doble valoración, concretamente, el principio de inherencia en su modalidad tácita concreta (artículo 63 inciso 2º CP.)³⁰. Una reciente línea jurisprudencial, a mi juicio, correctamente, se manifiesta en este sentido³¹.

VII. FORMA DE INTERVENCIÓN EN EL HECHO

En directa relación con la discusión relativa al ámbito de aplicación de la agravante, se encuentra el problema de determinar la posición que deben ocupar en el delito quienes intervengan en él, es decir, la forma de intervención en el hecho. Unos afirman que la agravante es aplicable, aun cuando solamente uno de los varios sujetos actúe por hechos directos³². Otros señalan que sólo puede aplicarse cuando dos o más personas concurren materialmente en la comisión del delito³³. A mi juicio, el fundamento de la agravación conduce a sostener que la pluralidad de sujetos debe observarse durante la ejecución del hecho, y sin que sea necesario que la víctima se encuentre presente. Sólo cuando dos o más personas actúan en la ejecución material del delito en los términos señalados, puede decirse que tal pluralidad de intervinientes procura conseguir una mayor facilidad en su comisión. Razonablemente, la jurisprudencia suele exigir la presencia de los varios intervinientes durante la ejecución material del hecho³⁴. Por lo tanto y por ejemplo, no podría aplicarse la agravante si de los dos sujetos que participan, uno es inductor

³⁰ Cfr. CARNEVALI, R. - KÄLLMAN, E., *La importancia*, cit. (n. 1), p. 20.

³¹ Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 15 de diciembre de 2009, dada en causa rol N° 1223-2009. En cambio, desestima este criterio la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 23 de agosto de 2010, emitida en causa rol N° 216-2010.

³² Así, LABATUT GLENA, G., *Derecho Penal*, cit. (n. 16), II, p. 217. Esta opinión fue sustentada durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 11.625, de 1954. Véase el *Boletín de Sesiones Extraordinarias de la Cámara de Diputados* (1953-1954), I, p. 397.

³³ En este sentido, ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, cit. (n. 6), III, p. 365; GARRIDO MONTT, M., *Derecho Penal*, cit. (n. 8), IV, pp. 275 s.; BULLEMORE V. - MACKINNON J., *Curso*, cit. (n. 3), IV, p. 64; MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 157; CERDA CATALÁN, M., cit. (n. 1), p. 35; CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 72.

³⁴ Entre otras, pueden verse las sentencias de la Corte Suprema, de 26 de julio de 2004, dada en causa rol N° 2582-2004, y de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 5 de julio de 2005, emitida en causa rol N° 10288-2005.

y el otro, autor directo. Tampoco, si se trata de un autor mediato y de una persona utilizada por éste como instrumento.

En todo caso, la agravante en cuestión no puede aplicarse en las hipótesis de coautoría en que cada uno de los ejecutores materiales realiza sólo parte del correspondiente tipo penal, ya que ello implicaría pasar por sobre el principio *non bis in idem*. En efecto, las realizaciones parciales del comportamiento descrito en el tipo, efectuadas por cada uno de los sujetos, ya son consideradas por la ley al calificar su intervención como coautoría. Sin el artículo 15 CP., que permite sancionar a los coautores, no podría imputarse todo el hecho a quienes sólo realizan parte del correspondiente tipo, por lo que en este caso, la pluralidad de intervinientes no puede volver a ser tomada en cuenta para agravar la responsabilidad penal³⁵.

Además, a pesar de que algunas formas de complicidad aparecen recogidas en el artículo 15 CP. y pueden traducirse en una intervención durante la ejecución del hecho que sirva para facilitar su realización, no se les puede aplicar la agravante en análisis, porque ello también importaría una vulneración del principio *non bis in idem*. Si conforme a la teoría de la accesoriedad de la participación, para sancionar al cómplice es necesario que exista un autor que ejecute una conducta típica y antijurídica, a cuya realización el partícipe coopere, no puede dicha existencia ser considerada por segunda vez para agravar la responsabilidad penal³⁶.

En síntesis, la agravante en estudio sólo puede ser aplicada a dos o más sujetos en un hurto o en un robo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos: *i*) que ostenten el dominio del hecho; *ii*) que intervengan en su ejecución material; *iii*) que cada uno de ellos realice íntegramente el comportamiento descrito en el correspondiente tipo; *iv*) que concurra el fundamento del aumento de pena; y *v*) que no se vulnere el principio *non bis in idem*. Como podrá advertirse, esto significa que la circunstancia en examen resulta procedente en muy pocos casos, desde luego, muchos menos que aquellos en que algunos tribunales han hecho aplicación de ella.

³⁵ En contra, MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 159, quien acepta la aplicación de esta agravante a los coautores. La aplica en una hipótesis de coautoría la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 9 de agosto de 2007, dada en causa rol N° 281-2007. Cfr. MONTIEL VERGARA, J. P., *El delito de robo por sorpresa en la jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010), p. 130.

³⁶ Así, DE LA FUENTE HULAUD, F., *Delitos contra bienes instrumentales*, cit. (n. 1), p. 597; CARNEVALI, R. - KÄLLMAN, E., *La importancia*, cit. (n. 1), p. 17; MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, cit. (n. 5), p. 158. En contra, POLITOFF S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ M. C., *Lecciones*, cit. (n. 18), p. 514, quienes extienden la agravación a todos los partícipes; y ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, cit. (n. 6), III, p. 365, quien incluye a los cómplices.

VIII. ASPECTOS PROCESALES

Una última cuestión se vincula con aspectos procesales. Conforme al parecer de varios tribunales, no es posible aplicar la agravante en análisis, sin que en el juicio en que el asunto se ventile intervengan como imputados, al menos, dos de las personas que participaron en el hecho y que resulten condenadas –o si el juicio se sigue contra sólo un sujeto, sin que otro de los ejecutores haya sido condenado ya en otro proceso por el mismo hecho–. Se afirma que cuando el proceso se sigue contra sólo una de las varias personas que participaron en el delito, no puede aplicarse la agravante, porque ello implicaría un pronunciamiento en contra de alguien que no ha intervenido como imputado en el juicio, a quien se le estaría así atribuyendo haber tomado parte en el hecho, lo que importaría, por lo mismo, una vulneración del principio de inocencia³⁷.

Según mi opinión, efectivamente, el hecho de que el juicio se siga contra sólo uno de los sujetos que intervinieron en el delito es un obstáculo para la aplicación de la agravante, si la participación del otro (u otros) individuo(s) no ha sido establecida por una sentencia firme anterior³⁸. Pero ello no obedece al contenido del principio de inocencia, en cuya virtud todo imputado debe ser tratado como inocente, mientras no exista una sentencia condenatoria firme dictada en su contra, lo que significa que no pueden imponerse las consecuencias jurídico-penales de un delito antes de una condena ejecutoriada. En general, cuando algunos tribunales condenan al único imputado en contra de quien se sigue el juicio y aplican la agravante en estudio, no identifican en la sentencia al sujeto que habría participado con él en el delito³⁹, por lo que el copartícipe no resulta perjudicado, ya que la declaración de condena sólo alcanza al imputado, sin que el fallo produzca efectos respecto de aquél.

³⁷ En este sentido, entre muchas otras sentencias, pueden verse la de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2007, emitida en causa rol N° 6583-2006; la de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de agosto de 2006, emitida en causa rol N° 1447-2006; la de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 21 de febrero de 2007, emitida en causa rol N° 27-2007, y las de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 14 de octubre de 2011, emitida en causa rol N° 1063-2011; y de 24 de enero de 2006, emitida en causa rol N° 1413-2005.

³⁸ En contra, véase CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances*, cit. (n. 3), p. 73, quien, no obstante, termina apoyando la mencionada tendencia jurisprudencial, pero únicamente porque evita el aumento de penas que ya son excesivas.

³⁹ Como ejemplo de lo dicho, pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de agosto de 2010, dada en causa rol N° 1293-2010; de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 16 de octubre de 2009, dada en causa rol N° 789-2009, y de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 14 de febrero de 2011, dada en causa rol N° 59-2011.

Para que el copartícipe sufra una pena por el mismo hecho es necesario que se lleve adelante otro juicio en su contra, en el que sea condenado por sentencia firme.

No obstante, es precisamente esta última consideración la que demuestra la corrección del planteamiento que impide aplicar la agravante cuando el juicio se sigue contra uno solo de los sujetos que intervinieron en el hecho, sin que la actuación del otro copartícipe haya sido establecida por sentencia firme. En efecto, en el nuevo juicio que se siga contra dicho copartícipe, el tribunal correspondiente podría arribar a una decisión absolutoria, entre otras razones, por estimar que no se ha acreditado su participación en el hecho, o incluso, que se ha establecido su total inocencia. En un caso así, se daría el absurdo de que la responsabilidad penal de un sujeto resultaría agravada por haber intervenido en la ejecución de un delito junto con otro individuo, cuya participación en el mismo hecho no ha podido ser acreditada o ha sido completamente desvirtuada. La única forma en que se puede evitar esta incoherencia es aplicar la agravante solamente cuando la sentencia que la considera en perjuicio de un imputado, establece la participación en el mismo hecho punible, de otro imputado que también ha intervenido en el juicio, o bien, cuando la participación del coimputado ha sido acreditada por una sentencia ejecutoriada anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, C., *Delitos patrimoniales*, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008).
- BULLEMORE, V. - MACKINNON, J., *Curso de Derecho penal. Parte especial*, (2^a edición, Santiago, LexisNexis, 2007), IV.
- CARNEVALI, R. - KÄLLMAN, E., *La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Artículo 456 bis N° 3 del Código Penal*, en *Política Criminal*, 4 (2007), D1.
- CERDA CATALÁN, M., *¿Siempre es circunstancia agravante la comisión de los delitos de robo o hurto por dos o más individuos?* en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 95, (enero-marzo de 1956).
- CERDA CATALÁN, M., *En los delitos de hurto y de robo cometidos por un mayor conjuntamente con un menor ¿concurren, el aumento de pena del inciso 2° del artículo 72 y la agravante del N° 3° del artículo 456 bis, del Código Penal?*, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción*, (año 30), 119 (enero-marzo de 1962).
- CONTRERAS CHAIMOVICH, L., *Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto*, en *Boletín del Ministerio Público*, 1 (mayo de 2001).
- CURY URZÚA, E., *Comentario a sentencia de Corte Suprema de 10 de abril de 1959. Delito continuado. Agravante del Artículo 456 bis N° 3. Alcance de la voz 'responsable' en la*

- disposición del Artículo 72 inciso 2º del Código Penal*, en *Revista de Ciencias Penales*, (3 época), 18 (enero-abril de 1959) 1.
- DE LA FUENTE HULAUD, F., *Delitos contra bienes instrumentales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2 (2005).
- ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte especial*, (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), III.
- GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte especial*, (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), IV.
- INOSTROSA SÁENZ, M. D., *De la pluralidad de malhechores, como agravante específica en los delitos de robo y hurto*, (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008).
- LABATUT GLENA, G., *Derecho penal*, (7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000), II.
- MERA FIGUEROA, J., *Hurto y robo*, (Santiago, LexisNexis, 1995).
- MONTIEL VERGARA, J. P., *El delito de robo por sorpresa en la jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010).
- PEÑA WASSAF, S., *Comentario a la sentencia pronunciada por el Juez de Garantía de Loncoche en juicio abreviado causa RUC 0100028268-1*, en *Boletín del Ministerio Público*, 9 (marzo de 2002).
- POLITOFF, S. - MATUS, J. P. - RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- SANTIBÁÑEZ TORRES, M. E. - VARGAS PINTO, T., *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, en *Revista Chilena de Derecho*, 38, 1 (2011) 1.
- SILVA GUNDELACH, G., *Algunos problemas ocasionados en la aplicación de los artículos 456 bis N° 3 y 450 del Código Penal y la solución jurisprudencial*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 6 (Universidad San Sebastián, 2004).
- VARENS ÁLVAREZ, E., *Pluralidad de malhechores. Análisis crítico del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal*, en *Revista de Estudios Ius Novum*, 1 (2008).

