



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGISTER
CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

**“PLURALIDAD DE MALHECHORES E INCREMENTO DEL INJUSTO BAJO
EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM”.**

NOMBRE : ANDRÉS FIRMANI GARRIDO
Profesor Guía : Juan Pablo Mañalich Raffo

**Puerto Montt, Chile
2015**

ÍNDICE

Página

RESUMEN.....	3
CAPÍTULO PRIMERO: LA MERA INTERVENCIÓN PLURAL COMO BASE INSUFICIENTE PARA LA PROCEDENCIA DE LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE PLURALIDAD DE MALHECHORES.....	4
1. CUESTIONES GENERALES.....	4
2. UN POCO DE HISTORIA.....	6
3. EL VERDADERO FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.....	11
4. LA CALIDAD DE AUTOR.....	17
5. EL CASO DE LOS AUTORES DIRECTOS O EJECUTORES, DEL N° 1 DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL.....	19
6. EL CASO DEL N° 3 DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL.....	26
CAPÍTULO SEGUNDO: SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA COMPROBACIÓN DE ALGÚN RESULTADO DE PELIGRO CONCRETO O DE ALGUNA FORMA DE PELIGROSIDAD ABSTRACTA ESPECÍFICA.....	31
7. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	31
8. EL DEBILITAMIENTO DE LA DEFENSA PRIVADA COMO CRITERIO INSUFICIENTE DE EXCLUSIÓN.....	34
9. AUMENTO EFECTIVO DEL INJUSTO PENAL MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PLURAL.	36
CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN DE LA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE MALHECHORES.....	39
10. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN COMO REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA AGRAVANTE.....	39
11. SOBRE EL AUMENTO DEL CONTENIDO DE INJUSTO EN LOS DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN.....	46
12. SUS LIMITACIONES FRENTE A LA CALIDAD DE AUTOR DE QUE SE TRATE.....	47
13. EL PLUS ADICIONAL: REQUISITO NECESARIO PARA CONSIDERAR LA AGRAVANTE.....	49
14. NE BIS IN IDEM VERSUS PLURALIDAD DE MALHECHORES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	50
CONCLUSIONES.....	56
BIBLIOGRAFÍA.....	59

RESUMEN

Nuestra jurisprudencia, para los casos de intervención plural en los delitos de robo con violencia o intimidación, está aplicando mayoritariamente la agravante del art. 456 bis N° 3 del Código Penal, de una manera numérica pero sin mayores precisiones técnicas o dogmáticas que lo justifiquen.

En dicho análisis, la calidad de autor de que se trate –más allá del número- resulta relevante pues debe materializar un efectivo aumento del injusto penal, particularmente en los casos de autoría material o directa, relevando otras formas de participación.

Apartándonos del punto de vista dominante en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, concluimos que la mencionada circunstancia debería ser aplicada en muy pocos casos y, por el contrario, debiera exigirse además un aumento adicional del injusto penal materializado en un efectivo atentado al bien jurídico por la concurrencia plural que respete, por cierto, el *ne bis in idem*.

Palabras claves: pluralidad de malhechores; prohibición de doble valoración; incremento del injusto penal; plus adicional; efectivo atentado al bien jurídico.

“Non era un uomo crudele, é la vita che é crudele, e il diritto esprime tutta la crudeltá della vita”
(Salvatore Satta, Il Giorno del Giudizio, Cap. X)

CAPÍTULO PRIMERO: LA MERA INTERVENCIÓN PLURAL COMO BASE INSUFICIENTE PARA LA PROCEDENCIA DE LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE PLURALIDAD DE MALHECHORES.

1. CUESTIONES GENERALES.

Constituye una preocupante práctica judicial el que actualmente, en relación a la agravación de la penalidad que afectaría a los imputados por los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas en razón de lo dispuesto en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, nuestros jueces estimen de manera mayoritaria que lo relevante a la hora de exasperar la pena sea esencialmente el número de las personas que intervienen en calidad de autores, sean estos del N° 1 (autores directos) o del N° 3 (cómplices penados como autores), ambos del artículo 15 del Código Penal.

Sobre la clase de autoría, y “desde el punto de vista teórico, se aprecia una importante influencia de la llamada doctrina del dominio del hecho a la hora de formular y delimitar las distintas formas de autoría”¹, lo que sin embargo, en principio, no estaría en consonancia con la jurisprudencia, “que en general se limita a afirmar o a desechar la autoría a partir de la letra del art. 15, con bastante prescindencia de cualquier esquema conceptual”².

De la sola lectura del 14 del Código Penal, en relación con los restantes 15, 16 y 17, “se desprende que la Ley chilena acoge un modelo que distingue entre autores, esto es, figuras principales que responden por el hecho como propio, y otros intervinientes que son figuras accesorias y que responden por el hecho del autor, los que doctrinariamente se denominan partícipes”³, aunque, sin embargo, se reconoce dominante la opinión que estima que “nuestro legislador ha extendido en demasía la

¹ Couso, Jaime y Hernández, Héctor (Directores). Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia. 1ª ed., Edit. AbeledoPerrot, Santiago, Chile, año 2011, p. 385.

² Ibid., p. 386.

³ Ibid., p. 367.

calidad de autor, atribuyéndosela a quienes desde ningún punto de vista pueden considerarse tales”⁴.

Como se verá más adelante, nuestra ley señala diversas hipótesis de autoría, y entre éstas, la inducción -que no siendo una forma de autoría, el art. 15 N° 2 del Código Penal la equipara para efectos de penalidad- y ciertas formas de complicidad, que en estricto rigor dogmático no corresponden técnicamente sino que constituyen verdaderos casos de participación equiparados por la ley a los de autoría.

Así, la aplicación aritmética, esto es, la mera constatación de la intervención de más de un autor, sin atender a consideraciones sustantivas, no ha tenido a nuestro juicio, una explicación dogmática satisfactoria en las sentencias, sobre todo en las dictadas a diario por nuestros Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que son los que primeramente pueden sacar mayor rendimiento sobre el punto.

En este sentido, fallos como el siguiente, a modo ejemplar, se dictan a diario: “Para esto se tiene presente que la orientación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia en especial de la Excm. Corte Suprema, ha sido que para que proceda la agravante en referencia sólo se requiere que dos o más personas hayan intervenido materialmente en el ilícito (hurto o robo), aunque no hubieren delinquido con anterioridad, por ser la razón de ser de esta circunstancia el debilitamiento de la defensa que la pluralidad de hechos implica para las víctimas, el aumento del peligro que corren éstas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes amparados en el número”⁵.

En la constatación de esta realidad se puede apreciar que no existe un criterio uniforme que resuelva el punto, y se evidencia peligrosamente la existencia de un margen bastante amplio para la interpretación judicial en esta materia, lo que se contrapone incluso con los principios que inspiran la reforma procesal penal, y particularmente aquellos que se refieren a la forma de apreciar la prueba y las reglas de fundamentación de las sentencias (artículos 295, 297 y 342, todos del Código Procesal Penal).

⁴ Ibid.

⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, 25/09/2004, Rit 24-2004, Cons. 17°.

El problema es relevante puesto que ésta es la circunstancia agravante que tiene más importancia práctica, en razón de su frecuencia y de la aplicación que de ella se hace, generalmente en forma mecánica, por los tribunales⁶, advirtiéndose con ello una exasperación de las penas que va más allá de los merecimientos concretos en sede de culpabilidad.

Fundamentalmente, podemos adelantar que no es la cantidad de los participantes lo que determina el sentido de la agravante, pues no se trata de una cuestión aritmética sino más bien normativa y su alcance debe buscarse considerando en qué hipótesis de acción la intervención de dos o más personas, en los delitos de robo con violencia o intimidación, importan una agravación de su responsabilidad penal, sin perjuicio de agregar al mismo análisis, la calidad en que intervienen (si como autores o cómplices penados como autores) y el significado que se dé a la expresión malhechores.

2. UN POCO DE HISTORIA.

Constituye esta circunstancia de ser dos o más los malhechores, la tercera agravante específica establecida por el legislador -no siendo ajena a otras legislaciones extranjeras que también la contemplan de manera similar- dentro de la regulación del hurto y del robo⁷.

Una interpretación sistemática de nuestro Código Penal nos permite sostener que la ratio legis de la agravación de la pena, no se encuentra en la circunstancia de actuar más de una persona en la ejecución del delito, porque precisamente el sistema del Código es no considerar como una agravación la circunstancia de actuar el autor conjuntamente con otras personas en la ejecución del delito⁸.

⁶ Mera Figueroa, Jorge. Hurto y Robo, Estudio Dogmático y Política Criminal. Cuaderno de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, año 1995, p.156.

⁷ Oliver Calderón, Guillermo. Delitos contra la propiedad. Legalpublishing Thomson Reuters, Santiago, Chile, año 2013, p. 459.

⁸ Mera, J. op. cit., p. 160.

En efecto, las situaciones excepcionales no hacen sino confirmar esta regla por cuanto, en todas ellas, la razón de agravación se relaciona con circunstancias diferentes a la de la mera pluralidad de sujetos,⁹ pudiéndose citar a modo de ejemplo las excepciones contenidas en los artículos 72 del Código Penal, que plantea una hipótesis de prevalimiento; la del artículo 12 N° 11, hipótesis que agrava el injusto en razón de ejecutar el ilícito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, etc.

Las argumentaciones relacionadas, y recogidas por Mera Figueroa en la obra citada, no hacen sino demostrar la irrelevancia de la mera pluralidad de intervinientes, imponiendo que la aplicación de la agravante debe fundarse en algún plus que exceda la sola circunstancia del número (criterio aritmético o simplemente matemático), debiendo acreditarse que en el caso concreto, la multiplicidad de los autores represente o realice en concreto un disvalor, un aumento del injusto penal, que exceda el mero hecho de la apropiación, es decir, un incremento real del ataque o peligro del bien jurídico libertad, integridad física o la vida inclusive.

De igual forma, se debe reconocer que por su naturaleza, la norma debe ser interpretada restrictivamente, añadiendo a dicha consideración el carácter selectivo de la misma, ya que la pluralidad de agentes, solo constituye agravante a priori, en los casos de robos y hurtos, y no en otros ilícitos que lesionan bienes jurídicos, a lo menos, generalmente aceptados como más relevantes, como por ejemplo, la vida y la libertad sexual (de hecho, bajo este análisis resulta incongruente que se agrave la pena a dos o más partícipes de un robo con violencia y no a dos o más autores de violación).

Sobre esta inconsecuencia punitiva, diferencia poco razonable o criteriosa, resultan ilustrativas las palabras de Künsemüller cuando nos advierte que en el campo del Derecho Penal sustantivo debe efectuarse una profunda revisión de la regulación que de los delitos de apoderamiento lucrativo directo, hurto y robo, hace el Código Penal¹⁰,

⁹ Ibid.

¹⁰ Künsemüller, Carlos. Derecho Penal y Política Criminal, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2012, p. 200.

cuestión que incluso siglos atrás ya sonaba como de absurda equivalencia entre una gran suma de dinero y la vida de un hombre¹¹.

Así las cosas, en contra de la interpretación aritmética o numérica que discutimos, se debe consignar el antecedente histórico que plantea el profesor Mera Figueroa¹² cuando sostiene, que en la sesión 38 ordinaria de fecha 11 de agosto de 1953, se indicó: “En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia respecto de la ley 11.625, en relación con este punto, se dice que se ha eliminado del anterior art. 433 (robo calificado) la circunstancia de realizarse el delito en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión del robo, se causare alguna de las lesiones penadas en el N° 1 del art. 397 o el reo fuere retenido bajo rescate o por más de un día; y que la razón de la eliminación ha sido precisamente este art. 456 bis que el proyecto propone crear, en virtud del cual se considera a éstas circunstancias (cometerse el delito en despoblado y en cuadrilla) como agravantes de los delitos de hurto y robo”.

De esta forma, el argumento histórico anotado nos indica que la sola condición numérica de los agentes, no se condice con el antecedente expreso de la disposición, esto es, la idea de cuadrilla, y más aún, de la que actúe en despoblado, que cause lesiones o retenga a la víctima.

Sobre este punto, destacamos que la redacción del primitivo artículo 433 consignaba literalmente “hai cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores”¹³, apreciación numerológica que ya mantenía la Comisión Redactora, en su sesión 92 de 07 de Junio de 1872, al regular el artículo 420 que posteriormente pasaría a constituir el 433 ya referido.¹⁴

¹¹ Beccaria, Cesare. De los Delitos y de las Penas, Librería El Foro, Argentina, año 2004, p. 100.

¹² Mera, J., op. cit., p. 161.

¹³ Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, año 1974, p. 183.

¹⁴ Ibid., p. 419-420.

Como acota Etcheberry, esta circunstancia vino a remplazar lo que nuestra ley denominaba cuadrilla¹⁵, y que en estos delitos se entendía que la había –y, por ende, agravaba la pena- cuando concurrían a un robo más de tres malhechores (esto es, cuatro como mínimo)¹⁶, cuestión que –curiosamente- el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define hasta hoy en similares términos pero agregando que los malhechores concurren armados a la comisión de un delito¹⁷.

Ahora bien, desde un punto de vista lógico, se puede agregar a las anteriores argumentaciones un fundamento práctico para no tolerar la agravación de la pena por la mera consideración numérica, y este es, que ella debería concurrir incluso en aquellos casos o situaciones –que se dan más a menudo de lo que pensamos- en que el número de autores concurrentes es menor al número de víctimas del delito, no dándose en concreto otras circunstancias más allá que importen una superioridad sobre las mismas¹⁸ (no son pocos los casos en que el mayor número de víctimas ha significado un debilitamiento de las posibilidades de defensa pero, irónicamente, de los asaltantes).

Es por ello que hay que examinar si la pluralidad de malhechores contribuye a hacer más fácil la ejecución del delito¹⁹, ya que por mucho que los sujetos activos sean varios, no parece que concorra el fundamento de la agravación si las víctimas también son varias y su número es igual o superior al de aquéllos²⁰, en un caso como este 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)²¹.

¹⁵ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed., Santiago, Chile, año 1998, p. 365.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, T. I, 21ª Ed., Espasa Calpe, Madrid, España, año 1992, p. 604.

¹⁸ Mera, J. op. cit., p. 165.

¹⁹ Oliver Calderón, Guillermo. Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaiso T. XXXIX, Valparaiso, Chile, año 2012, p. 244.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

Es frecuente también, que la mera presencia física de varios sujetos en el robo es lo que produce la intimidación, razón por la cual y sin pasar a llevar el principio *ne bis in idem*, no podría volver a considerarse esa misma circunstancia o factor (la pluralidad o agolpamiento) para agravar la responsabilidad (así se ha resuelto en fallo de Corte de Apelaciones de Valdivia, de 25 de Agosto de 2010, causa Rol N° 573-2009).

Por otro lado, ocurre que la ejecución material de un robo en grupo puede no configurar la agravante en estudio por tratarse de la intervención de adolescentes, a quienes por su naturaleza (la llamada fenomenología de la actuación en grupo o pandilla) no se les podría aplicar. En estos casos, sabido es que 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 es inherente a su actuación, forma parte de su conducta, la que no realizarían en forma individual²². De ocurrir aquello, esto es, que la actuación conjunta en un robo por varios adolescentes obedezca a esta circunstancia casi ontológica de la fenomenología de actuación en grupo o pandilla (sentido de pertenencia al grupo) sería improcedente asumir para los adolescentes la agravante y darle aplicación pues se estaría violentando con ello la prohibición de doble valoración (art. 63 inciso 2° del Código Penal).

Sobre estos –y otros puntos, como se dirá- entonces, insistimos que la jurisprudencia mayoritaria, sin mayores argumentos, viene suponiendo que en el debilitamiento de la defensa la pluralidad de hechos implica para las víctimas un aumento del peligro que corren éstas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes amparados en el número, como una condición *sine qua non*.

²² Carnevali, Raúl y Källman, Eva. 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 línea] Política Criminal, 2007, D1, número 4, p.20 <<http://www.politicacriminal.cl>> [consulta: 25 noviembre 2014].

3. EL VERDADERO FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE.

De lo dicho anteriormente, podemos sostener que de acuerdo a interpretaciones sistemáticas, lógicas, históricas y axiológicas, el fundamento de la agravante no descansa en la mera constatación del número de personas que intervienen en un delito de robo con violencia o intimidación, sino que por el contrario, es menester poder determinar cuál es su verdadero fundamento.

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* (art. 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 (art. 18)²³.

Sin embargo, en el Código Penal de 1874, no se contempló una situación similar, al menos para el hurto, por el sólo hecho de concurrir a su ejecución dos o más personas, sino que sólo se mantuvo la cuadrilla, que siguió consistiendo en la concurrencia de más de tres malhechores, agravante sólo aplicable al robo calificado (del art. 433 N° 3) y al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (art. 440 N° 4)²⁴.

Posteriormente, el profesor Labatut sostuvo como novedad de gran trascendencia la introducción por la ley N° 11.625, del art. 456 bis²⁵ y sus diferentes agravantes aplicables, además de eliminar definitivamente la referencia a la antigua cuadrilla.

Sobre el punto, señalaba que “la agravante del N° 3 del referido artículo reemplaza a la antigua cuadrilla, que tipificó los mismos delitos señalados en el N° 1 y para cuya existencia se requería la presencia de más de tres individuos. Ahora basta con dos. La

²³ Oliver, G., *Delitos contra la propiedad*, op. cit., p. 459.

²⁴ *Ibid.*, p. 459-460.

²⁵ Labatut, Gustavo. *Derecho Penal*, T. II, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 1996, p. 217.

agravante tiene aplicación aunque, al cometerse el delito, actúe por hechos directos sólo uno de ellos.²⁶

Como bien apunta Oliver Calderón, quien se manifiesta por una interpretación restrictiva de la agravante, puede verse aquí otra manifestación de la 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 dos²⁷.

En este orden, continúa Labatut, la agravante sería procedente sólo al malhechor, esto es, a la persona que hubiese cometido delitos con anterioridad²⁸, aunque reconoce que posteriormente la Jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que sólo se requiere pluralidad de ejecutores, sea que éstos hayan o no delinquirido anteriormente²⁹.

Labatut plantea entonces la asimilación del concepto de malhechor a todas las formas de participación contenidas en el artículo 14 del Código Penal, cuestión que profesores como Etcheberry, Politoff o Hernández rechazan categóricamente, por sólo nombrar algunos.

En efecto, el primero señala que cuando el Código Penal hace uso de la expresión “malhechores” no se está refiriendo a cualquier individuo que participa en la comisión de un delito, esto por cuanto que esta calidad (la de malhechor) sólo sería otorgada a aquellos individuos que participaron de manera física e inmediata en la ejecución del hecho³⁰, y no comprende todas las formas de participación contenidas en el artículo 14 del Código Penal, sino sólo a quien concurre como autor o como cómplice³¹.

²⁶ Ibid.

²⁷ Oliver, G., *Delitos contra la propiedad*, op. cit., p. 460.

²⁸ Labatut, G., loc. cit.

²⁹ Labatut, G., loc. cit.

³⁰ Etcheberry, A., loc. cit.

³¹ Etcheberry, A., loc. cit.

Politoff-Matus-Ramírez, a su turno, consideran que esta agravante debe entenderse de esta manera, esto es, bastando la participación física, por cuanto si no fuese así tendrían que agregarse además a los encubridores enunciados en el artículo 17 del Código³², lo cual implica que no habría diferencia alguna entre esta agravante y la contenida en el artículo 12 N° 11 del Código Penal, por ende, es necesaria la participación material del malhechor para ser considerado dentro de la agravante³³.

Sobre este punto, el profesor Mera³⁴ sostiene que la jurisprudencia ha preferido para solucionar este problema basarse en la interpretación gramatical, según la cual, sería malhechor aquella persona que comete el delito, el delincuente o autor y no sería necesario que este haya cometido un delito con anterioridad, bastando simplemente su participación material en el hecho.

Es decir, “malhechor” no equivale a “reincidente”, tal como se ha encargado de refrendarlo nuestra Corte Suprema al señalar que la expresión “malhechores” que contiene el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal no tiene el sentido de reincidente que asume el tribunal de alzada y, como reiterada y uniformemente lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte, sólo se refiere a quien comete delito³⁵.

La misma idea es seguida por el profesor Garrido³⁶ quien considera que para el legislador lo relevante es la circunstancia de que sean dos o más los malhechores y no el hecho que hayan cometido delitos con anterioridad, agregando que los malhechores sólo deben haber participado de manera material.

³² Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Edit. Jurídica de Chile, 2ª Ed., Santiago, Chile, año 2004, p. 396.

³³ Ibid.

³⁴ Mera, J., op. cit., p. 162.

³⁵ Corte Suprema, 27/12/2005, Rol N° 1653-2005, citado en Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, Jean Pierre Matus Director, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2011, p. 511.

³⁶ Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, Chile, año 2005, p. 264.

Como señala Novoa, para hablar de concurso de personas en un delito es necesario que la actuación conjunta constituya una contribución efectiva de un partícipe a la producción de un hecho típico³⁷.

Por último, y sobre la misma idea, el Profesor Bullemore³⁸ estima que para que se configure la agravante en comento sólo es necesario que concurra una pluralidad de malhechores sin importar si estos actuaron como autores o cómplices, pero únicamente se requiere presencia material por cuanto esta basta para provocar una indefensión en la víctima.

Ahora bien, el profesor Etcheberry, nos indica tres posibles razones en que podría encontrarse o fundarse el desvalor que toleraría la agravación punitiva: “el debilitamiento de la defensa privada, el mayor peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes”.³⁹

Sin embargo, sobre los dos primeros fundamentos propuestos, Oliver Calderón se manifiesta en contra al decir que respecto al debilitamiento de la esfera privada ello presupone una suerte de acometimiento previo, que es difícil de concebir en un hurto⁴⁰ (lo que evidencia que se está pensando sólo en un robo, concretamente, en uno con violencia o intimidación en las personas⁴¹).

Sobre el segundo argumento, esto es, el mayor peligro que corren las víctimas, no es tal puesto que 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 patrimoniales⁴².

³⁷ Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, T. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 1966, p. 168.

³⁸ Bullemore, Vivian y Mackinnon, John. Curso de Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, Edit. Lexis Nexis, 2ª ed., Santiago, Chile, año 2007, p. 64.

³⁹ Etcheberry, A., loc. cit.

⁴⁰ Oliver, G., Delitos contra la propiedad, op. cit., p. 462.

⁴¹ Contreras Chaimovich, L. Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto, citado por Oliver, G., en Delitos contra la propiedad, op. cit., p. 463.

⁴² Oliver, G., Delitos contra la propiedad, op. cit., p. 461.

Por ello, según Oliver Calderón, 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 delito⁴³, argumento que coincide con el tercero propuesto por Etcheberry.

Como se dijo, habrá que examinar entonces si la pluralidad de malhechores en el caso concreto, contribuye a hacer más fácil la ejecución del delito, situación que resulta poco probable en casos en que también concurren varias víctimas y su número sea igual o superior al de los sujetos activos; o en casos en que concurren varios sujetos a la comisión del ilícito, sólo uno de ellos realiza el medio comisivo funcionalmente dirigido a la apropiación sin que los otros hagan nada más que pararse y mirar el acontecimiento.

Con todo, ello no quiere decir que ante este escenario se deba operar mecánicamente y, simplemente, contar cuántas personas intervienen en el hecho para suponer la mayor seguridad o facilidad en la ejecución del hurto o robo, a objeto de dar aplicación inmediata a la agravante, situación que, tal como se advierte en innumerables fallos, ello ocurre con bastante frecuencia en la práctica judicial chilena⁴⁴.

Se requiere entonces, que en cada caso sometido al conocimiento de los tribunales, se examine y compruebe la concurrencia o no del fundamento antes mencionado.

A estas razones, se debe agregar la consideración que por tratarse de una agravante especial, pero común para robos y hurtos, el fundamento de la misma debe satisfacer un plus solo en relación a la afectación de la propiedad. Esta última circunstancia, torna inaplicable, el fundamento del mayor peligro que corren las víctimas en los casos de las figuras pluriofensivas que el mismo título recoge, toda vez que dicho aspecto, ya se encuentra recogido en el tipo y por cierto en la pena, descontando desde ya, que dicho fundamento, bajo ninguna circunstancia podría ser aplicado en los delitos de hurto, donde claramente se encontraría por definición ausente.

⁴³ Oliver, G., *Delitos contra la propiedad*, op. cit., p. 463.

⁴⁴ *Ibid.*, ver nota 1298, a pie de página.

Sobre el punto, se ha dicho “Que si bien es cierto, estos debieran ser los presupuestos que determinarían la agravación de la penalidad de base, en el último tiempo se ha venido agregando el criterio sentado por el profesor Cury, que ilustrativamente recoge el fallo de fecha 25 de febrero de 2005 (Corte Suprema), en el que sostiene, apartándose del criterio aritmético, y de la discusión sobre el concepto de malhechores, que el fundamento de la agravante radica en la mayor indefensión que genera para la víctima el hecho de que quienes lo atacan sean varias personas, lo cual disminuye su capacidad de oponerse al despojo.”⁴⁵

Sin embargo, del reconocimiento al aporte de Cury en torno a renunciar a la mera consideración aritmética y desligarse del concepto de malhechores, el argumento se estrella con el obstáculo de que al exigir, como premisa absoluta, la posibilidad cierta o eventual de una reacción de defensa del sujeto pasivo, lo torna inaplicable por ejemplo a los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, figuras en las que fácticamente resulta imposible la oposición o defensa del sujeto pasivo, que se demanda como fundamento agravatorio. Es más, sería incluso impracticable en los casos de robo con violencia o intimidación en que concretamente la víctima no opusiera ninguna resistencia o cuando tampoco corriera peligro alguno –ni siquiera potencialmente- su libertad, integridad física o la vida; o cuando las víctimas se sintieran intimidadas o en riesgo tan sólo por la apariencia física de varios autores, aunque ninguno de ellos en la práctica realizara actos materiales o concretos sobre los bienes jurídicamente protegidos.

Es la dinámica de los hechos acontecidos, y suficientemente probados en el caso concreto sometido a la decisión judicial, la que nos permitirá concluir sin equívoco alguno que el debilitamiento de la defensa privada sobre las especies objeto del delito - en definitiva, apropiadas-, como la mayor seguridad o facilidad con que habrían actuado los agentes no descansa, o mejor dicho, no obedece necesariamente en haber sido dos o tres -o incluso más- los autores del robo, pues en la práctica el despojo se puede determinar –realizar- con la sola asistencia de un individuo de todos los que en verdad concurren (en el fondo, de no haber concurrido todos los autores, sino que tan

⁴⁵ Tribunal Oral en lo Penal Puerto Montt, RIT 13-2011, 19/06/2011, Cons. 20°.

sólo uno de ellos, el ilícito de todas formas se hubiera consumado). Por todo ello, hay que sumar un elemento más de análisis: la calidad de autor.

4. LA CALIDAD DE AUTOR.

Un elemento de análisis importante a la hora de considerar o descartar la posibilidad de incrementar la sanción de los justiciables en estos delitos de robo con violencia o intimidación mediante la agravante del N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal tiene que ver con la forma o calidad de autor según la cual se interviene por los sujetos en el hecho concreto.

La doctrina penal chilena exhibe una gran dispersión de pareceres en cuanto al concepto de autor. La discusión está condicionada, como es natural, por el art. 15 del Código Penal, que, a diferencia de otras regulaciones que se aprecian en el derecho comparado, señala con cierto grado de detalle quienes “se consideran” autores⁴⁶.

Sobre el punto, y siguiendo el esquema conceptual de uso común en la doctrina chilena, se distinguen la autoría inmediata o directa, la autoría mediata y la coautoría. Bajo este marco, el artículo 15 del Código Penal, menciona y describe en nuestro sistema jurídico los casos o hipótesis de autoría distinguiendo, entre ellos, a los autores ejecutores (dos hipótesis: materiales o directos y a los que toman parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite) del N° 1; a los autores mediatos (los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutar el hecho) del N° 2; y a los coautores (los que, concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que se lleva a cabo o lo presencian sin tomar parte en él) del N° 3.

Para el estudio que nos ocupa, los casos de autoría más comunes en la práctica, y en que precisamente se hace necesario examinar la procedencia o no de la agravante para los delitos de robo con violencia o intimidación, son los del N° 1 y N° 3 ya aludidos; más discutible, por no decir excepcional, es el caso del N° 2.

⁴⁶ Couso, J. y Hernández, H., op. cit., p. 384.

En efecto, y reconociendo lo controversial del punto –que no sería una auténtica forma de autoría, sino que solamente se la equipara para efectos de penalidad– sostenemos que la autoría mediata, en los términos en que se considera en el N° 2 del artículo 15 del Código Penal, descartaría la posibilidad de aplicación de la agravante en estudio puesto que ella, por su naturaleza jurídica, esto es, por tratarse de dos acciones complementarias que necesariamente se requieren para la existencia misma del delito (esto es, la del autor mediato y la del autor inmediato, que materialmente realiza el hecho) ya contiene en su estructura la reunión de voluntades (o sea, de más de una persona), por lo que sería imposible a la luz de lo prescrito por el inciso 2° del artículo 63 del Código Penal (la reunión de voluntades es inherente a este tipo de autoría) volver sobre lo mismo, esto es, considerar nuevamente esa reunión de voluntades y acciones para ahora configurar a su respecto la agravante de dos o más malhechores, exasperando con ello la pena de los autores.

En efecto, y tal como señalaba el Prof. Yáñez, en este número 2° del art. 15, encontramos por primera vez, una situación que no es de autoría, sino de participación. Se trata del caso del inductor o instigador, que de acuerdo a la opinión dominante, es un partícipe y no un autor⁴⁷, pero cuya inclusión se justifica porque en derecho comparado, en la mayoría de las legislaciones, se aplicaría a este partícipe la misma pena que al autor⁴⁸.

Sin embargo, no resulta autoevidente que quien no es ontológicamente autor, además del trato o consideración penológica de éste –que viene dado por la ley–, deba asumir y soportar también una elevación de su castigo concreto más allá de su verdadera posición, vía circunstancias modificantes que naturalmente no le corresponden en una dinámica de robo con violencia o intimidación.

Por lo tanto, y por ejemplo, no podría aplicarse la agravante si de los dos sujetos que participan, uno es inductor y el otro, autor directo. Tampoco, si se trata de un autor

⁴⁷ Yáñez Pérez, Sergio. Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno, Revista de Ciencias Penales, tercera época, enero-junio N° 1, T. XXX, año 1975, p. 62.

⁴⁸ Ibid.

mediato y de una persona utilizada por éste como instrumento⁴⁹. La exclusión de las hipótesis de autoría mediata (en cualquiera de sus formas) viene dada entonces por la configuración fáctica y jurídica de la misma.

Dicho lo anterior, debemos partir afirmando entonces que no procede, o constituye un criterio preliminar de exclusión de la agravante en estudio el que se trate sólo de las hipótesis de autoría de los numerales 1 y 3, ambos del artículo 15 del Código Penal.

Ahora bien, respecto a la hipótesis de autoría concertada, del artículo 15 N° 3 del Código Penal, existe incluso una improcedencia fundada en el principio *ne bis in ídem* (con base positiva en nuestro ordenamiento jurídico en el ya mencionado artículo 63 del Código Penal), sin importar *ex ante* el número de autores ya que precisamente es la reunión previamente concertada de estas voluntades la que sirve de base o fundamento al tipo de autoría que precisamente el numeral recoge en la conminación legal abstracta, por lo que volver sobre lo mismo, esto es, reconsiderar la reunión de voluntades cofundantes del concierto necesario a esta clase de autoría significa infringir patentemente la prohibición de doble valoración o *ne bis in ídem* en su vertiente sustantiva.

Por ello, el escenario de aplicabilidad de la agravante se restringe tan sólo a la hipótesis del N° 1, y aún ésta con las limitaciones que se dirán.

5. EL CASO DE LOS AUTORES DIRECTOS O EJECUTORES, DEL N° 1 DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL.

Desde el punto de vista teórico se aprecia una importante influencia de la llamada doctrina del dominio del hecho a la hora de formular y delimitar las distintas formas de autoría⁵⁰.

⁴⁹ Oliver, G., Aspectos penales y procesales, op. cit. p. 245-246.

⁵⁰ Couso, J. y Hernández, H., op. cit., p. 385.

Al menos respecto de la autoría individual, la opinión ampliamente dominante entiende que la tipicidad de la autoría inmediata se desprende directamente de cada tipo penal, sin necesidad de “pasar” por el art. 15, porque evidentemente el que realiza el tipo sería castigado por el mismo aunque no existiera este artículo⁵¹, por lo que todas las hipótesis del art. 15 implican una pluralidad de sujetos, incluso la del N° 1, que se refiere a los que “toman parte” en el hecho⁵².

Ahora bien, si como afirma Etcheberry⁵³, la teoría de la participación criminal está construida sobre el concepto de autor, entonces la responsabilidad de los demás partícipes, cualquiera que sea su denominación legal, se determina por la asociación con el autor o su cooperación con él.

La Comisión Redactora del Código penal chileno estableció dos situaciones diversas para los que toman parte en la ejecución del hecho, ya sea de una manera inmediata y directa, o ya sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

Así, el artículo 15, en su primer numeral, presenta dos variantes o hipótesis de conducta: en primer término, la del autor inmediato, esto es, el que realiza directamente (de propia mano) todos y cada uno de los presupuestos del tipo penal, siéndole objetiva y subjetivamente imputable el hecho punible⁵⁴, pudiendo actuar en solitario (autor individual) o también favorecido por el aporte de otro sin que exista concierto previo (autor accesorio)⁵⁵. Primera situación que no resulta conflictiva, y que ha sido entendida generalmente, conforme a la concepción objetivo-formal, como realización en todo o en parte de los elementos de la descripción típica⁵⁶.

No pocos ven en este numeral, incluso tratándose de las dos vertientes, verdaderos casos de coautoría. Así, algunos autores entienden que el N° 1 del art. 15 del Código

⁵¹ Ibid., p. 388.

⁵² Ibid.

⁵³ Etcheberry, A., op. cit., T. II, p. 85.

⁵⁴ Couso, J. y Hernández, H., op. cit., p. 387.

⁵⁵ Ibid., p. 388.

⁵⁶ Yáñez, S., op. cit., p. 52.

Penal también constituye un caso de coautoría, referido a los que “toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, y aunque este precepto no exige acuerdo de voluntades, estos autores entienden que se trata de una exigencia implícita, en tanto que para conciliar la suficiencia de cualquier aporte funcional con la exigencia legal de participación “en la ejecución del hecho” en las dos formas específicamente señaladas en el precepto, interpretan éstas en términos amplios, no coincidentes con la ejecución del “hecho típico”⁵⁷.

Como sea, y retomando, esta clase de autoría supone la íntegra realización del tipo penal, de forma tal que, cuando el sujeto no logra esa realización íntegra, sólo responde por el hecho efectivamente cometido, a menos que se den los requisitos de la coautoría, único caso en que la consumación del delito por parte de un coautor se le puede imputar como hecho propio⁵⁸.

Así, 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 idem⁵⁹. 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. Empero, no son pocos los casos en que la judicatura ha hecho aplicación del N° 1 del art. 15 a casos en que el sujeto ha realizado sólo parcialmente el tipo penal de robo con violencia desentendiéndose de las exigencias o de la comprobación de requisitos de la coautoría.

⁵⁷ Ibid., p. 399-400.

⁵⁸ Ibid., p. 388.

⁵⁹ Oliver, G., loc. cit.

Como señalan Politoff, Ortíz y Matus, autor ejecutor es el que realiza materialmente, en todo o en parte, la conducta descrita por el tipo, y por tanto puede presumirse a su respecto que tiene el dominio del hecho ejecutado⁶⁰.

De esta forma, en un escenario en que intervienen dos o más personas bajo el marco del N° 1 del art. 15, habrá que atender a la forma específica de la realización del tipo penal en cuestión, a saber, si el autor de que se trate realizó de propia mano y totalmente el tipo de robo con violencia, o si de lo contrario, sólo parcialmente, sin haberse concertado previamente con el coautor. Es por ello que, razonablemente, la jurisprudencia suele exigir la presencia de los varios intervinientes durante la ejecución material del hecho (CS, 26-07-2004, Rol N° 2582-2004; CA Valparaíso, 05-07-2005, Rol N° 10288-2005)⁶¹.

La segunda variante o hipótesis de autoría ejecutiva o directa del N° 1 del art. 15, es la del que toma parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite. Como advertía el Prof. Yáñez, el verdadero problema se plantea en relación a esta vertiente, que fuera introducido por la Comisión Redactora, y que ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia en una forma muy amplia, sin límites⁶².

Así, suelen incluirse en tal vertiente, a todos los que intervienen para alejar a aquellas personas que podrían intervenir y ayudar a evitar el delito, ya sea la policía, los parientes, o, en general, a los que sin ejecutar el hecho por sí mismos, se ocupan de alejar los obstáculos que podrían impedir el realizarlo a los autores ejecutores directos o a los que permiten, con su conducta, que otros puedan ejecutarlo con seguridad⁶³, y desde luego, todos los autores incluyen, asimismo, la situación del “que queda apostado a alguna distancia del lugar con el encargo de avisar a los

⁶⁰ Politoff, Sergio y Ortíz, Luis, Coord. Matus, Jean Pierre. Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago, Chile, año 2002, p. 237.

⁶¹ Oliver, G., Aspectos penales y procesales, op. cit., p. 245, ver nota N° 34, a pie de página.

⁶² Yáñez, S., loc. cit.

⁶³ Ibid.

delincuentes la posible llegada de la policía o de personas que puedan oponerse a la perpetración del hecho”⁶⁴, personaje más conocido como “el loro”.

Sobre la exigencia de concierto previo en esta vertiente, hay controversia. Según Yáñez, en este precepto no se exige ningún acuerdo o concierto previo respecto a los autores principales⁶⁵. Etcheberry cambió su postura original (que no exigía concierto previo del autor inmediato con este autor accesorio) para posteriormente sí hacerlo exigible⁶⁶; igual criterio siguen Couso y Hernández⁶⁷.

En rigor, tratándose de un robo con violencia o intimidación, y a la luz de las señaladas dos hipótesis del N° 1, no todos los llamados autores directos realizan las acciones violentas e intimidatorias, -amenazas y/o golpes- pues otros perfectamente pueden realizar labores meramente apropiatorias, y desde este punto de vista, se podría sostener que algunos de ellos realizaron sólo un delito de amenazas en concurso con un delito de lesiones leves, mientras que otros sólo un delito de hurto. Sin embargo, desde la teoría general de la participación penal, ello aparece a estas alturas como insostenible.

Para decidir el punto, será necesario establecer en el caso concreto cuál fue la conducta efectivamente desplegada por los agentes, esto es, cuál de las dos hipótesis de autoría directa que contempla el primer numeral en comento fue la desarrollada: si tomaron parte en la ejecución del hecho vía amenaza, golpe, apropiación, etc., o de lo contrario, si sólo se limitó su intervención a impedir o procurar impedir que el hecho se evitara.

Así, en la primera vertiente analizada, lo que permite atribuirles participación en calidad de autores de un delito de robo con violencia o intimidación, es que las acciones realizadas indistintamente por unos u otros, son comunicadas a los otros

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., p. 53.

⁶⁶ Etcheberry, A., op. cit., T. II, p. 90.

⁶⁷ Couso, J. y Hernández, H., loc. cit.

partícipes a través del llamado principio de imputación recíproca (principio de convergencia).

Es esta convergencia, esta imputación recíproca, la que permite que todos resulten autores de acuerdo a la primera parte del N° 1 del artículo 15 del Código Penal. Así lo ha sostenido, a nuestro juicio de manera muy discutible, la Corte Suprema, en fallo de 19 de Agosto de 2009, al decir que “se colige que el fundamento estimado...para darla por justificada (la agravante de ser dos o más los malhechores), dice relación con el obrar conjunto de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito, destinado a facilitar la apropiación de las especies muebles ajenas, ocasionando un mayor peligro para las víctimas y la disminución evidente de sus posibilidades de defensa, lo que evidentemente debe ser reprochado más severamente por el juzgador, atendido la forma coordinada y en un proceso de unión de fines, que los acusados perpetraron el injusto materia de la imputación.”⁶⁸

En buenas cuentas, para la Corte, el número superior de agentes (la concurrencia plural de autores directos, en los términos del 15 N° 1 primera parte) es el que determina en rigor que la figura pluriofensiva se concrete, pues cada uno aportó desde sus actos a la realización del tipo, esto es, coacción y apropiación.

Sin la contribución de cada uno de ellos, que cada uno de ellos proporciona, los hechos o no se verifican, o determinan la configuración de delitos distintos respecto de cada uno de los agentes (o simples hurtos, o amenazas, o lesiones).

Empero, y pese a ello, en esta hipótesis de conducta el tribunal del caso debería analizar y ponderar si efectivamente esta intervención plural generó en la víctima, más concretamente en el bien jurídico protegido, un aumento o daño adicional al que ya viene contenido en el tipo penal mismo (en la conminación legal abstracta), esto es, si a raíz de esta actuación conjunta se derivó en efecto un mayor peligro concreto en los bienes o las personas.

⁶⁸ Corte Suprema, 19/08/2009, Rol N° 2.936-2009.

A nuestro juicio, sólo así cabe entender la eventual aplicación de la agravante y la elevación de la pena mediante esta primera vertiente.

En la segunda vertiente, esto es, de aquel que interviene en la ejecución impidiendo o procurando impedir que se evite el hecho, ya parece más discutible el poder aplicar la agravante en estudio dado que en estos casos ni siquiera estamos en presencia de actos ejecutivos en la mayor cantidad de ocasiones, y en otras, la pasividad incluso puede no aumentar ni un centímetro el peligro o indefensión de la o las víctimas (ya hemos expuesto el caso de aquellos que sólo se limitan con su presencia física a observar el suceso que está desarrollando el autor material, sin intervenir ni hacer nada por impedir que se consume).

En efecto, si tomar parte en la ejecución del hecho sólo puede significar realizar actos ejecutivos⁶⁹, entonces la expresión “ejecución del hecho” debe ser interpretada en sentido técnico, en el mismo sentido empleado para separar la tentativa y la frustración (punibles) de los actos preparativos (impunes)⁷⁰, por ende, desde el momento que tenemos claro que el tomar parte en la ejecución del hecho significa realizar actos ejecutivos, y que esta exigencia se refiere también a los que impiden o procuran impedir que se evite, se nos hace evidente que muchas de las situaciones que la doctrina y la jurisprudencia consideran abarcadas por esta disposición, no pueden ser subsumidas en ella y son sólo actuaciones de complicidad⁷¹.

Así, del ejemplo del “loro”, que no realiza acciones típicas, ni acciones conectadas directa e inmediatamente con la acción típica⁷², y, a pesar de que procura impedir que el delito se evite, su hipótesis no es abarcada por el art. 15 N° 1, ya que no toma parte en la ejecución del hecho, y su intervención es de mera complicidad⁷³.

⁶⁹ Yáñez, S., op. cit., p. 54.

⁷⁰ Gimbernat Ordeig, Autor y cómplice en derecho penal, Madrid, 1966, citado por Yáñez, S., op. cit., p. 54-55.

⁷¹ Ibid., p. 55.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

Sólo cabría la posibilidad de la agravante en este evento, para el caso de que al impedir que el hecho se evite (mediante actos ejecutivos) ello redundara -in concreto- en la efectiva y mayor afectación del bien jurídico protegido, en este caso, la propiedad o la integridad corporal o seguridad personal (puesto que la mera apariencia física en el suceso no basta).

Por ende, y sólo en el caso de quien usa la violencia o intimidación con una persona, para que otro se apropie de sus pertenencias, impidiendo o procurando impedir que el delito se evite, podríamos predicar a su respecto la aplicación de la agravante en estudio bajo el amparo de este numeral 1 del art. 15 ya comentado.

6. EL CASO DEL N° 3 DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL.

Esta hipótesis contempla una categoría de personas, que la gran mayoría de autores denomina autores-cómplices o autores-cooperadores, estimando que revisten indudablemente la calidad de cómplices y que sólo han sido asimilados a los autores por el legislador chileno⁷⁴, lo que nuestra doctrina nacional interpreta adecuadamente puesto que efectivamente las situaciones que señala este número son de complicidad y no de autoría⁷⁵.

La opinión contraria, sin embargo, es de Yáñez, quien sostiene que este es un verdadero caso de autoría cuyo núcleo central o esencial está constituido por el concierto previo, que es lo que imprime el carácter particular a esta forma de autoría, ya que une las diversas acciones parciales de un todo⁷⁶; por ende, se trata de coautores que ejecutan conjuntamente un hecho, y en donde cobra especial relevancia el concepto de dominio del hecho, que en este caso, tratándose de varias personas, se denomina “dominio funcional del hecho” pues es común a diversas personas y cada uno lo tiene en sus manos, a través de su función específica en la realización del hecho total⁷⁷.

⁷⁴ Ibid., p. 58-59.

⁷⁵ Ibid., p. 59.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Roxin, C., Sobre la autoría y participación, citado por Yáñez, S., op. cit., p. 59-60.

Por lo pronto, y en lo que apunta a nuestro trabajo, diremos que son coautores, quienes ejecutan conjuntamente el delito. Decidir cuando estamos en presencia de ello, es una cuestión debatida en nuestro medio. Como señalan Cury, Yáñez, Garrido, Politoff/Matus/Ramírez, existen sin embargo dos requisitos exigibles a esta clase de autoría, a saber, un acuerdo de voluntades y un aporte funcional al hecho⁷⁸.

Como se dijo, cierto sector de la doctrina nacional estima que esta coautoría también se encontraría regulada en el N° 1 del art. 15, y asimismo entenderían que el N° 3, referido a los “que, concertados para su ejecución (la del hecho), facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”, a pesar de la exigencia expresa de concierto, en la medida en que las formas de intervención mencionadas de modo expreso no necesariamente constituirán aportes funcionales, recoge en rigor hipótesis de complicidad equiparadas penológicamente a la autoría por meras razones de conveniencia político-criminal⁷⁹.

Es en este numeral en donde podemos sostener que es improcedente la aplicación de la agravante del 456 bis N° 3 por infracción al principio universal del ne bis in ídem. Se consideran autores, en este caso, a los que concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que se lleva a cabo, o lo presencian sin tomar parte en él.

El concierto previo al que alude este numeral implica un acuerdo expreso de voluntades, que va más allá de la mera convergencia del dolo⁸⁰, por lo que la falta de este acuerdo deriva la figura a complicidad simple del art. 16⁸¹.

En efecto, los concertados para la ejecución del hecho, robo con violencia o intimidación, que facilitan los medios con que se lleva a efecto el mismo o lo presencian sin tomar parte inmediata en él ya están reunidos en torno a una unidad de propósito,

⁷⁸ Couso, J. y Hernández, H., op. cit., p. 399.

⁷⁹ Ibid., p. 400.

⁸⁰ Politoff, S. y Ortíz, L., Coord. Matus, op. cit., p. 246.

⁸¹ Ibid.

de resolución para concretarlo y de plan para realizarlo (dolo común), circunstancia que la norma jurídica, el tipo penal en cuestión ya ha considerado en la conminación legal abstracta.

Es el concierto previo (de voluntades), el ánimo común, la reunión de varias personas en torno al plan, con la debida distribución de funciones y actos, lo que lleva a sostener que es improcedente volver a valorar esa reunión o común unión para de esa forma elevar la pena vía agravante de pluralidad de malhechores.

Más aún, y examinando el numeral 3 del artículo 15, “a las personas que concertadas para la ejecución del delito, lo presencian sin tomar parte inmediata en él – y que el Código considera autores-, no podría aplicárseles la agravante de ser dos o más los malhechores”⁸², pues “hacerlo significaría violar el principio del non bis in ídem, por cuanto se estaría considerando dos veces la presencia del sujeto en el lugar del hecho. La primera, para convertirlo en un autor y castigarlo como tal; la segunda, para agravar su responsabilidad, por ser dos o más malhechores”⁸³.

Esto, como indica Zaffaroni, es una cuestión de lógica jurídica y expresión del ne bis in ídem, principio según el cual cuando una circunstancia está contemplada en el tipo legal no debe ser tomada en cuenta para la cuantificación de la pena, lo que se conoce doctrinariamente como prohibición de doble desvaloración⁸⁴, regla elemental que impide que una circunstancia (como la *pluralidad* en el concierto, a que alude el N° 3 del art. 15 del Código Penal), cuando forma parte de la descripción típica en su determinación básica o cualificada, pueda ser considerada entre los criterios que agraven la pena, pues ya integra el desvalor del injusto que se reprocha⁸⁵.

Volver sobre lo mismo, esto es, revalorar la circunstancia del concierto o de reunión de personas en la comisión de un robo con violencia o intimidación es improcedente

⁸² Mera, J., op. cit., p. 157.

⁸³ Ibid., p. 157-158.

⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, 2ª reimpression de la 2ª edición, Bs. Aires, Argentina, Ediar, año 2011, p. 1046.

⁸⁵ Ibid.

toda vez que lo prohíbe el artículo 63 del Código Penal, “principal fuente positiva de la llamada prohibición de doble valoración, que es un corolario del principio non bis in ídem”⁸⁶. Y para lo que nos interesa en nuestro estudio, a la hora de la determinación judicial de la pena, la “prohibición de doble valoración implica en su forma más simple que en principio no es posible utilizar en la medición judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar una conducta, ni aquellos que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza: en ambos casos, se trata de situaciones ya valoradas por el legislador, y esa valoración se ha traducido en un cierto marco punitivo”⁸⁷.

De otro lado, y a pesar de que algunas formas de complicidad aparecen recogidas en el artículo 15 del Código Penal, de modo tal que ello signifique o trasunte una intervención en el hecho que facilite su ejecución, no es menos cierto que en tal caso, agravar la responsabilidad por esta circunstancia, importaría infringir la mencionada prohibición de doble valoración. En efecto, pues 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 penal⁸⁸.

Es por todas estas consideraciones que, en un primer nivel de análisis, se diga que la agravante en estudio sólo puede ser aplicada en estos delitos, 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 vulnere el principio non bis in ídem⁸⁹.

Es por ello que resulta relevante establecer un criterio de exclusión de la agravante, que respetando la teoría general de la participación, no pase por la infracción de la

⁸⁶ Politoff, S. y Ortíz, L., Coord. Matus, op. cit., p. 350.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Oliver, G., Aspectos penales y procesales, op. cit., p. 246, ver nota N° 36, a pie de página.

⁸⁹ Ibid.

prohibición de doble valoración y exija mucho más que la mera presencia de dos o más personas, que atienda como criterio orientador o limitador a exigir un incremento adicional –un plus- del atentado lesivo sobre el bien jurídico protegido, o un concreto riesgo o peligro del mismo.

Como bien lo había señalado Mera, entonces, “Es preciso que esa presencia represente un plus en relación con la afectación de la propiedad.”⁹⁰

⁹⁰ Mera, J., loc. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO: SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA COMPROBACIÓN DE ALGÚN RESULTADO DE PELIGRO CONCRETO O DE ALGUNA FORMA DE PELIGROSIDAD ABSTRACTA ESPECÍFICA.

7. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Como acertadamente señala Roxin, el bien jurídico debe distinguirse del concreto objeto de la acción, aunque a veces parecen coincidir⁹¹; y por tanto, bien jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque, y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción⁹².

Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica⁹³, y se determina entonces de modo positivista abarcando “todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta”⁹⁴, aunque tampoco –y solamente- hay que atenerse para la determinación del valor a los “ojos de la ley”⁹⁵.

Más bien, la bondad del bien jurídico debe ser ya un “interés vital” antes de su reconocimiento jurídico⁹⁶. Como señalaba von Liszt, “no es el reconocimiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien jurídico”⁹⁷.

En cierto sentido, se trata de una relación (comprendida en el interés, valorable positivamente) entre una persona y una situación, que permite la posibilidad de que ella

⁹¹ Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I, Edit. Thomson Civitas, 2ª ed., España, 2008, p. 62-63.

⁹² Ibid.

⁹³ Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, 2ª ed., España, 1997, p. 50.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Jakobs, G., op. cit., p. 51.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ V. Liszt, Strafrecht, citado por Jakobs, G., op. cit., p. 51.

realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico⁹⁸.

Sea como sea, y pese a las diversas opiniones doctrinales, la misión del Derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida por la doctrina moderna⁹⁹, aunque debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros¹⁰⁰, contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal¹⁰¹.

Ahora bien, sabido es que en doctrina y jurisprudencia chilena, en general en los ilícitos contenidos en el Título IX del Código Penal, el bien jurídico protegido es la propiedad, y que en materia penal, debe entenderse comprensiva de aquellas “relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema, existente entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas facultades sobre la cosa, susceptible de apreciación económica”¹⁰²; o como dice Jakobs en su ejemplo: bien jurídico de los delitos contra la propiedad no es la cosa sobre la que recae la propiedad, sino la relación de posibilidad de utilización entre propietario y cosa¹⁰³, sin perjuicio de lo cual, subyace (y es su única justificación) en la mayor penalidad que se asigna a esta clase de delitos, la idea de peligro potencial a la integridad y seguridad de las personas¹⁰⁴.

Sin embargo, dado que la pena es la ultima ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos¹⁰⁵, esto es, que en la medida que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésta no

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Roxin, C., op. cit., p. 70, con cita de varios autores a pie de página N° 43.

¹⁰⁰ Roxin, C., op. cit., p. 71.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Garrido, M., op. cit., T. IV, p. 141.

¹⁰³ Jakobs, G., op. cit., p. 51-52.

¹⁰⁴ Politoff, Matus, Ramírez, op. cit., p. 333.

¹⁰⁵ Roxin, C., op. cit., p. 65.

siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas¹⁰⁶, la sanción del agente a título de malhechor, en los términos que describe el 456 bis N° 3 del Código Penal, sólo es posible cuando se respeta este principio de fragmentariedad.

Ahora bien, la figura básica del robo con violencia o intimidación en las personas se sanciona en nuestro medio en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal mediante una fórmula residual o de exclusión (“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes,...”) ¹⁰⁷, señalando los medios comisivos (“...con violencia o intimidación...”) pero de manera imprecisa el bien jurídico protegido (sólo se limita a señalar “...en las personas...”).

En efecto, y como refiere Muñoz Conde “En esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos”¹⁰⁸, de tal forma que el ataque a la propiedad, mediante la realización de un robo con violencia o intimidación también puede afectar “...bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida”¹⁰⁹.

Ese ataque, dirigido por la naturaleza misma de la figura típica, a más de un bien jurídico protegido es lo que determina su naturaleza de delito pluriofensivo, cuestión relevante a la hora de determinar que procede o no procede una agravación de la pena por la mera presencia en dicho ataque por dos o más personas.

Por ello, será relevante establecer en cada caso concreto cuál de todos los bienes jurídicos en juego sufrió de manera real –“material” si se quiere- un ataque de parte de tal o cual agente o partícipe. No da lo mismo en concreto haberse comportado de manera pasiva (sujeto que sólo produce agolpamiento) que de manera activa en

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Art. 436 del Código Penal: Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera sea el valor de las especies sustraídas.

¹⁰⁸ Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Parte Especial, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2002, p. 386.

¹⁰⁹ Ibid.

procura de hacerse de las cosas ajenas (sujeto que intimida o violenta, en los términos incluso normativos del art. 439 del Código Penal). Es evidente que esta apreciación, que no se realiza ex ante, sino que necesariamente ex post, influye en la apreciación del efectivo ataque al bien jurídico in concreto de parte del autor.

8. EL DEBILITAMIENTO DE LA DEFENSA PRIVADA COMO CRITERIO INSUFICIENTE DE EXCLUSIÓN.

En el capítulo anterior, referimos que nuestra doctrina y jurisprudencia han oscilado entre dos criterios principales para fundar la ratio legis de la agravante de ser dos o más los malhechores.

A nuestro juicio, la mera regla aritmética con base en la antigua cuadrilla hoy por hoy es insostenible jurídicamente por razones de proporcionalidad y razonabilidad mínima en un sistema penal democrático respetuoso de las garantías y derechos de las personas (derecho penal del hecho y no de autor).

Volviendo a la agravante, y como se dijo, la vertiente más de fondo encuentra su fundamento –la razón de ser, en los términos de Etcheberry- en 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 número¹¹⁰, todos estos factores se dan cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito.¹¹¹

Sin embargo, a nuestro juicio, esta regla –de todas formas más seductora jurídicamente que la aritmética- es insuficiente para fundar la exclusión de la agravante en estudio porque atiende más al peligro subjetivo de la víctima, a su creencia o sensación de riesgo interno (“me asustó su apariencia y me sentí intimidado”), más que a la real o efectiva puesta en peligro –concreto- de los bienes jurídicos en juego.

¹¹⁰ Etcheberry, A., Op. Cit., T. III, p. 365.

¹¹¹ Ibid.

Al ocurrir esto, la regla vuelve a convertirse en una apreciación matemática, pero esta vez mediante la subjetiva apreciación del juez quien se pone en el lugar de la víctima (un criterio matemático disfrazado).

Nuestra Corte Suprema, ha dicho que esta situación [que dos o más malhechores actúen conjuntamente] contribuye a acrecentar la sensación de desprotección y desventaja de la víctima ante el ataque sufrido¹¹², lo que a nuestro juicio confirma el hecho que lo que subyace judicialmente no es un análisis objetivo sino que muy subjetivo sobre el asunto, al punto de convertirse en una verdadera presunción de responsabilidad por el sólo hecho de andar en conjunto.

En efecto, el fallo aludido, si se lee seriamente, está suponiendo por el mero hecho de la conjunción de personas que habrá debilitamiento de la defensa privada, un aumento de peligro en las víctimas y mayores seguridades para actuar en los victimarios, lo que evidentemente no puede presumirse o establecerse sin más por una sensación subjetiva o personal sin antes establecerse de manera fehaciente si en los hechos, de manera concreta y real, se produjeron o se aumentaron efectivamente dichas circunstancias, esto es, si en concreto se golpeó y se lesionó –de mayor forma mediante el actuar en grupo- a las víctimas; o si efectivamente se aumentó el miedo o sensación objetiva de indefensión a las víctimas por las amenazas de los autores –serias y graves en todo caso- contra su integridad; o, por fin, si esa reunión de atacantes concretó materialmente un aumento en el daño o perjuicio sufrido en la propiedad o bienes de las víctimas.

Por ello, es necesario avanzar a criterios más objetivos, con estándares de relevancia material y no meramente formal, agregando nuevos criterios orientadores que respalden el abandono de criterios subjetivos, que no hacen sino crear verdaderas presunciones de responsabilidad.

¹¹² Corte Suprema, 28/10/2010, Rol 6907-2010, LegalPublishing: 46892, citado en Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, AbeledoPerrot, legal Publishing, Chile, 2011, p. 510.

9. AUMENTO EFECTIVO DEL INJUSTO PENAL MEDIANTE LA INTERVENCIÓN PLURAL.

Como señala Mañalich Raffo, en principio, la estructura del injusto del delito de robo con violencia o intimidación en las personas 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 intimidación¹¹³. 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)¹¹⁴.

De esta forma, como acertadamente afirma Bascuñán Rodríguez, la actual posición del robo es, pues, la de un crimen de coacción¹¹⁵, es decir, el robo es coacción grave por ser una coacción de medios comisivos calificados. No cualquier violencia o amenaza coercitiva realiza el tipo del robo, sino sólo aquella que es portadora de un disvalor especialmente grave¹¹⁶.

De esta forma, si consideramos que tratándose de una estructura compleja integrada por lo injusto del hurto y lo injusto de la coacción, la gravedad de un medio comisivo debe determinarse atendiendo a aquella parte de lo injusto con la cual dicho medio se encuentra funcionalmente relacionado¹¹⁷, es evidente que la relación existente entre violencia o intimidación y apropiación no es subjetiva sino funcional¹¹⁸.

Por ende, un segundo criterio de exclusión (por ende, limitador del Jus puniendi estatal) en relación a la agravación mecánica por la mera intervención conjunta de más de un sujeto vendría de la mano con hacerse cargo de esta relación funcional entre la

¹¹³ Mañalich, Juan Pablo. El "hurto-robo" frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, año 2006, p. 65.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Bascuñán Rodríguez, Antonio. El robo como coacción. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, año 2002, p. 103.

¹¹⁶ Ibid., p. 104.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid., p. 86.

conducta estrictamente desplegada por cada interviniente en relación con el injusto del hurto y del injusto de la coacción, atendiendo por cierto a la efectiva realización de actos típicos o no por cada autor (violencia, intimidación, apropiación, etc.).

Sin perjuicio de ello, tradicionalmente se ha entendido una relación subjetiva, en la cual es preciso que la multiplicidad de sujetos en el robo aumente el peligro o el daño concreto en la víctima y en su propiedad, precisamente por base en la acción desarrollada en conjunto, esto es, materialmente los autores deben actuar, deben golpear o intimidar como obra conjunta, esto es, como autores y no como cómplices elevados a esa categoría (por ello la exclusión de los mal llamados autores cómplices del 15 N° 3).

Ahora bien, como se dijo en el capítulo anterior, es relevante en nuestro estudio la calidad de autor, distinción material y no meramente formal, y el criterio orientador en tal sentido pasa precisamente por evaluar la intervención del autor en los términos de la autoría material y no formal, esto es, de quien produjo efectivamente con su obra un cambio o un resultado que efectivamente concretó o realizó un plus de riesgo o de daño adicional en los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal y que sin esa conducta extra no se habría aumentado.

La comprobación efectiva del aumento o plus de injusto, será en este caso un tercer criterio orientador que debe ser evaluado caso a caso por el juez, y requiere un doble examen objetivo, a saber, el de la naturaleza material de la aportación del delito (en qué calidad de autor se interviene en el hecho), y también, el de la clase de responsabilidad criminal que asumirá cada interviniente a la luz de su concreta aportación.

En efecto, como señala Cobo del Rosal y Vives Antón, “Cuando el delito es producto de la actividad concurrente de varias personas, se suscita una doble problemática: en primer lugar, la representada por la naturaleza material de la

aportación al delito de cada uno de los concurrentes; y, en segundo lugar, la constituida por la clase de responsabilidad criminal contraída por ellos”¹¹⁹.

Será necesario examinar si el concurrente realizó la conducta típica de manera directa (como obra suya, material) o si por el contrario lo hizo de manera indirecta (no como su obra, sino que colaborando en el hecho de otro).

La distinción, entre autor y partícipe entonces, constituye un criterio orientador en nuestro estudio, pues se trata de una distinción de orden material “...y es independiente de que la Ley decida castigarles del mismo modo o, por el contrario, establezca una penalidad diferente para unos y otros...”¹²⁰, pero que necesariamente exige la comprobación del daño adicional efectivamente producido al bien jurídico protegido (la libertad, la propiedad, etc.), como un plus, lo que servirá para conectarlo con el principio *ne bis in ídem*.

¹¹⁹ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón. Derecho Penal Parte General, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 733,

¹²⁰ Ibid.

CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN DE LA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE MALHECHORES.

10. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE VALORACIÓN COMO REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA AGRAVANTE.

En términos generales, el principio ne bis in ídem está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho¹²¹, configurándose como un verdadero derecho fundamental del ciudadano¹²², aunque sabido es que en nuestro medio, no tiene respaldo constitucional expreso, sino que encuentra su fundamento positivo –meramente legal- en el artículo 63 del Código Penal chileno.

Para el sistema europeo continental, el principio se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal¹²³, traduciéndose el primero en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho” –o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona¹²⁴.

Sin perjuicio de que en nuestro derecho se puedan haber dado fundamentos constitucionales indirectos para el principio en comento¹²⁵ (Corte Suprema, en referencia a un caso de imposición de multas en materia laboral, en que se sostuvo que el principio ne bis in ídem configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política), lo cierto es que nuestra Constitución Política no contiene disposiciones semejantes a las del derecho comparado en tal

¹²¹ Mañalich, Juan Pablo. El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, año 2011, p.140.

¹²² Caruso Fontán y Pedreira González. Principios y Garantías del Derecho Penal Contemporáneo, Edit. B de F, Bs. Aires, Argentina, 2014, p. 223.

¹²³ Mañalich, J., El principio ne bis in ídem, op. cit., p. 140.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid., p. 141, ver nota 5.

sentido, por lo que bien se puede, a través de la puerta abierta del artículo 5º de la misma carta, invocar disposiciones de algunos tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes para así poder conferirle al principio cierto estatus supralegal.

Así, el artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme...”, aunque si bien la norma recurre tanto a la noción de juzgamiento como a la de sanción para articular la garantía, lo cual podría sugerir que ésta resulta comprensiva tanto de la dimensión procesal como de la dimensión sustantiva del principio, ello resulta de inmediato contrarrestado por la cláusula que hace explícito el presupuesto de una sentencia condenatoria o absolutoria firme¹²⁶, pero tampoco incorpora la prohibición de que en un único ejercicio de jurisdicción se tome en consideración dos veces una misma circunstancia para fundamentar o agravar la sanción de cuya imposición se trata¹²⁷.

Por su parte, el artículo 8 N° 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el principio aunque en términos más procesales, señala que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Se restringe aquí la garantía únicamente a aquellos casos en que el juzgamiento previo ha concluido en el pronunciamiento de una decisión de absolución, lo cual significa que la garantía no encuentra siquiera aplicación tratándose de casos en que ha existido una sentencia condenatoria previa respecto de “los mismos hechos”¹²⁸.

Sin perjuicio de aquello, el alcance del principio, sea como estándar de prohibición de punición múltiple (estándar sustantivo) y de juzgamiento o persecución múltiple por un mismo hecho (estándar procesal), se encuentra circunscrito al ámbito

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid., p. 142.

correspondiente al ejercicio de jurisdicción estatal¹²⁹, es decir, “afecta a una sola unidad jurisdiccional”; o de acuerdo con una formulación todavía más categórica: “La prohibición de punición múltiple del derecho internacional sólo prohíbe la condena por un mismo hecho al interior de cada Estado”¹³⁰, cuestión que no hace sino reconocer la soberanía de cada Estado en orden al ejercicio de su propia jurisdicción y potestad punitiva.

En fin, y como apuntan Cobo del Rosal y Vives Antón, el principio tiene un doble significado entonces: de una parte, es un principio material, según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción y, de otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos¹³¹. En su dimensión material impide que recaiga duplicidad de sanciones (administrativas y/o penales) en los casos en que se aprecie “identidad del sujeto, hecho y fundamento”¹³²; en su vertiente procesal, prohíbe la duplicidad de procedimientos sancionadores en el caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y encuentra concreción en mecanismos tan importantes como la cosa juzgada y la regla de preferencia de la autoridad judicial sobre la Administración en aquellos supuestos en que los hechos a sancionar puedan ser no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta¹³³.

Ahora bien, en el ámbito estrictamente penal, este principio encuentra concreción, principalmente, en el concurso aparente de leyes penales, que impide que por una misma infracción puedan imponerse dos o más penas criminales¹³⁴, como asimismo en la prohibición de doble valoración a efectos agravatorios¹³⁵, en concreto, de circunstancias agravantes de responsabilidad penal.

¹²⁹ Ibid., p. 143.

¹³⁰ Ibid., p. 144.

¹³¹ Cobo del Rosal, Vives Antón, op. cit., p. 91.

¹³² Caruso Fontán, Pedreira González, loc. cit.

¹³³ Ibid., p. 223-224.

¹³⁴ Ibid., p. 224.

¹³⁵ Ibid.

Así las cosas, íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad, el principio en comento nos indica que lo prohibido es que no recaiga duplicidad de sanciones cuando se aprecie en un caso concreto, sometido a la decisión judicial, la identidad del sujeto, hecho y fundamento, esto es, una triple identidad, “que podría sintetizarse hablando de idéntica infracción o del mismo contenido de injusto”¹³⁶, impidiendo que, “por un mismo contenido de injusto, puedan imponerse dos penas criminales.”¹³⁷

El núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne, entonces, a aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como concurso de delitos¹³⁸, por lo que en tales situaciones, el principio se vuelve operativo al modo de una “prohibición de doble valoración”, de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, haya que reconocer el carácter “aparente” o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho¹³⁹.

En esta dimensión, siguiendo a Mañalich, como estándar sustantivo de adjudicación, orientado a la evitación de fundamentar o agravar una sanción por un mismo hecho, el principio *ne bis in ídem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho –o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso¹⁴⁰.

¹³⁶ Cobo del Rosal, Vives Antón, loc. cit.

¹³⁷ Ibid., p. 92.

¹³⁸ Mañalich, J., El principio *ne bis in ídem*, op. cit., p. 142.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid., p. 142-143.

Será imprescindible, además, diferenciar los contextos particulares en que puede activarse la aplicación del principio¹⁴¹, a saber: el contexto interjurisdiccional (que en derecho comparado opera con menor grado de conclusividad al estar históricamente construido sobre la base de una hipótesis de unicidad de jurisdicción, en el sentido que las dimensiones procesal y sustantiva del principio son dependientes del punto de vista de un mismo sistema jurisdiccional soberano¹⁴²); y, el contexto intrajurisdiccional (definido por la posible multiplicidad de instancias de juzgamiento o punición al interior de un mismo sistema jurisdiccional, y que representa el ámbito de aplicación históricamente autoevidente para el principio *ne bis in idem*¹⁴³), con sus dos subcontextos, que cabría denominar el “contexto interprocesal” y el “contexto intraprocésal”¹⁴⁴.

Así, sólo en el contexto interprocesal –esto es, en un contexto en que dos o más procesos pudieran llevarse a efecto (sucesiva o simultáneamente) en relación con un mismo conjunto de circunstancias de hecho- puede venir en consideración, en tanto estándar de clausura procesal, una prohibición de juzgamiento múltiple¹⁴⁵, lo que hace innecesario -por una cuestión de lógica- el reconocer, independientemente, la prohibición de punición múltiple, en tanto estándar sustantivo de adjudicación (estando proscrito el juzgamiento múltiple, por definición no podrá llegarse a un escenario de eventual punición múltiple, en tanto el estándar de clausura procesal sea observado)¹⁴⁶.

Sin embargo, es en el contexto intraprocésal, en que la prohibición de punición múltiple se hace operativa como estándar de adjudicación en exclusiva atención a los hechos delictivos que son objeto de un mismo juzgamiento (solución tradicional del derecho europeo continental), que sería reconocible también en el derecho penal chileno, en que la prohibición en comento se hace operativa en el contexto

¹⁴¹ Ibid., p. 146.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid., p. 147.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

intraprocesal, a través de las reglas sobre unidad de acción y concursos de delitos¹⁴⁷. Precisamente, es este contexto, en que enfocamos nuestro estudio de la agravante de ser dos o más los malhechores en un delito de robo con violencia o intimidación.

Ahora bien, y en relación con ello, resulta importante determinar el contenido de lo que se debe entender por el término “un mismo hecho” cuando se habla, para caracterizar al principio, de la prohibición de juzgar y sancionar a una persona dos (o más) veces por “el mismo hecho”¹⁴⁸. En efecto, los sentidos o variaciones del término son diversos, dependiendo del reconocimiento jurídico que se le dispense y el contexto en que se trate.

Así, sobre “el mismo hecho”, es ya tradicional una postura concebida desde el derecho penal sustantivo y otra desde el derecho procesal penal. Ambas, si bien puede coincidir, no necesariamente lo harán, y sobre todo porque funcionalmente (desde las funciones asignadas y/o reconocidas a cada área) no son idénticas. Se entiende que las funciones desempeñadas por el derecho procesal son secundarias, por referencia a su contribución a la realización de las funciones (primarias) atribuibles al derecho penal, lo cual prima facie constituye una relación de prioridad entre la definición del derecho penal por sobre la el derecho procesal¹⁴⁹.

Para los efectos del derecho penal, el sentido primario en que puede hablarse de “hecho” es para designar, propiamente, un determinado hecho *delictivo*, esto es, un hecho que se distingue por constituir un delito¹⁵⁰, de donde se sigue que un delito está constituido por una realización imputable de un tipo delictivo, esto es, de una determinada descripción de una forma de comportamiento delictivo¹⁵¹; para el caso de la realización de más de un tipo delictivo, habrá que reconocer tantos delitos como sean los tipos delictivos realizados, con total independencia de si la realización de los

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Piña, Juan Ignacio. Derecho Penal, Fundamentos de la responsabilidad, citado por Mañalich, J., El principio ne bis in ídem, p. 148, ver nota N° 21 a pie de página.

¹⁴⁹ Mañalich, J., El principio ne bis in ídem, op. cit., p. 148.

¹⁵⁰ Ibid., p. 150.

¹⁵¹ Ibid.

distintos tipos delictivos tiene lugar a través de una sola acción (u omisión), o bien a través de varias acciones (u omisiones)¹⁵².

En este último caso, tendremos un concurso, real o ideal, de delitos, y en que la restricción del principio ne bis in idem afecta, en la forma de prohibición de doble valoración, a los casos en que exista una apariencia de concurso de delitos, de conformidad con alguno de los criterios –legalidad, subsidiariedad, consunción, etc.- que hacen posible su fundamentación¹⁵³.

Por ende, tiene razón Mañalich al decir que el concepto de hecho delictivo del derecho penal sustantivo es un concepto intensional (= no extensional), en el sentido que la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre relativa a, o dependiente de, una determinada descripción: cada realización (imputable) de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo per se¹⁵⁴.

Es este concepto de hecho delictivo -de corte sustantivo penal, y ya no procesal- el que interesa para efectos de vislumbrar la aplicación del principio ne bis in idem dentro de un contexto intraprocesal (esto es, al interior de un mismo proceso) en su dimensión de prohibición de punición múltiple (en tanto estándar sustantivo de adjudicación) y cuyo alcance entonces, va a quedar restringido por la referencia a un mismo hecho, en el sentido de un mismo delito o hecho delictivo.

Por último, y conectado con lo anterior, no es necesario, como explicita Mañalich, que el principio requiera para ser operativo a nivel intraprocesal que sea consagrado legalmente de manera expresa, puesto que ya las categorías dogmáticas anteriormente anotadas (unidad de hecho, de delito, concursos, etc.) lo permiten desde antaño; aunque se reconocen algunos reconocimientos expresos en la ley (idea de inherencia regulada en el art. 63 del Código Penal; cláusulas de subsidiariedad insertas en algunos tipos penales específicos, etc.).

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., p. 150-151.

¹⁵⁴ Ibid., p. 151.

11. SOBRE EL AUMENTO DEL CONTENIDO DE INJUSTO EN LOS DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN.

Ahora bien, adquiere importancia en nuestro análisis el determinar si el contenido de injusto penal en los delitos de robo con violencia o intimidación se ve aumentado per se mediante la mera intervención plural de autores, o si es requisito adicional que este aumento en el injusto vía intervención conjunta de personas se realice objetivamente –en concreto- con una mayor afectación –daño- en el (los) bien (es) jurídico (s) protegido (s).

Creemos que la segunda alternativa es la correcta, esto es, que para el caso concreto en que intervengan varios sujetos en un robo con violencia o intimidación, lo relevante a examinar –aparte de las hipótesis de exclusión propuestas a la calidad de autor que interviene o a la conexión o desconexión funcional entre el tipo de injusto del robo y los medios comisivos calificados- será el daño o afectación efectivamente concretizado en los bienes jurídicos de que se trata, pero como un plus adicional, esto es, más allá de lo meramente protegido por el tipo penal respectivo.

Este plus adicional en el injusto penal, sea cual sea el fundamento mismo de la agravante, debe expresarse entonces en un aumento –o incremento- en el caso concreto de que se trate, “y no presumirse de derecho por el sólo hecho de darse la circunstancia fáctica de ser dos o más las personas que intervienen materialmente en el hecho”¹⁵⁵.

Por ende, estimamos que la apreciación abstracta de que la mera intervención plural provoca en la víctima, per se, una sensación de indefensión o debilitamiento de la defensa privada, es incorrecta si está desligada de la exigencia de que en el caso concreto esa pluralidad de intervinientes haya producido efectivamente una mayor

¹⁵⁵ Mera, J., op. cit., p. 164.

indefensión, o un mayor injusto en los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos (más allá de la conminación legal abstracta).

Por otro lado, el mero debilitamiento de las esferas de resguardo o de defensa privada, así como tampoco la mayor seguridad con que se actúa cuando se interviene pluralmente, no representan a nuestro juicio el plus exigido para dar cabida a la aplicación de la mencionada agravante, por cuanto ello no elimina la sensación o creencia personal o subjetiva de quien juzga el caso concreto.

12. SUS LIMITACIONES FRENTE A LA CALIDAD DE AUTOR DE QUE SE TRATE.

Ya hemos señalado anteriormente que se contraviene el principio *ne bis in ídem* cuando se acoge la agravante de pluralidad de malhechores por el solo hecho de que en el caso concreto han intervenido coautores, del 15 N° 3 del Código Penal, porque el fundamento de la coautoría radica precisamente en la reunión concertada de los mismos, y porque en el caso de los denominados autores cómplices, éstos no realizan el hecho como dueños de la acción final, ambas situaciones que no podrían servir de fundamento a la agravante al estarse valorando dos veces la misma circunstancia fáctica de la reunión de personas (nota aparte merece la opinión de Guzmán Dalbora, para quien, si bien no es aplicable la mentada agravante para la coautoría, por las razones de respeto al *non bis in ídem* que latamente hemos expuesto, si sería perfectamente aplicable en los casos de complicidad, que no requieren un acuerdo entre el auxiliador y el autor principal)¹⁵⁶.

Por estructura jurídica, ya expusimos que la agravante también sería improcedente para los autores que concurren al hecho y que se encuentren en las hipótesis del N° 2 del artículo 15, porque precisamente la ley ya ha exigido para calificar dicha forma de autoría, en su descripción típica, la concurrencia plural: la del autor mediato y la del ejecutor material o instigado. Ambos se necesitan para existir y de esa forma, al

¹⁵⁶ Guzmán Dalbora, José Luis. Estudios y Defensas Penales, LexisNexis, 1ª ed., Santiago, Chile, 2005, p. 342.

considerar nuevamente su reunión habría violación manifiesta del principio en comento, y del artículo 63 del Código Penal.

Es en las hipótesis de autoría del 15 N° 1, en donde más posiblemente se puede ver la eventual aplicación de la agravante. Sin embargo, en estos casos el presupuesto de la coautoría (la comisión del delito por varias personas) exige que obren en convergencia intencional, lo que impide sostener que ese mismo presupuesto pueda ser considerado “esta (segunda) vez para agravar la imputación recíproca resultante”¹⁵⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional, en estos casos ha sido insistente en acoger la agravante en estas hipótesis de pluralidad de agentes con el argumento de que “lo que persigue la agravante es castigar un modo de actuar que implica un mayor peligro de lesionar bienes jurídicos”¹⁵⁸, lo que supone ex ante la agravación per se, sin ninguna vinculación funcional entre los medios comisivos y el injusto específico al robo.

Insistimos en que la agravación no sería procedente en la hipótesis segunda del artículo 15 N° 1, esto es, de quienes estando vinculados en un propósito común (dolo convergente), sin embargo, no realizan materialmente actos ejecutivos (materiales) funcionalmente dirigidos contra la propiedad o la libertad de la o las víctimas, en que el aporte queda prácticamente reducido a una colaboración psicológica o anímica, a una conducta pasiva.

Por ende, asumimos que las posibilidades de aplicación, con todas las restricciones ya planteadas, se reducen a la autoría material o ejecutiva, esto es, primera parte del referido art. 15 del Código Penal.

¹⁵⁷ Ibid., p. 341.

¹⁵⁸ C. de Apelaciones Temuco, 16/10/2009, Rol N° 789-2009, citado por Rodrigo Medina Jara, Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, PuntoLex, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2010, p. 703.

13. EL PLUS ADICIONAL: REQUISITO NECESARIO PARA CONSIDERAR LA AGRAVANTE.

La exigencia adicional, a nuestro juicio el plus o paso extra, para considerar seriamente que la intervención plural merece ser calificada de agravante especial, en los términos del 456 bis N° 3 del Código Penal, debería ser siempre la concreción efectiva de un aumento en el daño a la propiedad más allá de la simple rotura o fractura de los bienes o las cosas (cuestión que por lo demás ya se encuentra recogida por la descripción típica de la figura), o de una lesión a la integridad corporal más allá de lo esperable o razonablemente apta para lograr la apropiación de las cosas; o de una amenaza o coacción más o menos objetiva, seria y funcional a los mismos fines (no cabría en este caso la “cara de malo” para sentirse intimidado), etc.

Lo que se pretende con esto, es advertir que la misión concreta del juez, en estos casos, debería ser muy selectiva y casi científica, en el sentido de no solidarizar indebidamente con las emociones personales de la víctima cuando, por ejemplo, ella no ha sufrido afectación o daño –a su persona o bienes- más allá de lo que ya se encuentra precisamente recogido por la alta penalidad de la figura típica de que se trata.

Es ese paso adicional, más bien extra, en lo producido por los autores, que va más allá de la expectativa normativa ya esbozada en el tipo penal respectivo, lo que se pretende sea el verdadero Pase Regio para la agravante en estudio. Se debería esperar un exceso, por así decirlo innecesario, en lo efectivamente producido y que excede lo tipificado (funcionalmente conectado) por la norma para proceder a elevar la pena de los justiciables vía esta agravante, sin pasar a llevar por cierto el principio ne bis in ídem.

14. NE BIS IN IDEM VERSUS PLURALIDAD DE MALHECHORES EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Como hemos adelantado, de manera reiterada, pero inconveniente a nuestro entender, se ha venido sosteniendo por la jurisprudencia que, tanto por su texto como por su sentido final, la configuración de la agravante sólo exige que sean varias las personas que participan o que intervienen en la ejecución del hecho, esto es, un criterio numérico que no obedece más que a una razón histórica pero mal entendida (como dijimos al inicio de nuestro trabajo, el primitivo artículo 433 consignaba que “hai cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores” apreciación numerológica que por redacción literal exigía de facto la intervención de al menos cuatro personas).

La jurisprudencia se ha cuidado en todo caso, más bien ha ido obviando en sus fundamentaciones, el análisis o referencias a la calidad de delincuentes habituales o con condenas anteriores de los llamados malhechores para diferenciarlos de los que no tienen tal condición, atendido el hecho de las reticencias dogmáticas que esas justificaciones habían generado históricamente en la doctrina, para finalmente estimar a los malhechores como aquellos que sencillamente han cometido los hechos históricamente acaecidos.

Es esta nueva tendencia jurisprudencial, la que a nuestro juicio expone de mejor forma el peligro de ataque o infracción al principio de ne bis in ídem, ya que al reparar sencillamente en la cuestión numérica (criterio objetivo), con el sensible argumento de suponer que el agolpamiento de agentes necesariamente aumenta la indefensión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma, es que no se ha hecho un examen dogmático para identificar o seleccionar caso a caso la calidad de autor en que se interviene –y que en los casos ya examinados de los números 2 y 3 del artículo 15 excluirían la procedencia absoluta de la agravante- para luego identificar el plus o incremento real del injusto penal, más allá de lo exigido por la norma, como segundo criterio de exclusión.

De esta forma, se ha pretendido justificar la aplicación de la agravante, pese a la intervención plural de autores señalando: “Finalmente, sobre la supuesta afectación del principio non bis in ídem, no existe tal vulneración. El límite del artículo 63 del Código Penal consiste en que no pueden producir su efecto de agravación las modificatorias que, de suyo, constituyen un delito penado por la ley o que ésta haya considerado al describirlo y sancionarlo. No es el caso. Aceptarlo importaría asumir que actuar en grupo o pandilla es la única forma de cometer el delito de robo con intimidación”¹⁵⁹.

Como correctamente apunta el fallo, en todo caso “La actuación solitaria es perfectamente posible y de común ocurrencia. Ahora bien, si esa misma acción es llevada a cabo por varios sujetos (“malhechores”), en tal caso la ley ha dejado expresada su voluntad, propender a un rigor mayor”¹⁶⁰, el problema es que no explica con mayores análisis o fundamentos por qué esa mayor rigurosidad, y sólo menciona que “No por capricho, sino por el desvalor especial que advierte en esa forma de actuación y que tiene que ver con consideraciones tales como la idea de una resolución delictiva común, el incremento de las posibilidades de impunidad y las de peligrosidad de la conducta, entre otras”¹⁶¹. Sin embargo, precisamente estas últimas consideraciones que el fallo se encarga de enumerar son las que en concreto ya han servido para identificar y sancionar en la calidad de autor de que se trata, razón por la cual a nuestro juicio aunque el fallo no quiera reconocerlo infringe abiertamente el artículo 63 y viola el principio universal de ne bis in idem.

Sin embargo, la postura mayoritaria se inclina por la doblegación del fundamento anotado en el sentido que “en lo que concierne al artículo 63 del Código Penal, vinculado al hecho criticado de la procedencia de la agravante en análisis, consistente en la pluralidad de malhechores porque ya habría sido considerado al dar por establecido el delito de robo con intimidación, con arreglo al artículo 432, en concordancia con el inciso primero del 436 del mismo ordenamiento, por ser aquella motivación inherente para su configuración, conviene dejar en claro que el aludido

¹⁵⁹ C. de Apelaciones Santiago, 19/02/2010, Rol N° 2.768-2009, citado por Medina Jara, op. cit., p. 705.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

artículo 63 prescribe que no producen el efecto de aumentar la pena las agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y sancionarlo; y tampoco originan un mayor reproche punitivo aquellas agravantes de tal manera inherentes al ilícito que sin la concurrencia de ellas no puede verificarse¹⁶², por lo que “En la especie, debe necesariamente descartarse la convergencia de esta última hipótesis, desde que no puede sostenerse racionalmente que la pluralidad de sujetos activos en esta clase de injustos sea de tal forma inherente que no se pueda realizar la conducta abusiva sin la presencia del componente señalado. Tal afirmación está fuera de toda discusión doctrinal, legal y jurisprudencial, de modo que es perfectamente dable la existencia del injusto con la concurrencia singular o plural, tanto de ofendidos como de victimarios, requiriéndose únicamente la asistencia de alguno de los elementos referidos en el artículo 439 del Código punitivo.”¹⁶³

De otro lado, y considerando aquel plus adicional en el injusto penal, que debería exigirse para casos de intervención plural o conjunta, un fallo ha desestimado la verificación de la agravante de ser dos o más los malhechores, teniendo en cuenta principalmente que “los ‘malhechores’ deben intervenir no de cualquier forma, sino que de una que constituya presencia física en el momento de la ejecución del hecho.

A este respecto, se ha dicho que “Desde luego los malhechores deben intervenir no de cualquier forma, sino que de una que constituya presencia física en el momento de la ejecución del hecho. Etcheberry señala que los malhechores son los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito (autores o cómplices). A quienes podría, en principio aplicárseles la agravante, sería a los coautores que intervienen materialmente en el hecho y siempre que su presencia física tenga relación con el fundamento que se atribuye a la agravante. La aplicación de la agravante de ser dos o más los malhechores debe fundarse, entonces, en algún plus, que exceda la sola circunstancia del número. Habrá que demostrar que en el caso de que se trate la

¹⁶² C. de Apelaciones Santiago, 01/03/2011, Rol N° 476-2011.

¹⁶³ Ibid.

multiplicidad de los autores, representa un desvalor que exceda el mero hecho de la apropiación”¹⁶⁴.

Así, respecto a este actuar conjunto, en SCA de Valparaíso se ha sostenido que “quedando de este modo establecido como hecho de la causa, que fueron cuatro los individuos que abordaron en forma simultánea el vehículo objeto del asalto, sin perjuicio que luego dos de ellos se haya dirigido a la cabina donde se encontraba el chofer y otros dos hayan abordado al peoneta, puesto que asimismo se deja establecido...que éstos actuaron coetáneamente en la comisión del delito, siendo éste, precisamente, el fundamento de la agravante de pluralidad de malhechores acogida en el considerando décimo quinto del fallo respecto de ambos acusados, al señalar: que los acusados condenados ahora, son dos, pero que ya por estos mismos hechos hay otros dos condenados, siendo en total cuatro los sujetos activos, con lo que, dado su número, efectivamente disminuyeron la defensa que podían oponer los dos ofendidos, pero además, y esto es lo importante, acometieron a los afectados con armas de fuego, causándole a uno lesiones con la finalidad de debilitar sus defensas, lo que finalmente sucedió, debido a que pudieron apoderarse de una suma de dinero con la que huyeron.”¹⁶⁵

En SCA de Copiapó, se reiteran estos fundamentos cuando se indica “Que se acoge en perjuicio de ambos acusados la circunstancia agravante de responsabilidad Penal, contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser “dos o más los malhechores”, toda vez que se acreditó con la prueba rendida en el juicio que ambos reprochados actuaron en conjunto en el hecho, incluso en compañía de otros tres individuos más, perpetrándose el ilícito con multiplicidad de partícipes, entendido como quienes obran su mal designio y concurren materialmente en el momento y lugar, lo cual configura justamente la agravante en comento, aumentándose con ello el injusto al asegurar el cometido del delito y su impunidad.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ Tribunal Oral en lo Penal de Castro, 30/07/2011, Rit 20-2011, Cons. 20°.

¹⁶⁵ C. de Apelaciones Valparaíso, 01/02/2013, Rol N° 1627-2012.

¹⁶⁶ C. de Apelaciones Copiapó, 06/05/2010, Rol N° 50-2010, citado en Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, N° 17, año 2014.

La evidencia de un criterio objetivo en este fallo es expresa en tal sentido, y no deja dudas al decir que “Por consiguiente, se trata de una circunstancia agravante de carácter objetivo, bastando para su concurrencia –en los delitos de robo y hurto-, que sean dos o más los delincuentes autores del ilícito, lo que torna en irrelevante cualquier otro análisis distinto que se intente hacer para confirmarla y en tal sentido, el razonamiento efectuado por los jueces ...para establecerla, cumple a cabalidad con las exigencias de fundamentación y razonabilidad de la sentencia.”¹⁶⁷

Sin embargo, y como hemos querido insistir, la acción desarrollada por los llamados “malhechores” o “delincuentes” no constituye por esta sola reunión o pluralidad aquel plus que pareciera exigir la norma, puesto que “no se observa de qué forma esta multiplicidad de sujetos pueda per se agravar el hecho ejecutado considerando incluso que en ocasiones el hecho mismo puede verse truncado no concretándose apropiación alguna, o de otro lado, incluso un único sujeto puede conseguir concretar la acción, sin que necesariamente la presencia de los otros sujetos acompañantes o intervinientes, agilizará la consumación del robo o la obtención de un botín mayor, o bien, asegurará la reducción de un posible morador que arribara al domicilio amagado, resultando en consecuencia, impropio a juicio del tribunal agravar la responsabilidad penal de los encartados con el reconocimiento de esta agravante”¹⁶⁸.

Por último, y al menos, sobre este cuestionado criterio objetivo, reciente jurisprudencia ha venido exigiendo una mayor determinación y precisión en la identidad de los partícipes y no sólo su enunciación genérica. Así, en SCA de San Miguel, se ha dicho que “si bien en los hechos consignados en la sentencia dan por establecidos que en ellos participaron otros sujetos no identificados junto al acusado, lo cierto es que fue identificado sólo este último, habiéndose absuelto a los otros imputados de los cargos formulados en la acusación, razón por la que no puede estimarse concurrente la agravante de pluralidad de malhechores, porque para ellos se requiere la

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Castro, loc. cit.

determinación y precisión de los demás partícipes y no sólo su enunciación genérica.”¹⁶⁹

¹⁶⁹ C. de Apelaciones San Miguel, 21/04/2014, Rol N° 397-2014.

CONCLUSIONES.

Hemos intentado sugerir una regla de exclusión para la agravante de ser dos o más los malhechores, específicamente en los delitos de robo con violencia o intimidación, que considere como primera cuestión en el análisis judicial en concreto (como primera barrera), la forma de intervención de los sujetos activos, esto es, la calidad de autores de aquellos que intervienen o irrumpen en el mismo hecho delictivo.

Creemos entonces, como primera barrera exclusional, que la hipótesis de autoría que hace posible la agravante debería ser apenas la hipótesis del N° 1 del artículo 15 del Código Penal, y dentro de ella específicamente, aquella autoría ejecutiva o material, esto es, de la primera parte del numeral, pero apreciada en términos naturales y ya no meramente formales o extensivos como también lo considera dicha norma. De esta forma, quedarían excluidos de su campo de aplicación, las hipótesis de la segunda parte del mismo numeral, esto es, de aquellos que sin tomar parte en la ejecución del mismo, lo presencian o no hacen nada para evitar que el hecho se consuma (casos en que no existe ejecución de propia mano en el hecho concreto).

Las hipótesis de los numerales 2 y 3 del artículo 15, quedan excluidas per se. En efecto, en el primero de ellos, la autoría mediata, descartaría la posibilidad de aplicación de la agravante en atención a su naturaleza jurídica, que por tratarse de dos acciones necesariamente complementarias (la del autor mediato y la del autor inmediato) ya contiene en su estructura la reunión de voluntades requisito sine qua non para que esa clase de autoría exista, estando prohibido aquello vía inciso 2° del artículo 63 del Código Penal; y, para el caso del N° 3, o sea los que, concertados previamente para la ejecución del hecho (robo con violencia o intimidación), o que facilitan los medios con que se lleva a efecto el mismo o lo presencian sin tomar parte inmediata en él, ya estarían reunidos en torno a una unidad de propósito, de plan común con la debida distribución de funciones y actos, lo que impide volver a valorar ese mismo hecho (de la reunión y distribución previamente concertada) que la norma jurídica exige, pero que el legislador ya ha considerado en la conminación legal abstracta.

Un segundo criterio de exclusión, tiene que hacerse cargo de la relación funcional entre la conducta estrictamente desplegada por cada interviniente (autor) en relación con el injusto del hurto y del injusto de la coacción, atendiendo por cierto a la efectiva realización de actos típicos o no por cada autor (violencia, intimidación, apropiación, etc.). Como dijéramos en su oportunidad, quien interviene amenazando (intimidando) o golpeando (violentando) los bienes jurídicos en juego, de una mera funcional a la apropiación, debiera ser considerado antes de aquel que -en concreto- no realizó sino actos de complicidad o colaboración.

La tercera restricción viene dada por la evaluación, en el caso concreto, de la efectiva afectación adicional del bien jurídico protegido, en términos materiales y ya no meramente formales o potenciales (no a las hipótesis de peligro abstracto). Esto significa que, deberá analizar el juez en el momento de la valoración y razonamiento de la prueba producida en el respectivo juicio oral, si se lesionó más allá de lo tipificado en la norma; si se intimidó o coaccionó más allá de lo requerido por la misma norma; o si se dañó o fracturó más allá de lo necesario o requerido en forma objetiva a efectos de lograr la apropiación, etc.

Por último, y como cuarto elemento ineludible de exclusión, se deberá atender a si la conducta plural, en concreto, viola o infringe la universal prohibición de doble valoración, es decir, a la luz de los tres primeros criterios, considerar el riesgo que pueda doble utilizarse una circunstancia fáctica como las ya anotadas para fundar nuevamente una agravación de la pena al confundir los mismos elementos con la sensible indefensión o peligro abstracto (subjetivismo) de las víctimas sin un correlato real. Para ello, será necesario recordar que el término “un mismo hecho” que requiere la intervención plural a efectos de analizar la procedencia o no de la agravante, se identifica con un concepto penal más que procesal penal, y que necesariamente debe ser analizado en el contexto intraprocesal de aplicación del principio ne bis in idem, a efectos de observar su respeto y cumplimiento.

Por ende, el campo de aplicación efectiva de la agravante establecida en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, in concreto, debería ser muy restringido o no tan amplio

como se aprecia en la práctica judicial chilena, dada su naturaleza de agravante específica (no genérica) y en atención a los principios de derecho penal estricto, de ultima ratio, de fragmentariedad, tipicidad y legalidad.

BIBLIOGRAFÍA.

Bascuñán Rodríguez, Antonio. El robo como coacción. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, año 2002.

Beccaria, Cesare. De los Delitos y de las Penas, Librería El Foro, Argentina, año 2004.

Bullemore, Vivian y Mackinnon, John. Curso de Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, Edit. Lexis Nexis, 2ª ed., Santiago, Chile, año 2007.

Carnevali, Raúl y Källman, Eva. 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 línea] Política Criminal, 2007, D1, número 4 <<http://www.politicacriminal.cl>> [consulta: 25 noviembre 2014].

Caruso Fontán y Pedreira González. Principios y Garantías del Derecho Penal Contemporáneo, Edit. B de F, Bs. Aires, Argentina, 2014.

Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, año 1974.

Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, Jean Pierre Matus Director, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2011.

Código Penal República de Chile. Edit. Jurídica de Chile, 28ª ed. oficial, agosto 2013.

Couso, Jaime y Hernández, Héctor (Directores). Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia. 1ª ed., Edit. AbeledoPerrot, Santiago, Chile, año 2011.

Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed., Santiago, Chile, año 1998.

Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, Edit. Jurídica de Chile, 3ª ed., Santiago, Chile, año 2005.

Guzmán Dalbora, José Luis. Estudios y Defensas Penales, LexisNexis, 1ª ed., Santiago, Chile, 2005.

Jakobs, Günther. Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, 2ª ed., España, 1997.

Künsemüller, Carlos. Derecho Penal y Política Criminal, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, Chile, año 2012.

Labatut, Gustavo. Derecho Penal, T. II, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 1996.

M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón. Derecho Penal Parte General, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

Mañalich, Juan Pablo. El “hurto-robo” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, año 2006.

Mañalich, Juan Pablo. El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia, N° 15, año 2011.

Medina Jara, Rodrigo. Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, PuntoLex, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2010.

Mera Figueroa, Jorge. Hurto y Robo, Estudio Dogmático y Política Criminal. Cuaderno de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, año 1995.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Parte Especial, 14ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2002.

Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, T. II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, año 1966.

Oliver Calderón, Guillermo. Delitos contra la propiedad. Legalpublishing Thomson Reuters, Santiago, Chile, año 2013.

Oliver Calderón, Guillermo. Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo. Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso T. XXXIX, Valparaíso, Chile, año 2012.

Politoff, Sergio y Ortíz, Luis, Coord. Matus, Jean Pierre. Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago, Chile, año 2002.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Edit. Jurídica de Chile, 2ª Ed., Santiago, Chile, año 2004.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, T. I, 21ª Ed., Espasa Calpe, Madrid, España, año 1992.

Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, N° 17, año 2014.

Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I, Edit. Thomson Civitas, 2ª ed., España, 2008.

Yáñez Pérez, Sergio. Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno, Revista de Ciencias Penales, tercera época, enero-junio N° 1, T. XXX, año 1975.

Zaffaroni, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, 2ª reimpresión de la 2ª edición, Bs. Aires, Argentina, Ediar, año 2011.

SENTENCIAS.

C. Suprema, 19/08/2009, Rol N° 2.936-2009.

C. de Apelaciones Santiago, 01/03/2011, Rol N° 476-2011.

C. de Apelaciones Valparaíso, 01/02/2013, Rol N° 1627-2012.

C. de Apelaciones San Miguel, 21/04/2014, Rol N° 397-2014.

Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, 25/09/2004, Rit 24-2004.

Tribunal Oral en lo Penal Puerto Montt, 19/06/2011, RIT 13-2011.

Tribunal Oral en lo Penal de Castro, 30/07/2011, Rit 20-2011.