

ALGUNOS PROBLEMAS OCASIONADOS EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 456 BIS Nº 3 Y 450 DEL CÓDIGO PENAL Y LA SOLUCION JURISPRUDENCIAL

GUILLERMO SILVA GUNDELACH*

I. ARTICULO 456 BIS Nº 3

El artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal contempla como una agravante especial, en los delitos de robo y hurto, “ser dos o más los malhechores”.

Este factor de agravación ha presentado, en la realidad, dos grandes problemas, sobre los que conviene detenerse:

- a. Determinar que se entiende por malhechor; y
 - b. Si perjudica la agravante a los mayores que obran con inimputables en razón de su edad, principalmente si se trata de menores que, teniendo más de 16 años y menos de 18, han sido declarados “sin discernimiento”.
- a. Respecto de lo primero, el concepto “malhechor” ha provocado dificultades porque algunos, como el profesor Labatut, precisan este concepto como el de “persona que ha cometido con anterioridad crímenes o simples delitos” (Derecho Penal, Tomo II, pág. (350). La Corte de Apelaciones de Santiago, concordando con tal parecer, reiteradamente ha resuelto (por ejemplo Gaceta Jurídica No 255, Septiembre 2001, pág. (160), y también algunos fallos aislados de la Corte de Apelaciones de Concepción, que “no corresponde agravar la responsabilidad de los coautores de robo con intimidación por la vía de considerar la pluralidad de malhechores, si ninguno de los sentenciados merece tal calificación, por contar con irreprochable conducta anterior”.

Sin embargo, otros, como el profesor Etcheberry (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, pág. 365), sostienen que el verdadero alcance de la expresión puede determinarse examinando la razón de ser de la agravante, que es siempre 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 número. Todos estos factores se dan cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito. Por ello, a su juicio, “malhechores” son los responsables

*Ministro de la I. Corte de Apelaciones de Concepción y Profesor de Derecho Penal, Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Sebastián.

que concurren materialmente en la comisión del delito (autores o cómplices).

La Excma. Corte Suprema de Justicia, invariablemente, se ha inclinado por esta última posición, y ha resuelto que “la expresión “malhechores” a que se refiere el artículo 456 bis No 3 del Código Penal, *no tiene el sentido de reincidente* que muchas veces se le quiere atribuir, y que como reiterada y uniformemente lo ha resuelto, sólo se refiere, con arreglo a su significado material y obvio, *a quien comete el delito*” (Gaceta Jurídica No 253, pág. 150).

No cabe duda, que es esta última tesis, la que tiene mayor sustento jurídico y nos adherimos a ella.

- b. En lo relativo a lo segundo, muchos, basándose en los mismos aspectos señalados precedentemente como razón de ser de esta agravante, han manifestado *que afecta a quienes cometen el delito de robo o hurto con un inimputable en razón de su edad.*

La Corte de Apelaciones de Talca, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, año 1992, secc. 4a., pág. 199, discrepando de la opinión del señor Fiscal de ese Tribunal, resolvió que ello era improcedente, por los argumentos que siguen:

1. La actuación de un menor o niño inimputable con un mayor agrava la pena de éste, siempre que se hubiere prevalido de él en la comisión del delito, como lo establece el inciso 2° del artículo 72 del Código Penal, pero no en otros casos no señalados por la ley;
2. Ejecutar estos delitos con personas exentas de responsabilidad criminal como lo son los menores, no es agravante, pues por excepción lo es actuar con dementes, como expresamente lo indica en esta última situación el artículo 456 bis No 5 del Código Punitivo;
3. Es contrario a normas elementales, básicas de Derecho, estimar malhechor a alguien que, jurídicamente, no es apto para perpetrar delitos.
Los menores, por falta de desarrollo mental, no pueden ser considerados sujetos activos idóneos para cometer hechos delictivos, por lo que el Derecho Penal los ha dejado al margen, los ha sacado de su esfera y han sido transportados al campo de la pedagogía correctiva; de ahí que actualmente no se hable de “menores delincuentes”, sino de “menores en situación irregular”, cuya corrección debe buscarse con medidas de carácter educativo, desprovistas de todo sentido penal (Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo I, págs. 244 y 515);
4. Si la peligrosidad, factor que la ciencia penal moderna tiende a dejar de lado, ya fue tenida en vista por el legislador en la fijación de la pena (más alta) de algunos delitos contra la propiedad, como por ejemplo en el robo con fuerza en las cosas llevado a cabo en lugar habitado, pese a lo cual aquél, pasando por alto el principio “non bis in Ídem” que consagra el artículo 63, la volvió a estimar como aspecto de agravación al estatuir la circunstancias modificatoria de responsabilidad en estudio, necesariamente debe concluirse que la interpretación de la norma que la contiene debe ser al máximo restringida;
5. Esta agravante reemplazó la denominada “cuadrilla” y su razón de ser es el mayor peligro para la víctima derivado de las “sociedades” de delincuentes y, cuesta pensar que a esa “cuadrillas” o “sociedades” puedan pertenecer los niños o menores inimputables; menos aún, si en el proceso no se ha dejado constancia de las características físicas de éstos; y
6. Para la doctrina, “malhechores” son los responsables que concurren materialmente a la comisión del delito, y como el menor inimputable no lo es, no puede considerársele tal. Se dice que “malhechor” es quien comete un delito, que dicha expresión es sinónimo de “delincuente” (E. Cury, Revista de Ciencias Penales, enero-abril de 1959, pág. 51) y, como ya se ha consignado, los inimputables, jurídicamente, no son aptos para perpetrar delitos, por lo que tampoco puede

estimarse, legalmente, que sean delincuentes.

Nos parece que los razonamientos de la Corte de Talca son de tal entidad y contundencia, en especial el expresado en el punto 3°, que no admiten discusión.

II. ARTICULO 450.

El artículo 450 del Código Penal dispone, en su inciso 1°, que “Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán *como consumados* desde que se encuentren *en grado de tentativa*” (este inciso fue establecido por la Ley 17.727).

Diversos fallos de la Corte de Apelaciones de Concepción, por ejemplo el dictado en los autos rol 1289-2001, sentencia de 20 de abril de 2001), y principalmente de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel (Ver Gaceta Jurídica No 252, pág. 137), han resuelto que esta disposición no puede aplicarse, por considerar que contiene una presunción de derecho de la responsabilidad penal y por lo tanto sería inconstitucional, haciendo valer, entonces, igualmente, los artículos 51 y 52 del Código Punitivo en la imposición de la pena respectiva.

La Excma. Corte Suprema ha acogido todos los recursos de casación en el fondo deducidos en contra de tales fallos.

El Máximo Tribunal ha dicho que esta norma, ciertamente, constituye una excepción a la rebaja de la punibilidad que se concede para el delito imperfecto en los artículos 51 y siguientes del Código Penal, pero ello no significa que contenga la presunción de derecho antes aludida.

En efecto, ha expresado que esta disposición solo está destinada a dar una regla especial sobre la pena que ha de imponerse al autor en los casos de que los delitos que allí se indican no se perfeccionen, la cual ha de ser en tales situaciones igual a las del hecho consumado. Esta norma, evidentemente, constituye una excepción a la rebaja de la punibilidad que se concede para el delito imperfecto, pero de ahí no puede deducirse que contenga una presunción de derecho.

También se ha sostenido, por quienes afirman que no resulta aplicable la norma en referencia, que esta se encontraría incompleta, al no haberse complementado en la forma que necesariamente y por mandato de la Constitución ha debido hacer el legislador y sería así inconstitucional, porque contraría lo preceptuado en el artículo 19 No 3, inciso final, de la Carta Fundamental, todo esto porque la ley 17.727, que introdujo la disposición en el Código Penal, no habría descrito expresamente como delito o hecho ilícito penal el robo con violencia en grado de frustrado o de tentativa. Sin embargo, la descripción de estos hechos, no consumados, se obtiene con la conjugación del contenido del artículo 7 del Código Punitivo, no existiendo indicio alguno que la ley aludida haya pretendido modificarlo o, mucho menos, derogarlo para sustituirlo por otro, por lo que no se divisa como podría la disposición referida vulnerar el principio de la tipicidad consagrado en el artículo 19 No 3 de la Constitución.

De seguirse la tesis contraria, se arribaría a la conclusión de que los delitos tentados y frustrados de los robos señalados en el artículo 450, no sólo no podrían sancionarse con la misma pena de los consumados sino con ninguna, pues si esos hechos carecieran verdaderamente de tipo tampoco sería posible castigarlo con la pena rebajada del artículo 51 u otra cualquiera.

Pero, lo que es peor aún, si se niega el tipo complementario del artículo 7° la eficacia para describir aquello en que precisamente consisten las conductas tentadas o frustradas, entonces habría que sostener la impunidad de tales grados de desarrollo en cualquier delito, deslizándonos hacia un derecho penal de puros resultados.

Pensamos que la contundencia de las argumentaciones del Máximo Tribunal, hacen imposible seguir la posición minoritaria de algunos fallos de las Cortes de Apelaciones antes señaladas.

