

PROBLEMÁTICA DE LAS NORMAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE ROBO Y HURTO

MARIO ANDRES ZAGAL MEDINA

Resumen.

El presente trabajo busca evidenciar y avanzar en la clarificación de cuales son los problemas que se suscitan en relación a las normas que agravan la responsabilidad en el delito de robo y hurto, para ello en primer término se realiza un breve descripción de cuáles son las circunstancias que agravan la responsabilidad en el delito de robo, donde encontramos las circunstancias especiales del delito de abigeato del artículo 448 bis, hurto o robo de partes de animales del artículo 448 ter inciso 4°, hurto o robo de vehículos del artículo del 443 inciso 2°, los casos del artículo 443, agravante especial en razón del uso o porte de armas de fuego del artículo 450 incisos 2° a 4°, agravante especial en el caso de reincidencia por delito de la misma especie del artículo 452 y luego las circunstancias agravantes específicas enumeradas en el artículo 456 bis del Código Penal chileno, además de aquellas normas que encontramos a partir del artículo 65 del mismo cuerpo normativo y quizás porque no decirlo, también en algunos casos se pueden aplicar las norma general de las agravantes del artículo 12 de nuestro Código Penal. Luego nos adentraremos en un análisis general de la dogmática en relación a estas circunstancias, concluyendo con la incorporación suscita de algunos fallos que nos alumbran en cuanto a como se ha ido plasmando o no la doctrina mayoritaria en nuestros últimos fallos, lo que a la luz de los últimos fallos, que recogen gran parte de la doctrina.

Palabras Claves.

Circunstancias agravantes de responsabilidad del hurto y robo.

Abstract

This paper seeks to highlight and advance in clarifying what are the problems that arise in relation to the standards that increase the responsibility in the crime of robbery and theft, for it is primarily a brief description of what the circumstances aggravating the responsibility in the crime of robbery, we find the special circumstances of the crime of Article 448 bis rustling, theft of animal parts section 448 subsection 4 ° ter, theft of vehicles of article 443 paragraph 2 No, the cases of Article 443, the burglary ATM Article 443 bis, especially aggravating because of the use or carrying of firearms section 450 subsections 2 ° to 4 °, especially aggravated in the case of recidivism offense of the same species of section 452 and then the aggravating circumstances listed in Article 456 bis of the Chilean Penal Code, in addition to those rules found from Article 65 of the same law, and perhaps because they say, also in some cases can apply the general rule of Article 12 of aggravating our Penal Code. Then we go into a general discussion of the dogmatic regarding these circumstances, concluding with the addition of some failures raises enlighten us as to how it has been embodied or not the majority doctrine in our past failures, which in the light failures of the past, they collect much of the doctrine.

Key words

Aggravating the responsibility of theft and robbery.

Introducción.

Aunque reconozco que el objetivo de este trabajo tenía como finalidad el análisis de las circunstancias que agravan la responsabilidad en el delito de robo, cabe señalar que a la luz de la forma en que se encuentra estas circunstancias en nuestra legislación, como también a la luz de la doctrina nacional, y con la finalidad de ser más claro en el desarrollo, es que he preferido ampliar el tema del presente trabajo y no solo referirme a estas circunstancias agravatorias relativas al robo, sino que también referirme a las mismas circunstancias pero respecto del delito de hurto, de tal forma que el presente trabajo tiene por objeto el análisis de las normas que agravan la responsabilidad en los delitos de hurto y robo de nuestro Código Penal, que en su primera parte, siguiendo la clasificación de los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez, se divide estas normas en dos grandes grupos, esto es, en aquellas circunstancias especiales que agravan la responsabilidad, y el segundo gran grupo que se refiere a las circunstancias específicas que agravan la responsabilidad penal en los delitos de hurto y robo.[1]

Las circunstancias especiales que agravan la responsabilidad en los delitos de hurto y robo, las clasificamos en tres grupos: en razón del objeto del delito, en razón de los medios de comisión y de la anterior conducta del delincuente. Ahora

bien, en las agravantes especiales del delito de robo y hurto en razón del objeto del delito, encontramos en primer lugar el caso del delito de abigeato del artículo 448 bis del Código Penal, en segundo lugar, el caso del hurto o robo de partes de un animal, del artículo 448 ter inciso 4° del Código Penal, en el tercer lugar encontramos el caso del hurto o robo de vehículos, prevista hasta hace muy poco en el artículo 449 inciso 1°, los que como consecuencia de la entrada en vigencia de La ley 20639, publicada en el Diario Oficial el día 11 de diciembre de 2012, en el numeral 2 de su artículo único, derogó el artículo 449 del Código Penal, modificando el Código Penal de manera tal que el robo o hurto de vehículos paso a formar parte de los artículos 443 y 456 bis A, de nuestro Código Punitivo. Ahora bien, en cuanto a las agravantes especiales en razón de los medios de comisión encontramos el uso o porte de arma de fuego y, por último en cuanto a las circunstancias agravantes especiales en razón de la conducta anterior del delincuente, encontramos lo dispuesto en el artículo 452 de nuestro Código Penal.

Por su parte las agravantes específicas de estos delitos, se refiere específicamente a las contenidas en el artículo 456 bis de nuestro Código Penal, dentro de las cuales tenemos en primer lugar los casos en la comisión del delito sea en lugar que favorezca la impunidad, donde encontraremos una serie de problemas a propósito de la figura del robo los que para un mejor análisis se desarrollan desde el punto de vista de los casos más problemáticos, en segundo lugar, como segunda agravante específica encontraremos los casos de ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física; en tercer lugar, nos adentraremos en el análisis de la pluralidad de malhechores; en cuarto lugar, me refiero a los casos en que se ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito; en quinto lugar, me refiero a los casos en que se actúa con personas exentas de responsabilidad criminal según el artículo 10 N° 1; por último, analizaremos los casos en que para el hurto o robo.

Se abordan, tanto las agravantes especiales como las específicas de responsabilidad, analizando la postura dogmática de varios autores, donde se podrá ir decantando en los problemas que plantea la aplicación de estas figuras, tratando de plantear la posición doctrinaria y en algunos casos tomando postura con alguna. Luego del análisis dogmático, el presente trabajo continúa con una síntesis de sentencias que en lo posible trata de abarcar cada uno de los problemas que se plantean o a lo menos, se trata de ver cuál ha sido la postura de nuestros tribunales de justicia, sobre todo en cuanto a las figuras más aplicadas, como lo es el caso de la pluralidad de malhechores, que es la que desborda en el tema.

Finaliza este trabajo, con la humilde opinión de este profesional, alumno del programa de Magister en Derecho Penal de la prestigiosa Universidad de Talca en conjunto con la Universidad de Pompeu Fabre España, donde podrán apreciar a modo de síntesis los problemas que aprecio en la aplicación de la normativa que agrava la responsabilidad en estos delitos.

1. Marco regulatorio:

Las normas que agravan la responsabilidad en el delito de robo siguiendo, se trata de una serie de normas que modifican el marco penal aplicable al delito de robo, en forma independiente de las agravantes comunes y de las reglas que determinan sus efectos, ya sea en forma genérica a través de las agravantes del artículo 12 de nuestro Código Penal o forma especial, normas que encontramos a partir de los artículos 65 y siguientes del Código penal, como así también como el caso de normas especiales relativas a este delito que encontramos: 1) del delito de abigeato del artículo 448 bis, 2) hurto o robo de partes de animales del artículo 448 ter inciso 4°, 3) hurto o robo de vehículos del artículo del 443 inciso 2°, 4) agravante especial en razón del uso o porte de armas de fuego del artículo 450 incisos 2° a 4°, 5) agravante especial en el caso de reincidencia por delito de la misma especie del artículo 452; Por otro lado, encontramos además las agravantes específicas de los delitos de robo y hurto, a decir: 1) cometer el delito en el lugar que favorezca la impunidad del artículo 456 bis N° 1, 2) Ser la víctima niño, anciano, invalido o persona en manifiesto estado de inferioridad física del artículo 456 bis N° 2, 3) ser dos o mas los malhechores del artículo 456 bis N° 3, 4) ejercer violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito, de conformidad a lo previsto y dispuesto en el artículo 456 bis N° 4, 5) Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el N° 1 del artículo 10 del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 456 bis N° 5 y, 6) actuar con alevosía o premeditación conocida, en los casos en que se ejerciere violencia contra las personas, de conformidad a lo previsto en el artículo 456 bis inciso 2°.[2]

2. Análisis Dogmático de las normas que agravan la responsabilidad en el delito de robo y hurto.

Conforme a lo señalado en el marco regulatorio, las normas que agravan la responsabilidad pueden clasificarse en agravantes genéricas, contenidas en el artículo 12 de nuestro Código Penal, agravantes especiales y específicas. Las primeras no siendo el objeto principal de este estudio se analizarán en el contexto del desarrollo de las circunstancias agravantes especiales o específicas que se hará a continuación siguiendo la clasificación de los profesores Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez,[3] las que pasaremos a analizar.

2.1. Agravantes especiales de los delitos hurto y robo.

Como se ha señalado, las reglas especiales que agravan la responsabilidad en el delito de robo o en el hurto corresponde a una serie de normas que modifican o alteran el marco de la pena aplicable en estos delitos, las que pueden operar en forma independiente a las circunstancias agravantes comunes del artículo 12 y de las reglas que determinan sus efectos en los artículos 65 y siguientes del Código Penal. Como consecuencia de lo anterior, estas reglas no son compensables con las circunstancias atenuantes del artículo 11 del mismo cuerpo penal, las que en principio tampoco pueden ni deben considerarse doblemente en contra del imputado. Pero estas reglas especiales comparten con las agravantes comunes del artículo 12 las reglas de inherencia y comunicabilidad de los artículos 63 y 64 del Código Penal.

Siguiendo a los profesores Politoff, Matus y Ramírez, las agravantes especiales de los delitos de hurto y robo pueden clasificarse en tres grupos: en razón del objeto del delito, en razón de los medios de comisión y de la anterior conducta del delincuente, clasificación que pasaremos a desarrollar a continuación.[4]

2.1.1. Agravantes especiales en razón del objeto del delito.

Más allá de las consideraciones generales relativas a las características que debe poseer el objeto en el delito de robo o hurto, esto es que se debe tratar de una cosa mueble ajena. De lo que aquí se trata es de ciertas consideraciones que agravan la responsabilidad de estos delitos en torno a ciertos objetos especiales sobre los que recae la conducta típica, a decir: 1) caso del abigeato del artículo 448 bis del Código Penal, 2) Caso del hurto o robo de partes de un animal, del artículo 448 ter inciso 4° del Código Penal, 3) caso del hurto o robo de vehículos, actualmente inserta en el artículo 443 del Código Penal.

a) Caso del Abigeato.

El delito de abigeato después de la dictación de la Ley 20.090, del 11 de enero de 2006, se encuentra regulado en el artículo 448 bis, el que es del siguiente tenor: "El que robe o hurte uno o mas caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino, comete abigeato y será sancionado con las penas señaladas en las Párrafos 2, 3 y 4". Sin embargo, lo que aquí nos interesa es la forma en que se agravan las penas y esto lo encontramos específicamente en el artículo 448 ter. Esta no es una figura delictiva independiente, más bien, se trata de una agravación obligatoria que el juez debe aplicar sobre las penas que correspondan aplicar al caso en concreto del robo, hurto o hurto de hallazgo de que se trate, en los casos en que el objeto sobre el cual recae la conducta típica se trate de caballos o bestias de silla o carga, ganado mayor, tales como bueyes, mulas, yeguas o asnos o, menor, tales como, ovejas, cabras, Etc., o porcinos.[5] Aunque parece un contrasentido que estas disposiciones no incluyan las especies avícolas, las que si estaban contempladas en la redacción original del Código Penal, pero que más bien obedece al hecho de encontrarse especialmente castigado el hurto de plumas, pelos, crines, cerdas o cualquier otro medio de pelajes en el artículo 448 Quinquies. Cabe también anticipar que tampoco es necesario que se trate de varias especies aludiendo al ganado, sino que basta con que se trate de un solo espécimen.

De todas formas, la agravación de la penalidad aplicable a estos casos, y tal como se puede apreciar del artículo 448 ter, tiene como base la conducta consistente en la sustracción de cosas sin la circunstancia de que el objeto material del delito sea de animales. El aumento de penalidad para estos casos al tenor de lo dispuesto en el artículo 448 ter, actualmente es obligatorio para el juez, que debe aplicar una vez que haya determinado la pena aplicable conforme a las reglas del artículo 65 y siguientes del Código Penal.

El fundamento de esta agravación de pena, es la protección de la actividad ganadera, lo que para algunos autores como Los profesores Politoff, Matus y Ramírez, hoy en día es insostenible, en virtud del principio de igualdad ante la ley, quienes no ven un fundamento especial para agravar la pena en delitos relativos a una determinada actividad productiva, considerando además, que estos delitos en su mayoría se cometen en sitios no destinados a la habitación o en bienes nacionales de uso público, con lo que se puede hacer aplicable una agravante específica, independiente del valor del objeto de protección, si se emplearen los medios de fuerza del artículo 443 de nuestro Código Penal.[6]

El profesor Etcheverry, sigue el mismo sentido, en cuanto el fundamento de esta agravante como criterio económico y además de la difícil vigilancia y defensa de las especies animales en el campo. Agrega este autor que el requisito esencial para esta agravante sería la naturaleza del objeto material sobre el cual recae la apropiación. Ahora bien, señala que el problema que se puede plantear respecto a los objetos a que se refiere la norma estaría dado por lo que se debe entender por ganado mayor o menor o porcino, de ahí que este autor realice un desglose, señalando que el término ganado es un conjunto de bestias mansas de la misma especie, ahora bien, ganado mayor, se refiere a los caballares, vacunos, asnales y mulares, aunque hay otros autores que agregan a los camélidos. Aclara, el profesor Etcheverry, que el ganado menor sería el ovejuno y el cabrío y el ganado de cerda o moreno, sería el de los porcinos, señala que la última modificación tuvo por objeto aclarar estos conceptos y así se incorporó expresamente el ganado

porcino, además del ganado mayor o menor, considerando que en todo caso debe tratarse de bestias cuadrúpedas de cierto tamaño, domésticas y que sirvan para el trabajo, la alimentación o la industria, excluyéndose a los perros, conejos, zorros y los animales no domesticados, así también como los empleados en trabajos científicos como los cuyes, ratas o cobayas.[7]

Ahora bien, en cuanto a la cantidad, el término ganado da la idea de que se debe tratar de varias unidades, lo que genera algunos problemas en tanto la sustracción ha sido una especie de las contempladas en la norma, así las cosas algunos autores se inclinan en pensar que la razón de la norma dependería del lugar más que de la cantidad, aunque la palabra ganado, implicaría la exigencia de una pluralidad, aunque como bien lo señala Etcheverry, es sostenible también la tesis que prefiere entender este término como una referencia a la especie a la cual deben pertenecer los animales, mas no la necesidad de un número determinado, de manera tal que ya una cabeza hurtada sería suficiente para configurar el abigeato. Otros estiman que la apropiación de un animal de estos es suficiente para configurar el abigeato, pero la apropiación de varios podría no serlo, que al igual que Carrara, considerarían que la esencia de esta agravante radica en la dificultad de defensa del dueño, esto es que deriva del lugar y no del número. Por su parte el profesor Labatut cree que en todo caso es necesaria una pluralidad, pero que es arbitrario establecer una cifra cualquiera, pues para él la razón de esta norma estaría dado por la protección de la ganadería.[8] El profesor Etcheverry, concluye al respecto, que la expresión ganado, no tiene otro sentido que el de designar la especie a que los animales apropiados, por lo que la sustracción de uno de los animales de estas especies sería suficiente.[9]

b) Caso del hurto o robo de partes de animal.

El actual inciso 4 del artículo 448 ter que es del siguiente tenor: "Será castigado como culpable de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o alguna de sus partes." Artículo que también contempla una agravación de pena, que al igual que el caso anterior, no tiene ningún fundamento que justifique su existencia, tal como lo señalan los profesores Politoff, Matus y Ramírez, es innecesaria, ya que el beneficio, entendido como faenamiento, o destrucción de los animales a que se refiere la norma, para el caso que se realizare la apropiación de las partes de los animales, este se realizara en sitios no habitados o en bienes nacionales de uso público, como ocurriría en la mayoría de los casos, la conducta puede constituir un robo con fuerza si concurren los presupuestos del artículo 443 del Código Penal. Por su parte, si el animal fuera sustraído y faenado en otro lugar, se estaría en presencia de un hurto o robo consumado siendo su consumo posterior un acto impune que incluso a mi parecer puede ser simplemente el agotamiento del delito. [10]

c) Caso del hurto o robo de vehículos

La ley 20639, publicada en el Diario Oficial el día 11 de Diciembre de 2012, en el numeral 2 de su artículo único, derogó el artículo 449 del Código Penal, el cual en su inciso 1° que era del siguiente tenor: "En los casos de robos o hurtos de vehículos, podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores, las penas superiores en un grado a las que les hayas correspondido.". Se trataba de una agravante de la penalidad del delito de hurto o robo en razón del objeto del delito, específicamente, se refiere a los casos de vehículos.

Lo que planteaba esta disposición era que se facultaba al juez para aplicar a los autores, cómplices o encubridores, la pena asignada al delito de hurto o robo según correspondiera aumentada en un grado, cuyo aumento para el caso de que la pena aplicable hubiese estado constituida por varios grados, dicho aumento se debía aplicar después de haber determinado la pena base aplicable al caso concreto, es decir que previamente se debía determinar la pena de conformidad a lo previsto y dispuesto en el artículo 65 y siguientes del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en el derogado inciso final del artículo 449, el aumento de la penalidad o agravante especial de los delitos de hurto y robo, regulaba el caso en que se destruyeran los vehículos con la finalidad de apropiarse solamente de partes de ellos. Debemos señalar al respecto, que el derogado artículo 449 contemplaba una diferencia entre el inciso primero y segundo, en dicha hipótesis, la agravante a que se refería era de aplicación facultativa para el juez, de tal forma que si se decidía aplicar, se debía previamente realizar la determinación de la pena conforme a las reglas generales del artículo 65 y siguientes del Código Penal y aumentar posteriormente en un grado la pena asignada.

Con la entrada en vigencia de la ley 20.639, que modifico nuestro Código Penal, derogando el artículo 449 y modificando los artículos 443 y 456 bis A, lo que se ha hecho es eliminar lo anterior y darle mayor gravedad al delito de hurto o robo de vehículos motorizados, que en un primer término se agrega dentro de las hipótesis de robos en bienes nacionales de uso público, al hurto o robo de vehículos asignándole una pena determinada y específica para dicho delito. Por su parte, y a mi propio parecer, la tercera parte de la modificación que realiza la ley 20.639, en el sentido en que se modifica el artículo 456 bis A, no es de la mejor, de tal forma que se ha pretendido agregar dentro del tipo penal de la receptación a los vehículos motorizados, insertándolos en una serie de objetos que más bien apuntan a cosas que son o forman

parte de los suministros eléctricos o de alcantarillado. Hubiere sido mejor considerar un inciso a parte para agregar los vehículos motorizados y sus implementos, ya que incluso estos últimos eran contemplados en el artículo 449 recientemente derogado.

El derogado artículo 449 del Código Penal, no era pacífico en cuanto a su aplicación, así el profesor Etcheverry,[11] consideraba que la agravante se encontraba vigente, pese a ser anterior al artículo 443, ello en virtud de que el artículo se refería al objeto del delito, mientras en el citado artículo 443 la agravación se hacía en consideración del lugar de comisión del ilícito, por su parte, el profesor Labatut,[12] al menos antes de la modificación, era de la opinión contraria y sostenía que este agravante tenía una aplicación subsidiaria, haciendo consideración a las situaciones de hechos reguladas por el derogado artículo 449 inc. 4° y las del artículo 443 del Código Penal, donde este último desplazaría a las del 449 de conformidad al principio de especialidad; Por su parte los profesores Politoff, Matus y Ramírez,[13] son más bien de la idea por inclinarse en general por entender que esta agravante estaba consumida en el delito del artículo 443 del Código Penal, más bien por el principio de inherencia recogido en el artículo 63 del mismo código, puesto que las reglas que contenía artículo 449 no configuraban delitos independientes, claro que hacían la salvedad del inciso final del artículo 449, ya que todas las agravantes de esta norma tendrían la misma causa, siendo esta que se trataría de cosas de fácil apropiación y es muy difícil colocar barreras de protección para ellas. Agregan estos autores, que cabría aplicar analógicamente en beneficio del reo, el artículo 63 del Código Penal que impide aplicar como agravante una circunstancia inherente en el delito que sin ella no se hubiera cometido.[14]

Esta discusión hoy en día parece estar fuera de contexto, pues a la luz de la reciente reforma, pareciera que se le hubiere dado la razón a los profesores Politoff, Matus y Ramírez, pues es en el artículo 443 donde se ha incorporado este delito de hurto o robo de vehículos.[15]

A modo de apreciación personal, debo señalar que con la referida reforma, lo que se ha hecho es eliminar la agravación de la penalidad contemplada para el caso de los robos de vehículos, pasando a ser parte de la figura del artículo 443, en que se contempla ya este ilícito como figura autónoma con una pena más alta.

2.1.2. Casos de la agravante en razón de los medios comisivos, el uso o porte de armas de fuego.

Antes de la promulgación de la ley 19.975, existían en relación a esta agravante una expresa cláusula de subsidiariedad que imponía la pena de presidio mayor en sus grados mínimos a máximos a los culpables de robo o hurto que utilicen o porten armas, siempre que no les corresponda pena mayor por el delito cometido.

La ley 19.975, tuvo como principal propósito evitar las desproporciones penológicas, modificando el sentido de la regla anterior, disponiendo que “en los delitos de robo y hurto la pena que correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas.” De esta forma, la circunstancia N° 20 del artículo 12 del Código Penal, tendría un efecto especial en estos delitos que excluye su aplicación como agravante genérica, ello en atención a la expresa disposición del artículo 63 del Código Penal, el cual prohíbe la doble valoración de las circunstancias agravantes, fórmula que es una consecuencia del principio de non bis in ídem.

Lo anterior nos deja como consecuencia que cuando se trata de los delitos de hurto y robo con violencia o intimidación simple o calificada, en que el uso de armas cumple dos funciones, por una parte, pertenecen al delito mismo y por otra parte se trataría de circunstancias inherentes a su comisión.

Por otro cabe hacer mención a el artículo 288 bis, introducido por la misma ley 19.975, en el año 2004, sanciona el porte de armas cortantes o punzantes en lugares públicos, artículo que corrobora lo señalado anteriormente y que se ve reafirmado por la ley 17.798 sobre control de armas y específicamente en este punto se alude a las armas de fuego.

Ahora bien, en lo que refiere a otros tipos de armas, distintas a las cortantes, punzantes o de fuego, su inherencia a la violencia empleada o en la intimidación que se ejerce es una cosa más bien evidente.[16]

Donde pareciera ser un poco más complejo, es en los casos de tipos penales como el homicidio cuando este se comete con armas, y los profesores Politoff, Matus y Ramírez[17] plantean que lo está en discusión es la posibilidad o no de aplicar, además de las penas del robo con violencia o intimidación, no las correspondientes a la agravación de este del inciso 2° del artículo 450 bis del Código Penal, sino que las propias penas de los delitos especiales en comento, de tal forma que esos autores, responden a esta inquietud con la aplicación de un concurso real de los delitos en que se utilizan armas de fuego y un la aplicación de la regla de la absorción para los casos restantes.

De esta forma, la situación actual de la regulación de esta agravante, se traduce en que esta regla solo tiene sentido cuando se trata de agravar un delito de hurto, robo con fuerza en las cosas o robo por sorpresa, pues en estos casos el porte de arma parece representar un peligro común, el cual no sería inherente a estos delitos, ni se encuentra tampoco comprendido en la medida de su pena. Entonces el efecto que se produce es el de elevar en un grado la pena a partir del máximo previsto en la ley, ya que esta agravante altera el marco penal antes de su determinación judicial, además

es posible aplicar algunas otros agravantes del artículo 456 bis si concurrieren en el caso concreto, ya que estas operan el proceso de determinación judicial de la pena.

No podemos dejar pasar el hecho de que si se considera que lo que se pretende castigar es el mayor peligro que implicaría el porte de un arma en estos delitos, y además de que la agravación ahora es solo de un grado de la pena establecida en la ley, se puede dar el caso que su aplicación signifique un inesperado beneficio punitivo, particularmente si se comparan sus efectos en los delitos de hurto, robo en lugares no habitados o sitios no destinados a la habitación y robo por sorpresa con las penas del porte o tenencia ilegal de armas de fuego de la Ley 17.798, las que irían desde presidio menor en su grado mínimo a mayor en su grado mínimo. Pero no ocurre lo mismo en los casos de los delitos que involucran las armas cortantes o punzantes, las que se sancionan en el artículo 288 bis con presidio menor en su grado mínimo o multa. Por otro lado, ocurre el efecto contrario, esto es que se puede dar el caso de un agravamiento inusitado de la pena, especialmente en el caso del robo en lugar habitado del artículo 440 del Código Penal, donde aunque ni siquiera hubiera el caso del uso de arma del artículo 288 bis para intimidar o violentar a un tercero, la pena sería la de un robo con intimidación simple del artículo 436.

Por su parte el profesor Garrido Montt, es también de la idea en que en los casos de hurto no habría problemas en considerar esta agravante siempre que estas circunstancias no constituyan un robo, pues pareciera estar implícita la conducta en tipo y por tanto no puede agravar la pena en dicho caso.[18]

2.1.3. Caso de la agravante en razón del comportamiento anterior del culpable.

El artículo 452 de nuestro Código Penal establece expresamente: "El que después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos, además de las penas que le correspondan por el hecho o hechos en que hubieren reincidido, el tribunal podrá imponerle la de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de los límites fijados en el artículo 25.". De esta forma se establece que el reincidente en estos delitos además de la pena que le corresponda por el o los robos o hurtos cometidos, el juez podrá, facultativamente, imponerle además la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad. En el mismo sentido también podemos encontrar al profesor Garrido Montt.[19]

Esta agravante el artículo 452 del Código Penal, es distinta de la agravante genérica de reincidencia del artículo 12 numeral 17 del mismo cuerpo legal y, de tal forma no se puede utilizar para determinar la pena.[20]

Según el profesor Etcheverry, tampoco tiene la limitación del artículo 104 del Código Penal, y además su aplicación es facultativa, como también el tiempo a que puede quedar sometido a la vigilancia de la autoridad, dentro de los límites del artículo 25, esto es entre 61 días a 5 años.[21]

2.2 Agravantes específicas de los delitos de hurto y robo.

Estas agravantes especiales, fueron introducidas a nuestra legislación por la ley 11.625, el cual incorpora a nuestro Código Penal el artículo 456 bis, estas agravantes vienen a proteger penalmente a la propiedad de los bienes muebles con mayor severidad.

A juicio del profesor Mera, estas agravantes no tienen justificación dogmática ni jurídico penal, agrega que si nos remitimos a su interpretación doctrinal y jurisprudencial, que se refiere en general, a la mayor indefensión de la víctima y al debilitamiento que la propiedad supondría, no constituiría incremento del injusto y de la culpabilidad que no se encuentre posiblemente cubierto por alguna otra hipótesis de las agravantes generales, este profesor considera que lo elevado de los marcos penales las harían innecesarias y exageradas desde la perspectiva de cualquier política criminal mínimamente razonable.[22]

Lo anterior, sumado a la práctica de los tribunales de justicia en aplicar estas penas tan desproporcionadas, provocan que el profesor Mera opte por una aplicación restrictiva de estas circunstancias agravatorias, para otorgales algún grado de racionalidad.[23]

Sin perjuicio de lo que opina el profesor Mera, como se ha señalado, en esta clasificación estamos siguiendo a los profesores Politoff, Matus y Ramírez, en los puntos anteriores analizamos las agravantes especiales de los delitos de hurto y robo y ahora nos corresponde referirnos a las agravantes específicas de estos delitos.[24]

La diferencia de las agravantes específicas con las agravantes especiales, es que las primeras operan en la determinación de la pena y por ello se rigen por los artículos 62 y siguientes del Código Penal, y muy especialmente en lo que toca al artículo 63 y su posibilidad de compensación, dicho de otra forma, no modifican la pena señalada por la ley al

delito en concreto o el grado al que se ha determinado judicialmente, sino que actúan en su determinación y aplicación de la misma forma que lo hace las agravantes genéricas de nuestro derecho penal.

Los profesores Politoff, Matus y Ramírez, en este sentido concluyen: primero, que estas circunstancias es posible aplicar la compensación con las atenuantes que se presenten y no modifican el marco penal; y segundo pueden aplicarse conjuntamente con las agravantes especiales.[25]

Por su parte, cabe señalar que el artículo 456 bis de nuestro Código Penal es más bien genérico, de manera que involucrar tanto al robo como al hurto, sin embargo, para algunos, como el profesor Mera, estas agravantes solo se pueden aplicar a los hurtos, a los casos de robos con fuerza en las cosas y la hipótesis del robo por sorpresa, pero en ningún caso a las hipótesis del robo con violencia o intimidación en las personas.[26] Esto lo fundamenta el profesor Mera, señalando que el mayor desvalor de estas figuras complejas y pluriofensivas que se traduce en su penalidad tan elevada, absolvería el plus del injusto que representarían dichas agravantes, agrega que fue la misma ley, la que les aumento las penas, agrega que si se tiene en consideración el robo calificado, en donde la máxima pena a la que se puede llegar es el presidio perpetuo calificado, pareciera que a esta hipótesis no se le pudiera aplicar pues ya tiene la pena máxima que prevé nuestro derecho penal, la pena de presidio perpetuo calificado. Además, este autor estima que se debiera llegar a la misma conclusión respecto del robo simple, en el sentido que la afectación a la vida y la integridad corporal para esta figura, la cual explicaría según este autor, su penalidad, lo cual absorbe cualquier otro desvalor de menor entidad a la concurrencia de estas agravantes específicas, que el profesor Mera las llama especiales. Agrega además, que estas agravantes en los casos en que se emplea violencia o intimidación en las personas, comportaran con frecuencia un peligro para la seguridad física de las personas, el que ya ha está incorporado al injusto del robo, y considerarlo nuevamente por intermedio de las agravantes, sería atentatorio para el principio de non bis in ídem, agrega que también la penalidad de estos ilícitos sería muy alta, si se considera que el resultado de la violencia o intimidación consiste en daños menores para la integridad corporal o en la creación de algún peligro para la seguridad física, hipótesis esta última que el profesor Mera considera como no sancionada por nuestro derecho.[27]

Claro está, que esta postura del profesor Mera, en relación a la pluriofensividad de ciertas conductas que parecieran compuestas, como el robo con homicidio, robo con violación, son una forma particular de ver estos delitos que tiene como finalidad intentar sistematizar los delitos contra la propiedad y especialmente los de hurto y robo, tesis que es muy debitada por el profesor Bascuñán, quien es de la idea de considerar el robo como una coacción y que implica descartar la teoría que plantea el profesor Mera.[28] En lo particular no me corresponde hacerme cargo en este trabajo de la fuerte discusión que plantea el profesor Bascuñán a la teoría del profesor Mera, que tenga o no razón, sus teorías han sido fuertemente aceptadas por la jurisprudencia de nuestros tribunales, pero si en lo que me toca, es ver si lo que plantea el profesor Mera en cuanto a la aplicabilidad de estas agravantes a todas las hipótesis de hurto o robo, o en su defecto si debemos excluir algunas, lo que analizaremos caso a caso.

Ahora pasaremos a desarrollar cada una de estas agravantes específicas de los delitos de robo y hurto.

2.2.1. Caso de agravante específica cuando la comisión del delito sea en lugar que favorezca la impunidad.

El artículo 456 bis N1 del Código Penal señala expresamente como circunstancia agravante en los delitos de robo y hurto "ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquier otra condición favorezcan la impunidad."

Para el profesor Mera, la sola consideración del lugar de la comisión del delito no es suficiente para explicar el sentido de esta agravante, considera que para que esta opere, el sitio debe tener ciertas características, que además favorezcan la impunidad y además se requiere de otro elemento que constituya el plus de desvalor que pueda explicar la agravación. Este último elemento estaría constituido por la afectación del sentimiento de tranquilidad y de seguridad de las víctimas, lo que ocurre en los casos en que la apropiación de las cosas se lleva a cabo mediante violencia o intimidación y siempre y cuando el empleo de estos medios no constituya un delito de robo, ya que de ser así, esto estaría subsumido en la conducta típica del robo con violencia o intimidación y no podrá operar la agravante.[29]

Esta agravante guarda un parecido con la del N° 12 del artículo 12 de nuestro Código Penal, y como señala el profesor Etcheverry, por especialidad esta primaria por sobre la general.[30] Por su parte el profesor Garrido Montt adhiere a esta misma conclusión.[31]

En relación a la agravante del N° 12 del artículo 12 de nuestro Código Penal, la doctrina ha señalado que su fundamento estaría determinado por la mayor indefensión del sujeto pasivo, el profesor Cury afirma, en relación al concepto de despoblado, que se trata de un concepto relativo a la posibilidad que tiene la víctima de ser auxiliada,[32] se puede ver una justificación similar en el caso de esta agravante en comentario, que supondría un debilitamiento en las posibilidades de defensa que tendría la víctima ante el ataque que se ejecute en lugares como los descritos. El profesor Mera, señala que este debilitamiento es inherente a todo delito contra la propiedad mueble cometido por medios materiales, señala que así ocurre en el caso del hurto por medio de la clandestinidad, pero que dicho medio no implica la concurrencia de

un desvalor adicional que merezca el aumento de la penalidad por intermedio de la agravante[33] y que aunque fuera así, no se podría autorizar para aplicar esta agravante pues implicaría realizar una analogía in malis partem.

Por su parte, otros autores, consideran que esta agravante es inútil pues el sentido que se trate de que la circunstancia busque la debilitación de la defensa de la víctima, no sería más que otro caso de alevosía en su vertiente de obrar sobre seguro y por ende estaría cubierta por las agravantes del artículo 12, y en dicho sentido la creación de esta figura específica de agravante sería inútil.[34]

Por su parte, el profesor Etcheverry, ven el fundamento de esta agravante en la frase final de la misma disposición, en el hecho de tratarse de sitios que por sus características especiales favorecen la impunidad en el caso concreto.[35]

Agrega, el profesor Mera, que para que concurra esta agravante es necesario que el sitio donde se realiza la apropiación, sea de tal naturaleza que favorezca la impunidad, pero esto no es suficiente, para la agravante, este solo hecho constituye una circunstancia que integra el concepto de encubrimiento del delito, de tal forma que ella debería en nuestro sistema ser absorbidas por las formas más graves y previas de participación, como lo son la autoría y la complicidad y no dar un plus de desvalor computable autónomamente como agravante, con ello se produce un contrasentido, de tal forma que el encubrimiento real y efectivo de la apropiación, consistiría en cualquier forma de aseguramiento de la impunidad, lo que no puede ser sancionado separadamente, pues la autoría absorbe el encubrimiento, este autor, en cambio sostiene que podría computarse como agravante la sola realización del hecho en circunstancias que favorezcan la impunidad, a lo que agrega que la impunidad es una aspiración a la que mira el que delinque y que la ley lo ha visto así, por lo que está sola circunstancia no puede ser objeto de reproche hacia el sujeto. Agrega el autor, haciendo cargo de la circunstancia N° 11 del artículo 12 del Código Penal, que esta circunstancia se funda en razones de política criminal relativas a que el hecho para los delincuentes es alentador contar con colaboración tendiente a procurarse al impunidad, sin embargo este aliento, existirá en todos los casos en que el autor es auxiliado mediante diversas modalidades de la complicidad. Sin embargo el legislador no ha considerado el actuar en complicidad como agravante, proponiendo que esto es un error fundado en circunstancias político-criminales y que es merecedor de una refirma en este sentido.[36]

El profesor mera, considera que una interpretación adecuada para esta agravante y efectivamente le da sentido, sería sostener que esta presupone la afectación de otro bien jurídico distinto a la propiedad, como lo es el sentimiento de tranquilidad y seguridad. Concluye en relación a esta agravante específica, que se trata de una agravante del hurto, del robo por sorpresa y del robo con fuerza en las cosas cometidos en bienes nacionales de uso público o en otros sitios abiertos y siempre se emplee la violencia o la intimidación en los caso en que su uso no llegue a constituir un delito de robo. Las apropiaciones no violentas para este autor, aunque se realicen en sitios como los de la disposición en comento, no dan lugar a la agravante, pues en tales casos sigue siendo el bien jurídico protegido la propiedad y por tal motivo no se aprecia un plus de desvalor que justifique la aplicación de la agravante.[37]

Personalmente no comparto en cuanto a sus fundamentos, esta postura del profesor Mera, en orden a que estar buscando otros bienes jurídicos distintos que complementen las disposiciones legales, con la finalidad de dar sentido a una teoría como lo es el hecho de considerar estas hipótesis de delitos con su agravantes en tipos pluriofensivos, es ampliar el rango de aplicación y creo que es mejor atenernos al simple tenor de la norma y buscar su propia aplicación, y concuerdo más con la tesis del profesor Bascuñán ya señalada supra, en el sentido del robo como coacción.

Ahora bien, por su lado, siguiendo a los profesores Politoff, Matus y Ramírez, esta agravante, pareciera en general no tener problemas y ser aplicable en general al hurto y robo con violencia o intimidación en las personas, pero por la forma en que se actúan, no puede ser aplicable en los siguientes delitos que pasamos a desarrollar.

a) Caso de agravante para el robo por sorpresa.

El robo por sorpresa del artículo 436 inciso 2° del código Penal, a nuestro parecer solo se aplica en principio a la modalidad de ataque por sorpresa, cuando este se realice en sitios eriazos u oscuros, lo que reduce las posibilidades de aplicación práctica de esta agravante, pues como señalan los profesores Politoff, Matus y Ramírez, los lanzazos o la carrera son propios de las zonas céntricas de las ciudades.[38]

b) Caso de agravante para el robo con fuerza del artículo 440 del Código Penal.

Para el caso del robo con fuerza del artículo 440 del Código Penal, la circunstancia de comentarse este ilícito en lugar habitado o destinado para la habitación, da la idea de ser inaplicable la circunstancia del N° 1 del artículo 456 bis del Código Penal, lo que pareciera ser así en todos de los casos en que el robo con fuerza se ejecute en lugares urbanos permanentemente habitados o poblados. Sin embargo, esta agravante también puede cometerse en lugares habitados o destinados a la habitación que se encuentren solitarios, tales como las casas de playa o de veraneo, lo mismo con las casas de descanso en el campo, etc.

c) Caso de agravante para el robo con fuerza de los artículos 442 y 443 del Código Penal.

Para el caso del robo con fuerza de los artículos 442 y 443 de nuestro Código Penal, se puede señalar que por la propia naturaleza de la agravante del N°1 del artículo 456 bis, no puede ser aplicable por lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo, pues esta situación está implícita en el tipo del delito, así el artículo 443 se refiere a "sitio destinado a la habitación", lo que lo hace inherente al mismo tipo, de tal forma que sin esta circunstancia la tipicidad no se puede dar, algunos autores como Politoff,[39]consideran que aquí la desprotección que importaría la falta de vigilancia es lo que favorecería la impunidad, considerando que este sería uno de los presupuestos de la existencia de la figura agravada en análisis. Criterio que es seguido por la jurisprudencia para descartar la aplicación de la agravante específica del numeral 1 del artículo 456 bis.

Ahora, por su parte, el profesor Mera, en relación al caso del robo con fuerza en las cosas, señala que solo puede presentarse esta agravante del 456 bis N° 1, tratándose de las apropiaciones realizadas en bienes nacionales de uso público o en sitios abiertos no destinados a la habitación. Agrega que en los casos de lugares habitados o no, se trata de lugares cerrados a los que se ingresa mediante alguno de los medios señalados en la ley, de tal forma que la agravante en comento, por su propia naturaleza, no se refiere a los lugares cerrados y no puede por tanto aplicarse a los casos de robos con fuerza en las cosas en sitios habitados, destinado a la habitación, o en sus dependencias o en lugar no habitado.[40]

Concluye el profesor Mera que esta agravante específica, para el especial, es de escasa aplicación práctica, pues el peligro para la seguridad física, que ella pudiere comportar se presentara cuando se use la violencia o la intimidación, pero que en dicho caso, el delito cometido sería el de robo por lo que no podría aplicarse esta agravante. Sin embargo, continua el profesor Mera, si la apropiación se cometiera en los lugares señalados por esta disposición y se emplea como medio la violencia, sin que esta llegare a constituir robo por no hacer peligrar la seguridad física de las personas, entonces parecería aplicable la agravante específica en comento, por cuanto sería afectado un bien jurídico distinto de la propiedad como lo es el sentimiento de tranquilidad y seguridad.

d) Casos de agravantes específicas para los hurtos del artículo 447 del código Penal.

En los casos de los hurtos del artículos 447 de nuestro Código Penal, que se refiere a los casos calificados por el autor del hurto, como el dependiente, el criado, por el obrero, aprendiz, el posadero, o por el patrón o comandante de buque, pero también está calificado por el lugar en que se comenten, y que prácticamente obedecen a los lugares en que desarrollan sus actividades laborales o funcionales; es evidente que no puede aplicarse la agravante del N° 1 del artículo 456 bis, pues como señala los profesores Politoff, Matus y Ramírez, no se trata de lugares en que se favorezca la impunidad.[41]

2.2.2. Agravantes específicas en los casos de ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física.

En el artículo 456 bis N°2 nos encontramos en presencia de una agravante genérica especificada para los delitos de hurto y robo, pues también la encontramos en el artículo 12 numeral 6 de nuestro Código Penal, de esta forma es imposible que se puedan aplicar conjuntamente de lo contrario se estaría infringiendo el principio de non bis in ídem.[42]

Sin embargo debo aclarar que por especialidad, si concurre esta circunstancia se debe aplicar la del caso específico del hurto y robo, esto es las del artículo 456 bis N° 2.

En el mismo sentido, el profesor Mera, quien luego de señalar que el fundamento de esta agravante no la debemos buscar en el solo hecho de la calidad de la víctimas, debemos ver el plus que implica la agravación de la pena en el mayor desvalor adicional a la mera afcción de la propiedad y que este estaría dado por el uso de la violencia o de la intimidación. Agrega que no puede ser relevante en los casos por ejemplo de robo con fuerza en las cosas, o de un robo por sorpresa, ni en el caso del hurto en que se procede clandestinamente, casos en los cuales la inferioridad de la víctima es irrelevante, pero si se puede encontrar este plus en los casos de violencia en las personas, siendo este plus el peligro para la vida o la integridad corporal de la víctima en manifiesto estado de inferioridad, sin embargo agrega este autor, que si es del caso, esta circunstancias constituiría robo y no daría pie a la aplicación de la agravante, pues se estaría vulnerando el principio non bis in ídem, de tal forma que encontraría este plus que justifique la aplicación de la agravante en aquellos casos en un grado mayor al de las víctimas inferiores, la afectación del sentimiento de tranquilidad y de seguridad que el solo empleo de la violencia supone., pero solo en el sentido de un uso de violencia como medio de apropiación de las cosas. Este autor justifica la agravante en el hecho de que la afectación del sentimiento de tranquilidad

y seguridad que se produce con el empleo de la violencia o de la intimidación, cuando no ponen en peligro la seguridad física de las personas, es mayor si se trata de víctimas que se encuentran en manifiesto estado de inferioridad física, su seguridad y tranquilidad son mayores que las que pueden experimentar el resto de las personas.[43]

2.2.3. Agravante específica en los casos de ser dos o más los malhechores.

El artículo 456 bis N°3 del Código Penal, considera lo que se denomina pluralidad de malhechores, pero en este caso estamos en presencia de una agravante específica para el delito de hurto o robo.

En cuanto al origen de esta agravante específica, surge en remplazo del actuar en banda o cuadrilla. La jurisprudencia, es de aplicarla en todos aquellos casos en que los autores son dos o más, de manera que no se acepta por lo general la aplicación del término malhechor del artículo 17 de nuestro Código Penal, que se refiere al encubrimiento, entendiéndose que en dicha disposición se refiere a un delincuente en el delito que se encubre. Para algunos autores como los profesores Politoff, Matus y Ramírez, son de la idea de que aquí esta distinción es inaplicable, pues se trataría de una simple reiteración del artículo 12 N° 11, entendiéndose que el número de partícipes materiales es para asegurar el delito, debilitando las defensas, el profesor Etcheverry, sigue a la jurisprudencia en el mismo sentido,[44]y por su parte el profesor Labatut,[45]es más bien del parecer que se requiere profesionalidad o habitualidad, quien sigue una jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2001, con voto de disidencia del Ministro Carlos Künsemüller,[46]criterio que ahora no es sostenido por las Cortes de Apelaciones de nuestro país, pese a que como señalan los profesores Politoff, Matus y Ramírez, el diccionario de la RAE, pare darla la razón a la Excelentísima Corte Suprema, donde se define al malhechor como a aquel que comete delito, agregando a los que habitualmente lo hacen, sin excluir a los que cometen crimen o delito por primera vez.[47]

Cabe señalar que los profesores Politoff, Matus y Ramírez, son de la idea de considerar que en los casos en que el autor actúa con inimputables por encontrarse esta hipótesis en la del N° 5 del artículo 456 bis, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 72, hace imposible aplicar esta agravante específica considerando con si fuera pluralidad de malhechores, pero me permito agregar que se debe considerar en atención a las circunstancias la posibilidad de aplicar la agravante genérica del artículo 12 N° 11 de nuestro Código Penal.

Por su parte el profesor Mera, considera que esta es una de las agravantes de mayor importancia en estos delitos, ello debido a la frecuencia con que la aplican nuestros tribunales de justicia, y señala que pese a ello aún no se ha logrado establecer claramente su fundamento, así también, lo mismo ocurre con el concepto de malhechores. Agrega que en los términos en que está redactada esta agravante, nos encontramos en uno de esos casos paradigmáticos en que los términos de la ley fijan el ámbito máximo de aplicación, pues en dicho sentido se puede entender que se refiere a lo menos a dos individuos que actúan en la comisión del delito, pero este autor, nos señala que no solo podemos conformarnos con la sola operación aritmética del sentido de la norma. Agrega que no es la cantidad lo que determina el sentido de la agravante, que se trata de una cuestión valorativa, en los cuales se debe determinar en qué casos y bajo que supuestos, la participación de dos o más personas en un acto de apropiación de muebles ajenos implicaría una agravación de la pena.[48]

Lo primero que hace el profesor Mera, es señalarnos que el significado del término malhechor es de gran importancia para determinar el alcance de la agravante y citando al profesor Etcheverry señala que es preciso que los partícipes concurren materialmente en el momento y lugar del delito,[49]el profesor Etcheverry, agrega que la expresión malhechores, no es sinónimo de autores, partícipes o responsables en el amplio sentido del artículo 14 del Código Penal, señala que son los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito.[50]

El profesor Mera concuerda con lo anterior, pero señala que esto no es suficiente, señala que la presencia de los sujetos requiere un plus en relación con la afectación de la propiedad, la intervención de dos o más sujetos en el momento y lugar de los hechos dar siempre lugar a la aplicación de esta agravante, sostener lo contrario significaría violar el principio de non bis in ídem por cuanto se consideraría dos veces la presencia del sujeto en el lugar del hecho, primero para convertirlo en autor y castigarlo como tal y la segunda para aumentar su penalidad en consideración de la agravante. Respecto de los cómplices, tanto de los propiamente tales y los de la primera parte del 15 N° 3 del Código Penal se debe hacer una distinción, aunque este autor señala que de todas formas ambos quedan excluidos de la aplicación de la agravante. El profesor Mera plantea dos situaciones que pueden darse en relación a los cómplices: la primera, en cuanto a su cooperación consistente en un auxilio anterior al hecho, por lo que no interviene materialmente en el mismo, de tal forma que en dicho caso no se le puede aplicar la agravante, pues la norma exige que su participación material debe ser en el momento y lugar del ilícito; en segundo lugar, la cooperación del cómplice consistente en actos simultáneos al hecho y que suponen su presencia física, en este caso, tampoco se puede aplicar la agravante, pues su complicidad consiste en prestar cooperación a la ejecución del hecho por actos simultáneos que exigen su presencia, la que sería inherente a su participación, por lo que considerarla para los efectos de agravar la penalidad, implicaría vulnerar el principio de non bis in ídem,[51]el profesor Mera señala que pareciera ser que la única hipótesis que se podría dar para aplicar esta agravante sería en el caso de los coautores que intervienen materialmente en el hecho y siempre que su presencia física tenga relación con el fundamento que se le atribuye a la agravante.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones que se le atribuyen a esta agravante con el artículo 72 del Código Penal, el profesor Mera señala, que la jurisprudencia ha sido certera y se refiere a los casos en que la pluralidad de malhechores se dan con la concurrencia de menores de edad, aplicando a los mayores de edad la pena sin la circunstancia agravante en comento, aumentándola en un grado por aplicación del artículo 72, pudiendo esta circunstancia ser apreciado por el juez en conciencia, ello por aplicación del principio de non bis in ídem.[52]

Ahora bien, nuestro Código, sistemáticamente, es de no considerar agravada la circunstancia de actuar el autor conjuntamente con otras personas en la ejecución de delitos, sino que solo lo hace excepcionalmente y la razón de agravar las penas no tiene que ver con el solo hecho de la pluralidad de los sujetos, así en el caso del artículo 72 del Código Penal, es preciso que el mayor se haya prevalido del menor para cometer el delito. Y en otros casos, se ha agravado la pena en las situaciones en que el autor se auxilia de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. Por su parte, el artículo 15 contempla la posibilidad de que el delito se cometa con pluralidad de personas y así aparecen los cómplices, pero en estos casos tampoco se agrava la penalidad del autor. Como se puede apreciar la regla general es que la pluralidad de los partícipes no es una circunstancia que agrave la responsabilidad, sin que se requiera la concurrencia de otras características graves para la estimación de agravantes. El profesor Mera, al respecto, nos señala que la aplicación de esta agravante debe fundarse en plus que exceda la sola circunstancia del número.[53]

Ahora bien, en cuanto a que se debe entender por malhechores ha tenido bastantes intentos por aclararlo, así una parte de la doctrina plantea que este un concepto distinto al de delincuente, participe, responsable o autor del delito, la expresión se referiría a los que han cometido delitos anteriormente, refiriéndose a los reincidentes o a los delincuentes habituales. Para el profesor Labatut este concepto no es aplicable para quien ha cometido delito por primera vez y llevaría implícitamente la idea de reincidente, citando a la jurisprudencia que es de la idea de referirse a las personas que han cometido con anterioridad crímenes o simples delitos.[54] El profesor Cury, por su parte, estima que el concepto de malhechor es sinónimo de delincuente y que nada tiene que ver con el concepto de reincidencia, quien comete un delito es un malhechor desde el momento mismo que obra su mal designio.[55] Etcheverry, por su parte, dice que son malhechores los responsables que concurren materialmente a la comisión de delito.[56] Por su parte la jurisprudencia pone de relieve en esta materia la interpretación gramatical donde el significado del concepto dado por la Rae en que el concepto de malhechor se refiere a quien comete un delito, sin referirse a la reiteración, y así también hay fallos que siguen a la segunda acepción del término, en el sentido de que se refiere a aquellos que delinquen por habito, pero ha predominado la primera acepción, de tal forma que se aplicaría esta agravante por la sola circunstancia de que intervengan materialmente en el hecho dos o más personas. A juicio del profesor Mera, la expresión malhechores significaría algo más que personas que cometen un delito, que participes materiales en el hecho, pero tampoco sostiene que la norma se esté refiriendo a los delincuentes habituales y agrega que por razones históricas de la ley, pareciera que se está refiriendo a los que han delinquido con anterioridad, pero sin caer en la hipótesis de reincidencia, más bien se trataría de aquellos que han estado ligados a las actividades delictivas.[57]

Por último, y también siguiendo al profesor Mera, se puede señalar que la agravante en comento solo puede aplicarse a las hipótesis de apropiaciones realizadas con violencia o intimidación, siempre y cuando esta no constituya por sí el delito de robo, esto es en los casos en que dichos medios se comportan solo como medios de apropiación, teniendo su fundamento en la afección del sentimiento de tranquilidad y seguridad que se puede producir cuando la apropiación violenta es participe de dos o más sujetos, aunque no comparto la postura del profesor Mera en el sentido que se debe descartar la situación de que este agravante puede fundamentarse también en el hecho del debilitamiento que implica el actuar de varias personas sobre otra, aunque con la salvedad de que en dicho caso no se debe aplicar la agravante genérica de alevosía.

2.2.4. Agravante específica en los casos de ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito.

Por su parte el artículo 456 bis N° 4, que contiene la agravante específica de ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, con la especial prevención que estos hechos constituyan otro delito.

Aquí se trata de otra circunstancia que es de difícil aplicación práctica, pues en el artículo 433, se considera la hipótesis de ejercicio de violencia para favorecer la impunidad del autor del delito robo, pero para el caso específico de que se tratare de un hurto el artículo 453 del mismo Código nos resuelve el problema disponiendo que se aplique la pena más grave volviendo a la calificación del delito en robo con violencia y conforme a los profesores Politoff, Matus y Ramírez, para el caso que esta violencia genere daños mayores en la persona del defensor, estaríamos en la hipótesis de los casos tratados en relación al cumulo de los homicidios en el robo agravado del artículo 433 N° 1, y entre nosotros tratados en el punto 2.1.2., donde la magnitud solo es estimable a la hora de la determinación de la pena.[58]

El profesor Mera, considera que esta agravante, es una comprobación para su hipótesis de que no es posible aplicarla para el caso de los delitos de robo como violencia o intimidación, para él resulta evidente, pues en estos delitos la

violencia o intimidación resulta implícita en la conducta típica y por expresa disposición del artículo 63 del Código penal no puede producir el efecto de agravar la pena. En cambio, considera que el único sentido que tendría esta agravante para el delito de robo con violencia o intimidación, sería para el caso que se aceptara su interpretación, conforme con la cual el empleo de la violencia no implicaría forzosamente la existencia de un robo, siendo necesario para que esto ocurriera que su ejercicio para el caso concreto haya significado una afectación de la seguridad de las personas. Así las cosas, considera este autor que esta agravante es solo para hurto.[59]

Por mi parte, más bien soy de la idea que para el caso de la violencia o intimidación en el robo, sería una hipótesis que no se puede aplicar por infracción al principio de non bis in ídem, pues ya estaría contenida la conducta en el delito del artículo 439 de nuestro código punitivo, en el sentido que dicha norma para impedir la resistencia o la oposición para obtenerla entrega, considerando que aquí podemos entender la que la oposición también puede venir de un tercero, pero si fuere el caso que la violencia o intimidación no se ejerciera sobre la víctima que sufre al apropiación, en dicho caso estaríamos en un hurto y en tal caso si se aplicara la violencia e intimidación en contra de un tercero que actúa en defensa de la víctima, podríamos aplicar sin mayor problemas esta agravante.

2.2.5. Agravante específica en los casos en que se actúa con personas exentas de responsabilidad criminal según el artículo 10 N° 1.

El artículo 456 bis N° 5 de nuestro Código Penal, contempla la agravante específica de actuar en la comisión del robo o el hurto con personas exentas de responsabilidad criminal según el N° 1 del artículo 10 del mismo Código. En esta agravante, se trata de una figura agravatoria similar a la del artículo 72 del mismo Código, que se refiere al caso de quien comete el delito actuando con menores de edad, circunstancia que contempla el aumento de la pena en un grado.

Para el profesor Etcheverry, se puede apreciar un caso de autoría mediata,[60]pero para los profesores Politoff, Matus y Ramírez, esto no siempre es así, aludiendo a que la voz "con" implicaría no solo el a través de o por medio de, sino que también junto a. De esta forma, la agravante se aplicaría a los caso de autoría mediata y también a los caso en que se valieran de los exentos de responsabilidad criminal del artículo 10 N° 1 del Código Penal.[61]

Por su parte, el profesor Mera, considera que si fuera el caso de considerar esta hipótesis como una figura de autoría mediata, tendríamos un problema de vulneración del principio de non bis in ídem, aunque reconoce que esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia, en efecto señala que se estaría considerando dos veces la utilización el privado de razón, una para fundamentar la autoría mediata y otra para agravar la responsabilidad de esta clase de autores. Considera que si se da la figura del autor mediato, entonces al autor se le debe sancionar conforme a las reglas generales. Este autor es del parecer que se debería intentar otro tipo de interpretación antes de suponer que la intención del legislador ha sido la de vulnerar el principio de non bis in ídem. A su juicio esta agravante no alude a una forma de autoría mediata, sino que se refiere a los autores materiales, agravando la responsabilidad de quienes actúan con personas exentas de responsabilidad criminal, según el artículo 10 N° 1, siendo precisamente los autores materiales, de tal forma que para que opere la agravante es necesario por lo tanto que exista un autor material de la apropiación que actúe con las personas señaladas, quienes deben encontrarse presentes en el hecho.[62]

Agrega este autor que esta agravante, como también nosotros lo hemos dicho, se debe aplicar con preferencia a las del número 3 del artículo 456 bis del Código Penal.

2.2.6. Agravante específica para el caso en que se actúa con alevosía o premeditación conocida, en los casos que se ejerciere violencia contra las personas.

Por último el artículo 456 bis inciso 2°, contempla la agravante específica para los casos en que se actúa con alevosía o premeditación conocida en los casos en que ejerce violencia contra las personas.

Esta agravante es importante en el sentido de que la agravante genérica del artículo 12 de nuestro Código Penal, se limita a los delitos cometidos en contra de las personas, en el sentido de los delitos que comprenden en los títulos VIII del libro II de nuestro Código. De esta forma, si no se considerara esta agravante genérica en los casos por ejemplo de robo con homicidio, robo con lesiones, etc., es perfectamente aplicable en la especie la agravante en específica en comento, pero en ningún caso se puede aplicar doblemente, es decir la agravante genérica del artículo 12 y la agravante específica del 456 bis, pues en dicho caso se estaría infringiendo el principio del no bis in ídem que rige a nuestro derecho penal.[63]

Por su parte, a juicio del profesor Mera, la alevosía y la premeditación conocida, no son circunstancias agravantes del robo con violencia o intimidación, sino que solo agravan el hurto, en los casos en que el empleo de la violencia no llega a constituir un robo. Agrega que estas circunstancias no pueden agravar los caso más graves de robos calificados, sancionados con la pena máxima de nuestro ordenamiento jurídico, aunque esta postura era antes de la derogación de

la pena de muerte, pues señalaba que no había nada que agravar, quizás hoy en día pueda ser otro su fundamento. De todas formas el autor es de la opinión que el robo calificado y lo mismo en cuanto a los robos simples en atención a su alta penalidad, absorbería la alevosía o la premeditación que pudiera concurrir en la apropiación violenta de las cosas.[64]

El profesor Mera, agrega que esta agravante se aplica en los casos en que el ejercicio de la violencia sobre las personas que concurre en la apropiación de cosas no es constitutiva de robo, esto es solo cuando la violencia es el medio para la apropiación, sin afectar la integridad corporal de las personas, de tal forma que se trata de una agravante solo para el hurto en todos aquellos casos en que la violencia ejercida no sea constitutiva de robo y, su fundamento estaría dado por la protección al sentimiento de tranquilidad y seguridad de la víctima.[65]

3. Análisis jurisprudencial.

A continuación incorporaremos jurisprudencia que dice relación con algunas de las agravantes analizadas en este trabajo y con ello intentar clarificar como se ha planteado la opinión de nuestros tribunales orales en lo penal, y algunos fallos de tribunales superiores que dan razón a lo que hemos desarrollado en este trabajo.

3.1. Jurisprudencia en relación a las agravantes especiales.

La Excelentísima Corte Suprema con fecha 28 de enero de 2007 en causa Rol 4446-2007, en relación a la primera figura analizada, esto es al caso de la agravante especial de la figura del abigeato, la cual conforme al artículo 448 ter de nuestro Código Penal, el cual dispone que determinada la pena, sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal de los autores, el juez deberá aumentarla en un grado, de esta forma el artículo 448 ter, a diferencia de lo que ocurría antes, se impone la obligación al juez de aumentar en un grado la pena asignada al delito, cosa que antes era solo facultativo, no cabe duda que la ley más beneficiosa es aquella vigente a la época de los hechos, que sancionaba el hurto de animales, hoy abigeato, con las penas indicadas en el artículo 446 del Código Penal, siendo facultativo elevar en un grado la pena así determinada, a diferencia de la actual normativa que impone al juez el aumento obligatorio de la pena, se advierte que la resolución recurrida se ha apartado de completamente del artículo 18 del Código Penal y de las disposiciones aludidas, pues impuso al condenado una pena más grave la asignada en la ley vigente a la época del delito.[66]

Por su parte en causa Rit 44-2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Linares, en fallo anterior a la modificación del año 2006, rechazó aplicar la agravación para el caso del delito de abigeato en atención a que dado que en la especie la víctima recupero la totalidad de los siete animales que le habían sido sustraídos y el otro afectado recupero a lo menos dos de los que le habían sido robados. Pues los jueces consideraron que aun en el evento de algunos de los sentenciadores admitiera la concurrencia de la agravante, atendido su fundamento histórico de protección especial de la ganadería, no cabe su aplicación en estos hechos, toda vez que los afectados al recuperar sus animales, aun parcialmente como en caso de una de las víctimas, con ello se les habría restituido sus condiciones para restablecer su actividad agrícola ganadera en la forma que la venían desarrollando desde antes de la comisión del delito que las habría afectado.[67]

A su vez, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, por sentencia de 14 de mayo de 2007, que incidía en la causa Rit 3-2007, calificó los hechos como constitutivos de la figura típica del artículo 448 bis y 448 ter del Código Penal. Los hechos en resumidas cuentas, se refieren a dos sujetos que ingresaron a una parcela y dieron muerte a dos caballos y un vacuno de distintos dueños, procediendo a cortar partes de dichos animales, trasladando algunas de ellas a otro lugar, donde fueron sorprendidos por la policía, en momentos en que los sujetos seguían con las labores en su beneficio, encontrándose en el lugar la piernas de estos animales. La calificación jurídica de estos hechos correspondía a las figuras típicas de los artículos 448 bis y 448 ter en relación con los artículos 432 y 446 N° 2 del Código Penal, delitos en grado de consumado, pues las especies habían sido sacrificadas para apropiarse de partes ellas las que fueron sacadas de la esfera de la custodia de sus dueños. Para concluir de este modo, los jueces consideran que no se logró acreditar conforme lo establece la ley que el corte de alambres de púas que servía de cierre perimetral haya sido efectuado con el objeto de ingresar al predio, pues es sabido que este tipo de resguardo no presenta mayores dificultades para ingresar a un inmueble agrícola y que se utiliza, más bien, para impedir que huyan los animales que allí se encuentran. De este modo, los jueces no tienen por concurrente el elemento de fuerza en las cosas que implicaría establecer las circunstancias del robo. [68]

Ahora bien en relación a la agravante especial de uso o porte de armas en la comisión del delito de hurto o robo, cabe destacar un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 23 de Junio de 2010, dictado en causa Rol N° 140-2010, que en los sustancial plantea que es posible la comisión de delito de robo con violencia sin que se emplee arma alguna. La referida Corte estima como perfectamente posible la comisión de un delito de robo con violencia sin que se emplee arma alguna y en que el hechor se valga solo de su superioridad física para agredir a la víctima y forzar la entrega de las especies, en todo caso no debe perderse de vista que la descripción del tipo de robo contenida en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal, solo alude al empleo de violencia o intimidación, pero sin que se exija

que tal violencia o intimidación se lleve a efecto utilizando armas, lo que no quita que tales instrumentos para perpetrar el delito, en muchos casos serán el medio que se use para violentar o intimidar con la finalidad de obtener la entrega de las especies. La contenida en el inciso 2° del artículo 450 del Código Penal, es una agravación específica para los caso de hurto o robo en que usen armas, atendida la mayor peligrosidad que presenta el agresor y la mayor indefensión en que se ve situada la víctima frente a la posibilidad de ser atacada, asegurando de esta forma una mayor impunidad del hecho.[69]

La excelentísima Corte Suprema, en fallo de fecha 25 de octubre de 2010, en causa Rol 6582-2010, ha señalado que la circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puedan cometerse no producen el efecto de aumentar la pena asignada al delito. En la especie, efectivamente se ha vulnerado el principio de prohibición de doble valoración que es un corolario del principio no bis in ídem, pues resulta evidente, de acuerdo a los antecedentes facticos establecidos en el fallo atacado, que tuvo lugar un delito de robo con violencia e intimidación en que se usó como medio comisivo un arma de fuego, lo que per se constituye un elemento inherente al delito.[70]

En relación a la agravante especial del artículo 452 del Código Penal, esto en razón de cumplimiento anterior del culpable, es de muy poca ocurrencia, por cuanto la discusión se centra en torno a la reiteración de hurtos, lo que es distinto al comportamiento anterior, así lo entendido la Excelentísima Corte Suprema en fallo de fecha 21 de octubre de 2003, Rol 4485-2003, que en lo pertinente señala que se consuma el delito de hurto reiterado en la continua sustracción de material árido desde propiedad privada, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, para ser vendido posteriormente a su dueño.[71]

3.2. Jurisprudencia en relación a las agravantes específicas.

En relación a la primera causal del artículo 356 bis, esto es a los caso en que el delito se ejecuta en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios sin transito habitual o que por cualquier otra situación, favorezcan la impunidad, la sentencia de Tribunal Oral en lo Penal de la Serena, dictada en causa Rit 64-2003, no estima concurrente dicha agravante, teniendo en consideración que sobre esta materia y la prueba ponderada durante el desarrollo de la audiencia, indican que la simple oscuridad no son suficientes para constituir esta agravante si no favorecen la impunidad. Además como lo había señalado la defensa en su alegato de apertura, es el delincuente quien debe buscar las circunstancias para asegurar la impunidad y no que las circunstancias se den en forma accidental. Asimismo , durante el desarrollo de la audiencia el tribunal llevo a la convicción que los requisitos de dicha agravante no reúnen por cuanto el recorrido que hizo el colectivo correspondió a los lugares como Enersur, sector d Villa Las Nieves, lugares todos en que transitaban móviles. Por lo demás, fue el hecho que transitaran vehículos lo que consideró la víctima para escapar de su agresor.[72]

Por su parte en otro fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, dictado en causa Rit 13-2003, se desestima las circunstancias agravantes de los numerales 1 y 2 del artículo 456 bis, sentencia que en lo pertinente señala "Tampoco consideran concurrentes las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 456 bis N° 1 y 2 del Código Penal, toda vez que la ebriedad de la víctima y el hecho de haber concurrido a un lugar circunstanciadamente sin vigilancia policial y oscuro, no fueron elementos buscados de propósitos por el acusado. Por el contrario, el señor Z comenzó a beber a tempranas horas del día 23 de agosto de 2002, en forma voluntaria y, según se dijo en el número cuatro del considerando cuarto, la iniciativa para ir a ese lugar fue del propio ofendido."[73]

Por su parte, y en el mismo sentido, en causa Rit 64-2003 del Tribunal oral en lo Penal de Antofagasta se desestimó la agravante del artículo 456 bis N° 2, que en lo medular, señala: "que deberá rechazarse la solicitud del Ministerio Publico de agravar la responsabilidad del acusado con la circunstancia del N° 2 del artículo 456 bis del Código Penal, esto es, ser la víctima persona en manifiesto estado de inferioridad física, pues si bien existió una diferencia de edades y contextura física entre ambos, tales circunstancias no se establecieron como determinantes de la comisión del delito en términos que justifiquen la agravación de la responsabilidad solicitada, pues no se demostró que el hechor la busco de propósito o, al menos, conociéndola previamente, se haya aprovechado o abuse de ella para así garantizar la comisión del delito o su impunidad.

Por el contrario, las circunstancias de comisión, particularmente hora y lugar, como además que la víctima se encontraba momentáneamente sola no lo demuestran, sino que llevan a inducir lo contrario. De igual manera las actitudes que adopto la víctima, quien antes del delito se percató de la presencia del acusado, luego mientras él lo cometía reacciona gritando y después lo persiguió con un arma de fuego para dispararle si podía denotan que las razones de la agravación de responsabilidad solicitada mediante la aplicación de la agravante no concurren, pues no se trata ya del hechor que de propósito elige una víctima con notoria inferioridad física, que facilita la sustracción de las especies, denotando así un desprecio por ésta que justifica un tratamiento penal más gravoso, sino que de aquel ejecutor que en el despliegue de su acción se encuentra con un factor no buscado que, objetivamente, puede favorecerla, pero que no puede aumentar la reprochabilidad de su conducta." [74]

En relación a la agravante específica del artículo 456 bis N° 3, esto es la de ser dos o más los malhechores, en causa Rit

20 -2003 del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, se estimó que perjudicaba a los acusados esta circunstancia agravante, fallo que en lo pertinente señala: “ Que perjudica a los sentenciados la agravante de responsabilidad penal, contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, en la comisión del hecho punible por el cual se les acusó, la que se encuentra acreditada en virtud de lo razonado en el considerando sexto. Así, se ha dado en referido ilícito la multiplicidad de partícipes o malhechores, entendido como quienes obran su mal designio, que concurren materialmente en el momento y lugar, previamente concertados para su ejecución, lo que configura justamente la agravante en estudio, lo cual aumenta el injusto ya que aseguraron, por un lado, la impunidad de los autores a merced de la ayuda mutua que se proporcionaban y, en definitiva lo pudo haber hecho más gravoso para ella.

En la especie ha quedado establecido que los acusados actuaron mancomunadamente unos intimidando con un cuchillo al ofendido y los otros registrándolos y sustrayéndole las especies mientras era intimidado para que no opusiera resistencia.”.[75]

En el mismo sentido y con los mismos fundamentos el mismo tribunal acogió la agravante de ser dos o más los malhechores del artículo 456 bis N3 en causa Rit 22- 2003.[76]

Ahora bien, un fallo interesante por la doctrina citada es el emanado del Tribunal Oral de Linares en causa Rit 12-2003, que desestima la aplicación de la agravante del 456 N° 3 del Código Penal que en lo pertinente es del siguiente tenor: “Que en cuanto a la alegación de la acusación de que el acusado perpetró el hecho ilícito objeto del presente juicio en compañía de otras personas no identificadas, circunstancia que de ser efectiva configuraría la agravante de pluralidad de malhechores, debe tenerse presente que si bien la testigo MPCC declara que escucho voces de varias personas después de oír el fuerte golpe, los carabineros Leiva, Chandía y Rabanal afirman que solo encontraron en el negocio a DDAR con las especies a que se refiere el ilícito, lo que es índice que sólo fue éste quien intervino en la ejecución del hecho, máxime si se considera que en este juicio oral solo se está juzgando al acusado Ávila Rubio y a nadie más.

A mayor abundamiento, cabe tener presente que para que exista la agravante de pluralidad de malhechores, es necesario que exista concierto para la perpetración del ilícito y participación en el mismo, posición que es concordante con la manifestada por el profesor Jorge Mera Figueroa, en su obra Hurto y Robo, Editorial Jurídica Conosur marzo de 1995, Pág. 157, quien sostiene al efecto que “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”. En el mismo sentido, el profesor Alfredo Etcheverry sostiene que existe pluralidad de malhechores cuando varias personas concurren materialmente en la ejecución del delito y que no incluye entre las mismas al autor instigador, porque este no está presente al cometerse el ilícito (Derecho Penal Parte Especial, tomo III, pág. 365).

Por último debe tenerse presente, que la aplicación del principio de inocencia del sistema del Código Procesal Penal, por el que se rige el presente juicio oral, exige, respecto de la pluralidad de malhechores, que el juicio se refiera en forma determinada respecto de todos y cada uno de los autores directos del ilícito penal, ya sea porque se les haya acusado a todos ellos. Ya sea porque se prueba en dicho juzgamiento que existe sentencia firme dictada en otro juicio, estableciendo la participación material de personas distintas al acusado en el hecho.”.[77]

Ahora bien, la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 2758-2003 que incide en los autos Rit 10-2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, en relación a la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, que en lo pertinente es del siguiente tenor: “Vigésimo Primero: Que, en relación con la materia tocada en el segundo punto, es decir, error de derecho en la aplicación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, referido a que no es procedente la aplicación aritmética de tal agravante y que malhechor es aquel que ha delinquido, baste señalar que, como en reiteradas sentencias se ha sostenido por este Tribunal, la voz malhechores se circunscribe a la expresión “el que mal hace”, y no se determina por situaciones de hecho que importen la presencia de sujetos con antecedentes penales pretéritos, por lo que tampoco existe en este aspecto infracción de ley en los términos que lo preceptúa la causal esgrimida, lo cual no supone una aplicación aritmética de la disposición como lo alude el recurrente, sino que la interpretación que de ella hacen los sentenciadores, a la luz de la historia fidedigna de la misma. Causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal.”

“Trigésimo Octavo: Que, también se propone que el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, es improcedente en los delitos frustrados o en las tentativas, por aplicación del artículo 50 inciso 2° del Código Penal, en relación con el artículo 456 bis N° 3 de igual texto, y que la misma modificatoria de responsabilidad tampoco tiene aplicación toda vez que no se cometió por malhechores, ya que poseen irreprochable conducta anterior, citando en su apoyo la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que señala que malhechor es el “Que comete delito, y especialmente que los comete por hábito”, teniendo influencia en lo dispositivo toda vez que el tribunal de no mediar la misma pudo haber quedado en condiciones de reducir en un grado la pena, en conformidad a la norma del artículo 67 del Código Penal.”

“Trigésimo Noveno: Que como ya también se expuso, la acepción malhechor supone, como el propio recurrente lo transcribe en su libelo “el que mal hace”, sin que tal acepción tenga ninguna connotación mayor que aquella referida a un actuar delictivo.”

“Cuadragésimo: Que, en lo relativo a que ella sólo se aplica a los delitos consumados, sustentada tal premisa en lo

preceptuado en el artículo 50 inciso 2° del Código Penal, en relación con el artículo que establece tal agravante, baste decir que el primero prescribe “Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

“Cuadragésimo Primero: Que tal disposición simplemente fija los parámetros de la sanción para el delito perfecto, sin que esto suponga que excluye de la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad a los delitos imperfectos, pues la norma no se encamina hacia ello, sino que está dirigida a fijar el marco de interpretación o referencia en cuanto al alcance de la penalidad establecidas para los ilícitos que el Código Punitivo y leyes pertinentes establecen.”.[78]

Por su parte en relación a la misma agravante del artículo 456 bis N° 3 de nuestro Código Penal, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, en causa Rol 180 -2004, que rechaza recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, fijando el alcance de agravante de ser o dos o más los malhechores, señala al respecto:

“VISTO: A fojas 6, el Abogado Defensor Penal Público, don Ricardo Sanzana Oteiza, en representación de los imputados Herald Cristian González Farías y Hugo Mario Butrón Rocco (no González como se le individualiza), interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de dieciséis de noviembre del año en curso, en causa Rol Único N° 0410001823-9, Rol Interno del Tribunal N° 110-2004, y Rol I. Corte N° 180-2004, que se lee de fojas 1 a 5 vuelta, de esta carpeta, pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, integrado por los jueces señores Jorge Quiñones Garat, Héctor Gutiérrez Massardo y Rodrigo Olavarría Rodríguez, en virtud de la cual se les condenó a sufrir el primero la pena corporal de siete años seis meses cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, y el segundo ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, y a ambos a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago proporcional de las costas de la causa, fijándose en un cincuenta por ciento para cada uno de ellos, como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de consumado en perjuicio de Eva Calle Calle, perpetrado en Arica el 13 de abril de 2004. Fundamenta el recurso en la causal consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, al haberse dictado el fallo impugnado efectuando una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, en relación con el numeral 3° del artículo 456 bis del Código Penal, norma esta última que establece la agravante de responsabilidad penal denominada pluralidad de malhechores. Señala que dicha infracción se produce al reflexionar en el considerando undécimo de la sentencia recurrida que tal circunstancia de concreta, aplicando un criterio de carácter meramente aritmético, lo que contrasta con el sostenido por la defensa, en el sentido que se requiere que la concurrencia de los partícipes en el delito constituya un “plus” que provoque un aumento en el estado de la indefensión de la víctima, situación que no se produjo en el presente caso, por cuanto ella en su declaración expuso que nunca se percató de la presencia de sujeto alguno en su antejardín, lo que permite concluir que la participación de uno o más sujetos nunca puso en peligro su seguridad ni aumentó su estado de indefensión, ya que la víctima nunca debió repeler a quienes ingresaron a su propiedad, sin perjuicio que quedó establecido que solamente lo hizo un solo sujeto, lo que se condice con las especies sustraídas, que según su propia declaración era posible que trasladara un solo individuo. Agrega que este error significó un aumento de la sanción aplicada, puesto que si bien de no ser considerada como tal, aunque autorizaba a los sentenciadores a recorrer la pena en toda su extensión, “se les imponía a los jueces la obligación de fundamentar la imposición de cualquier condena que no fuera en su mínimum, so pena de nulidad por falta de fundamentos.”. Pide que, de conformidad con el artículo 385 del Código Procesal Penal, se anule la sentencia recurrida, y acto continuo se dicte el que corresponda con arreglo a derecho, en donde deberá desconocerse la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Punitivo, y se les aplique una pena inferior. TENIENDO PRESENTE: Primero: Que el recurrente asila su recurso de nulidad en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, afirmando que en la dictación de la sentencia impugnada se incurrió en un error en la aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, al considerarse que a los acusados les afectaba la circunstancia agravante de la pluralidad de malhechores, consagrada en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, lo que no ocurre, según aquél, porque no se da el “plus” del aumento del estado de indefensión de la víctima. Segundo: Que al respecto, cabe tener únicamente presente para el rechazo del recurso, que el propio recurrente ha reconocido que los sentenciadores, aún sin considerar la referida agravante, estaban facultados para recorrer en toda su extensión la sanción contemplada por la ley para el hecho punible de que son responsables, un delito de robo con fuerza en las cosas en grado consumado, que el artículo 440 del Código Punitivo castiga con presidio mayor en su grado mínimo, o sea, consta de un grado de una divisible, como se indica en el raciocinio decimotercero. Agrega eso sí, que los jueces, en tal hipótesis, de todos modos debieron aplicar la sanción en el mínimo, so pena de nulidad por falta de fundamentos. Sin embargo, el inciso primero del artículo 67 del Código Punitivo, no exige tal requisito, como se desprende de su propia lectura al prescribir que “el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla.”. Tercero: Que, en todo caso, el fallo recurrido, en su motivo decimotercero ya citado, argumenta que no beneficiando a los sentenciados atenuante alguna, y concurriendo respecto de ambos la agravante de la pluralidad de malhechores, les impondrá el castigo en el máximo, conforme con el inciso segundo del referido artículo 67, añadiendo que, no obstante perjudicar también a Butrón la agravante de la reincidencia específica, no hará uso de la facultad contenida en el inciso quinto de la misma norma, de aumentar en un grado la pena. Cuarto: Que, a mayor abundamiento, en lo que dice relación con la agravante propiamente tal, los sentenciadores fundamentaron la concurrencia de la misma en el motivo undécimo de fallo recurrido, sin que importe una errónea aplicación del derecho al no aceptar la tesis del recurrente, teniendo especialmente presente que el artículo 456 bis del Código Penal, la establece como circunstancia agravante en su numeral 3, diciendo “Ser dos o más los malhechores;”, sin agregar ningún otro requisito. Quinto: Que, por lo demás, entre los autores se

señala que el verdadero alcance de la agravante es “el debilitamiento de la defensa privada, el aumento del peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes, amparados en el número.”, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, de Alfredo Etcheverry, página 365; criterio que se ha visto reflejada en la jurisprudencia citada en la obra del mismo autor El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo IV, de la misma editorial, páginas 390 a 392. Por las anteriores consideraciones y normas legales citadas, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido a fojas 6 de esta carpeta, por el Defensor Penal Público, don Ricardo Sanzana Oteiza, en favor de los acusados Herald Cristian González Farías y Hugo Mario Butrón Rocco.”.[79]

También en relación a la agravante de pluralidad de malhechores, del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, la sentencia de fecha 24 de enero de 2005, dictada en causa rol 206-2004, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, que rechaza recurso de nulidad en virtud del principio de trascendencia, no obstante estimar que existió una errónea aplicación del derecho, sentencia que en lo pertinente es del siguiente tenor:

“A fojas 8, el Abogado Defensor Penal Público, don Ricardo Sanzana Oteiza, en representación del acusado William Villalobos González, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha catorce de diciembre último, dictada en causa Rol único N° 0400064127-3, Rol Interno Tribunal N° 130-2004, y Rol Corte N° 206-2004, rolante de fojas 1 a 7 de esta carpeta, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, integrado por los jueces don Rodrigo Olavarría Rodríguez, doña María Quiroz Fuenzalida y don Carlos Rojas Staub, fallo que condeno al imputado Villalobos González a la pena de siete años, seis meses y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas del juicio, en su calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas con escalamiento en lugar habitado en perjuicio de doña Daisy Casas Sánchez, perpetrado en esta ciudad el día veinte de febrero de dos mil cuatro. Fundamenta el recurso en la causal consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, alegando que en el pronunciamiento del fallo se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del mismo, en relación al artículo 11 N°s 7 y 9 y artículo 456 bis N° 3 ambos del Código Penal, normas relativas a circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que, a juicio del recurrente, de haberse realizado una correcta interpretación y aplicación de ellas, la pena impuesta al condenado hubiese sido menos gravosa. Basado en estas consideraciones y en lo prevenido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, pide que se anule la sentencia recurrida y separadamente se dicte el fallo de reemplazo el que deberá reconocer respecto de su defendido las atenuantes del N° 7 y 9 del artículo 11 del Código Penal y desestimar la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo cuerpo legal, rebajando la pena en un grado a la asignada al delito, esto es, aplicando tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, sin perjuicio de, incluso, rebajarla hasta en tres grados. TENIENDO PRESENTE: PRIMERO: Que, en el juicio criminal seguido en contra Villalobos González, que hoy nos ocupa, se ha establecido fehacientemente la existencia del delito de robo en lugar habitado en perjuicio de doña Daisy Casas Sánchez. Asimismo, y con los medios de prueba aportados al juicio se determinó, sin lugar a dudas, la participación inmediata y directa del acusado en el referido ilícito. Ambos aspectos no fueron alegados ni discutidos por la defensa en el recurso de nulidad impetrado. Que, el delito de robo ya precisado, tipificado en el artículo 440 del Código Penal, se encuentra sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de cinco años y un día hasta diez años de cumplimiento efectivo de la pena. Que, es este orden de ideas cabe tener presente que la sanción impuesta al condenado, de siete años, seis meses y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, que le fuera aplicada como autor del señalado delito, se encuentra en el rango fijado por la ley y por tanto, desde esta perspectiva, no merece reproches. SEGUNDO : Que, en cuanto a la atenuante del N° 7 del artículo 11 del Código Penal, el recurrente manifiesta que concurre por haber tenido su defendido el propósito o intención de resarcir a la víctima en sus perjuicios y en el ofrecimiento que éste hizo a la víctima ante el Juez de Garantía. A este respecto cabe hacer dos consideraciones: Por una parte, y tal como lo dicen los jueces recurridos en el motivo decimotercero del fallo, ningún antecedente se hizo allegar a la carpeta judicial que indicara la existencia de esta voluntad por parte del imputado de procurar reparar el mal causado, y por tanto tratándose de un hecho que corresponde a dicho interviniente ilustrar al tribunal, mal puede ahora hacer alegaciones sobre una circunstancia no probada o acreditada. Por la otra, la atenuante en cuestión no está reducida a la mera intención, al simple propósito o a la sola voluntad del imputado en reparar el mal causado, sino que deben existir hechos ciertos y concretos, propios del imputado, que impliquen, supongan o revelen y manifiesten esa intención, propósito o voluntad, lo que en la especie no sucede. Que, por tanto, la desestimación de esta atenuante ha sido ajustada a derecho y entonces no concurre causal de nulidad. TERCERO: Que, en relación a la circunstancia atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, aparece correctamente desestimada en el considerando decimocuarto del fallo, y en consecuencia se trata de una decisión ajustada a derecho. Que, en efecto, ningún indicio concurre para estimar que han sido los dichos del imputado o los actos realizados por éste los que permitieron esclarecer los hechos investigados. Por el contrario, se desprende de los antecedentes que Villalobos González, fue sorprendido por los funcionarios aprehensores con la especie sustraída en su poder, entonces, ya no existía cuestión alguna que aclarar. Ahora bien, la confesión del imputado sólo conforma o permite precisar su participación en el delito, y la misma no puede ser considerada por sí como una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, los que ya estaban precisados o fijados por los funcionarios policiales. CUARTO: Que, en lo referente a la circunstancia agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, efectivamente como lo sostiene el recurrente ella no se encuentra acreditada en el proceso, y por tanto debe ser desestimada, más tal declaración no obsta a la validez de la sentencia. Al respecto, y tal como lo han resuelto en numerosos casos los tribunales nacionales, esta agravante sólo concurre cuando son dos o más los individuos en contra de quienes se sigue la causa criminal, cuando son dos o más los condenados por el mismo delito de robo o hurto; y, no puede ser de otra forma, puesto que la calidad de malhechor o de delincuente la determina exclusivamente el fallo condenatorio, y en consecuencia si en el proceso criminal existe un imputado, un

acusado y un condenado, como en el caso de autos, jamás puede tener presencia esta agravante. En consecuencia, al aceptar los juzgadores la concurrencia de la circunstancia modificatoria de responsabilidad en estudio, han incurrido en una errónea interpretación el derecho, pero tal desacierto no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Esto último resulta cierto toda vez que en la especie no concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, sea que beneficien o perjudiquen al sentenciado, por lo que al aplicar la pena el tribunal podrá recorrer la misma en toda su extensión. De esta manera el error anotado no es de la envergadura suficiente para anular la sentencia estudio, en razón a que no ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En este orden de ideas, cabe reiterar lo expresado en el motivo primero de esta sentencia, en cuanto a que la pena aplicada a Villalobos González, se encuentra en el rango legal. Y, considerando la gravedad del delito, que el condenado ingresó a la vivienda escalando una reja y rompiendo el vidrio de una ventana, que personas permanecían al interior del inmueble, y además la peligrosidad demostrada en la conducta del malhechor, quien mantiene una condena pendiente de cumplimiento por un delito similar, es pertinente mantener la condena fijada en la sentencia cuya nulidad se ha impetrado en esta instancia. Por estos fundamentos, y visto además lo dispuesto en los artículos 67 y 440 N° 1 del Código Penal; 372, 373 letra b), 375, 376 inciso 2º, y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido a fojas 8 de esta carpeta, por el Defensor Penal Público, don Ricardo Sanzana Oteiza, a favor del acusado William Villalobos González.”.[80]

Existe una gran cantidad de fallos de la Excelentísima Corte Suprema que confirma los criterios que hemos estado destacando, y que no siendo el objetivo de este trabajo detenernos en extremo en la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, solo señalare algunos de ellos: 1) Corte Suprema, 28/10/2010, Rol 6907-2010; 2) Corte Suprema, 29/07/2004, Rol 1837-2004; 3) Corte Suprema, 26/05/2004, Rol 1371-2004; 4) Corte Suprema, 26/05/2004, Rol 1572-2004; 5) Corte Suprema, 04/07/2002, Rol 2020-2002; 6) Corte Suprema, 25/08/2010, Rol 9607-2009; 7) Corte Suprema, 27/12/2005, Rol 1653-2005; 8) Corte Suprema, 08/03/2004, Rol 644-2004; 9) Corte Suprema, 06/05/2003, Rol 1157-2003 y muchos más.

Conclusiones

Como se ha logrado entender en el desarrollo de este trabajo, a modo de conclusión en relación a los principales problemas que plantean las agravantes especiales y específicas de los delitos de hurto robo son los siguientes:

En primer lugar, en relación a las agravantes especiales del delito de abigeato, señala que el problema que se puede plantear respecto a los objetos a que se refiere la norma estaría dado por lo que se debe entender por ganado mayor o menor o porcino, pero esto ha ya sido tratado en extenso por los autores citados y se encuentra más o menos zanjado, por su parte, otro problema que se logró apreciar fue en cuanto a la cantidad especies que se deben contar para que se dé la tipicidad de esta conducta, problema que surge a la luz del termino ganado, ya que algunos autores son de la idea de considerar que se debe tratar de varias cabezas y otros con que solo basta que se sustraiga una de estas especies para considerar que se dan los presupuestos para esta figura agravada, prefiero entender que con una sola especie de las sustraídas se estaría cumpliendo con los requisitos de su procedencia, por considerar que el termino ganado se refiere a genero de los animales que se pretenden proteger, con ello adhiero a la jurisprudencia mayoritaria al respecto.

Ahora bien, por su parte, en cuanto al hurto o robo de partes de animales, no se logra apreciar mayor dificultad, salvo el problema que al igual que en caso anterior, se puede apreciar dificultades prácticas en cuanto a al fundamento de la existencia de esta agravante, lo que puede verse resuelto por la jurisprudencia en el sentido de la protección especial que requeriría la actividad económica ganadera.

Por otro lado siguiendo la línea de la agravantes especiales, en relación al hurto o robo de vehículos, el problema que se planteaba es si la figura del derogado artículo 449 del Código Penal, era aplicable o no, donde algunos autores eran de considera que por inherencia este agravantes estaba subsumida por inherencia en el artículo 443, en este sentido, los profesores Politoff, Matus y Ramírez, y a la luz de la reciente reforma, por medio de la cual se derogaba el artículo 449 y se incorpora el objeto de esta agravante al artículo 443, se puede entender que ya no existiría esta problemática y que se le habría dado la razón a estos autores. Ahora en opinión, respecto de esta reforma, considero que no es de las más felices, por cuanto se incorpora un objeto en el artículo 443, que queda como un cuerpo extraño en la norma, hubiese preferido que se creara un nuevo inciso completo y que incluyera las partes de los mismos.

En relación al uso o porte de armas de fuego como agravante de los delitos de hurto o robo, el principal problema que se logró apreciar, fue en relación al robo con violencia o intimidación, y muchos más en esta última hipótesis, pues la pregunta que surge es si puede aplicarse esta hipótesis a los delitos de robo, me modesta opinión es que no es posible por dos motivos, la primera, porque considero que si se utilizan las armas es claro que el propósito es para intimidar y por tal motivo esta conducta estaría comprendida en el robo, y de esta forma si se aplicara la agravante se infringiría el principio de non bis in ídem. La fórmula que planten algunos autores en relación a buscar un límite dependiendo de la gravedad del uso o porte de armas, de tal forma que esto sea de tal magnitud que no configure un delito d robo, parece más bien ilusorio y no fundado en circunstancias objetivas.

Ahora bien, en relación a la agravante en consideración a la conducta anterior del delincuente, cabe señalar que no se aprecia mayores dificultades en su aplicación, pues ha sido clara la doctrina y jurisprudencia en el sentido de distinguir

que no se trata de las hipótesis de reiteración de hurto o robos, sino que de los casos de reincidencias

En relación a las agravantes específicas, en primer lugar, en relación a cuando la comisión del delito sea en lugar que favorezca la impunidad, el principal problema que se ha logrado encontrar, en general, se trata de que algunos autores tratan de encontrar una justificación a esta agravante prevaleciendo de agregar un plus al bien jurídico protegido, de tal forma que no sería solo se afectaría la propiedad, sino que también se estaría afectando la capacidad de defensa de la víctima, o su integridad física, o su sentimiento de seguridad, más bien soy de la idea que no se debe buscar el fundamento agregando o creando bienes jurídicos a estas hipótesis, lo que se sanciona es una conducta específica para favorecer la impunidad, lo que busca el autor del ilícito no es generar indefensión de la víctima, pues lo que quiere el hechor es no ser descubierto y esto está implícito en cada acto delictual. Más allá de esto, esta agravante específica contempla otros problemas más importantes en su aplicación, lo que ha llevado a los autores a tener que analizar en relación a ciertas figura típicas para confirmar o descartar su aplicación en algunos casos y así encontramos, que para el caso de agravante para el robo por sorpresa, los autores estiman que es de muy poca aplicación práctica, pues la modalidad de comisión de estos delitos no permitiría que se den los presupuestos requeridos; para el caso de la agravante en comento, para el robo con fuerza del artículo 440 del Código Penal, la circunstancia de comentarse este ilícito en lugar habitado o destinado para la habitación, pareciera dar la idea de ser inaplicable la circunstancia del N° 1 del artículo 456 bis del Código Penal, lo que pareciera ser así en todos de los casos en que el robo con fuerza se ejecute en lugares urbanos permanentemente habitados o poblados. Sin embargo, es de mi parecer que esta agravante también puede cometerse en lugares habitados o destinados a la habitación que se encuentren solitarios, tales como las casas de playa o de veraneo, lo mismo con las casas de descanso en el campo, etc.; Por otro lado, para el caso del robo con fuerza de los artículos 442 y 443 de nuestro Código Penal, se puede señalar que por la propia naturaleza de la agravante del N°1 del artículo 456 bis, no puede ser aplicable por lo dispuesto en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo, pues esta situación está implícita en el tipo del delito, así el artículo 443 se refiere a "sitio destinado a la habitación", lo que lo hace inherente al mismo tipo, de tal forma que sin esta circunstancia la tipicidad no se puede dar, y en esto concuerdan la mayoría de los autores. En los casos de los hurtos del artículo 447 de nuestro Código Penal, que se refiere a los casos calificados por el autor del hurto, pero también el tipo está calificado por el lugar en que se comenten, y que obedecen a los lugares en que desarrollan sus actividades laborales o funcionales; es evidente que no puede aplicarse la agravante del N° 1 del artículo 456 bis, pues como señala la mayoría de los autores, no se trata de lugares en que se favorezca la impunidad.

Ahora en el artículo 456 bis N°2 nos encontramos en presencia de una gravante genérica especificada para los delitos de hurto y robo, pues también la encontramos en el artículo 12 numeral 6 de nuestro Código Penal, de esta forma es imposible que se puedan aplicar conjuntamente de lo contrario se estaría infringiendo el principio de non bis in ídem. Sin embargo también se puede apreciar el problema de aplicación conjunta con la agravante del 456 bis N2, sin embargo por especialidad y por incurrir en una doble valoración de las circunstancias agravantes, tanto la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en aplicar para estos casos solo esta última circunstancia.

Por su parte, en relación a la agravante de pluralidad de malhechores, cabe señalar que la doctrina es clara en señalar a raíz de la misma redacción de la causal del N° 3 del artículo 456 bis, que se debe tratar de más de un sujeto, además se debe tratar de sujetos que actúan materialmente en el momento y lugar de la comisión del ilícito, y también algunos han planteado que el problema estaría dado por el concepto del termino malhechor, en el sentido de que se debe entender por tal, para algunos, se refiere a una persona que se dedica a la comisión de delitos y para otros no es necesario esta circunstancias y que de tal forma el primerizo podría estar dentro de este término, la jurisprudencia prefiere esta segunda opción.

Por su parte el artículo 456 bis N° 4, que contiene la agravante específica de ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, con la especial prevención que estos hechos constituyan otro delito. Aquí se trata de otra circunstancia que es de difícil aplicación práctica, pues en el artículo 433, se considera la hipótesis de ejercicio de violencia para favorecer la impunidad del autor del delito robo, pero para el caso específico de que se tratare de un hurto el artículo 453 del mismo Código nos resuelve el problema disponiendo que se aplique la pena más grave volviendo a la calificación del delito en robo con violencia y para el caso que esta violencia genere daños mayores en la persona del defensor, estaríamos en la hipótesis de los casos tratados en relación al cumulo de los homicidios en el robo agravado del artículo 433 N° 1, donde la magnitud solo es estimable a la hora de la determinación de la pena. Por mi parte, más bien soy de la idea que para el caso de la violencia o intimidación en el robo, sería una hipótesis que no se puede aplicar por infracción al principio de non bis in ídem, pues ya estaría contenida la conducta en el delito del artículo 439 de nuestro código punitivo, en el sentido que dicha norma para impedir la resistencia o la oposición para obtenerla entrega, considerando que aquí podemos entender la que la oposición también puede venir de un tercero, pero si fuere el caso que la violencia o intimidación no se ejerciera sobre la víctima que sufre al apropiación, en dicho caso estaríamos en un hurto y en tal caso si se aplicara la violencia e intimidación en contra de un tercero que actúa en defensa de la víctima, podríamos aplicar sin mayor problemas esta agravante.

El artículo 456 bis N° 5 de nuestro Código Penal, en relación a la agravante específica de actuar en la comisión del robo o el hurto con personas exentas de responsabilidad criminal según el N° 1 del artículo 10 del mismo Código. En esta

agravante, se trata de una figura agravatoria similar a la del artículo 72 del mismo Código, que se refiere al caso de quien comete el delito actuando con menores de edad, circunstancia que contempla el aumento de la pena en un grado. El problema que se puede apreciar es en relación a la autoría mediata, pues algunos autores pretenden ver un caso en que el autor utiliza menores como autores mediatos para cometer el ilícito, otros consideran que si fuera el caso de esta hipótesis, tendríamos un problema de vulneración del principio de non bis in ídem, aunque se reconoce que esta postura ha sido recogida por la jurisprudencia, en efecto señala que se estaría considerando dos veces la utilización del privado de razón, una para fundamentar la autoría mediata y otra para agravar la responsabilidad de esta clase de autores. Considera que si se da la figura del autor mediato, entonces al autor se le debe sancionar conforme a las reglas generales. Para algunos autores esta figura no alude a una forma de autoría mediata, sino que se refiere a los autores materiales, agravando la responsabilidad de quienes actúan con personas exentas de responsabilidad criminal, según el artículo 10 N° 1, siendo precisamente los autores materiales, de tal forma que para que opere la agravante es necesario por lo tanto que exista un autor material de la apropiación que actúe con las personas señaladas, quienes deben encontrarse presentes en el hecho y así no se vulneraría el principio de non bis in ídem.

Por último el artículo 456 bis inciso 2°, contempla la agravante específica para los casos en que se actúa con alevosía o premeditación conocida en los casos en que ejerce violencia contra las personas, agravante que es importante en el sentido de que la agravante genérica del artículo 12 de nuestro Código Penal, se limita a los delitos cometidos en contra de las personas, en el sentido de los delitos que comprenden en los títulos VIII del libro II de nuestro Código. De esta forma, si no se considerara esta agravante genérica en los casos por ejemplo de robo con homicidio, robo con lesiones, etc., es perfectamente aplicable en la especie la agravante específica en comento, pero en ningún caso se puede aplicar doblemente, es decir la agravante genérica del artículo 12 y la agravante específica del 456 bis, pues en dicho caso se estaría infringiendo el principio del no bis in ídem que rige a nuestro derecho penal.

Bibliografía.

POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2006.

GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. IV, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007

ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal: Parte Especial, Tomo III, Tercera Edición, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2001

MEDINA JARA, Rodrigo, Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Primera Edición, Santiago: Edit. Puntotext S.A., 2010.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, Primera Edición, Santiago, Edit. Legalpublishing, 2011.

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo/HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Código Penal Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal, Tercera Edición, Santiago, Edit. Librotecnia, 2008.

MERA FIGUEROA, Jorge, Hurto y Robo, Primera Edición, Santiago, Edit. Lexis Nexis Chile, 1995.

LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, T. II, Novena Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General, tomo II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1992.

NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, tomo II, 2° edición, Edit. Cono Sur Ltda., Santiago, Chile, 1985.

BASCUÑAN, Antonio, El Robo como coacción, Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, 2002.

[1]POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, segunda Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, P. 388 ss.

[2]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 388 ss.

[3]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 388 ss.

[4]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 388.

[5]LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, tomo II, Novena edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1985, p. 212.

- [6]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 389.
- [7]ETCHEVERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II, Tercera Edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2001, p. 352 ss.
- [8]LABATUT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 5, p. 343.
- [9]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 354.
- [10]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p.389
- [11]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág.356.
- [12]LABATUT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 5, p. 214
- [13] POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, P. 390.
- [14]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 391.
- [15]LABATUT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 5, p. 214.
- [16]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 392, en este mismo sentido.
- [17]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 392.
- [18]GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. IV, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 260.
- [19]GARRIDO MONTT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 19, p. 258 y 259.
- [20]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 393.
- [21]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 362 ss.
- [22]MERA FIGUEROA, Jorge, Hurto y Robo, Primera Edición, Santiago, Edit. Lexis Nexis Chile, 1995, P. 143.
- [23]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 143.
- [24]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 394 y ss.
- [25]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 394.
- [26]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 143 ss.
- [27]Se debe hacer la salvedad que a la fecha del libro del profesor Mera, se encontraba vigente la pena de muerte para los crímenes más graves de nuestra legislación, por lo que en atención a ello pareciera que este autor entendiera que no se podía agravar la pena.
- [28]BASCUÑAN, Antonio, El Robo como coacción, Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, 2002.
- [29]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 148.
- [30]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 364.
- [31]GARRIDO MONTT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 19, p. 262.
- [32]CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal. Parte General, tomo II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1992, p 173.
- [33]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 149.
- [34]CURY, Derecho Penal, Cit. Nota N° 33, p. 173, en referencia a NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, tomo II, 2° edición, Edit. Cono Sur Ltda., Santiago, Chile, 1985.
- [35]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 364.

- [36]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 150.
- [37]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 154.
- [38]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 394.
- [39]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 395.
- [40]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 153.
- [41]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 395.
- [42]GARRIDO MONTT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 19, p. 262, en el mismo sentido.
- [43]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 144 a 156.
- [44]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 365.
- [45]LABATUT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 5, p. 350.
- [46]Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago 12.03.2001 GJ 249, 144.
- [47]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 396.
- [48]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 156 y 157.
- [49]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 365.
- [50]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 157, citando al profesor Etcheverry cit. Nota N° 7, pág. 365, quien cita una sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, RDJ LXVII, 4, p 325, de 1970, a propósito de los encubridores.
- [51]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 158.
- [52]Corte de apelaciones de Santiago, en fallo de 1970, RDJ LXVII, 4, p. 325 y también Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fecha 23 de agosto de 1962, RDJ T.59, 2° parte secc. 4° p. 156.
- [53]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 160.
- [54]LABATUT, Derecho Penal, Cit. Nota N° 5, p. 217.
- [55]CURY, Enrique, Revista de Cs. Penales, tomo XVIII, 1959, p 49, nota a sentencia.
- [56]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 365.
- [57]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 164.
- [58]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 397.
- [59]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 145.
- [60]ETCHEVERRY, Derecho Penal, cit. Nota N° 7, pág. 365.
- [61]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 397.
- [62]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 166 y 167.
- [63]POLITOFF/MATUS/RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Cit. nota N° 1, p. 397, en este mismo sentido.
- [64]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 169.
- [65]MERA, Robo y Hurto, Cit. Nota N° 23, p 169 y 170.
- [66]Excelentísima Corte Suprema, Sentencia dictada en causa Rol 4446-2007 de fecha 28 de enero de 2007.

- [67] Tribunal Oral en lo Penal de Linares, Sentencia dictada en causa Rit 44-2003.
- [68] Tribunal Oral en lo Penal de Talca, Sentencia dictada en causa Rit 3-2007, de fecha 14 de mayo de 2007.
- [69] Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia dictada en causa Rol N° 140-2010, de fecha 23 de Junio de 2010.
- [70] Excelentísima Corte Suprema, sentencia dictada en causa Rol 6582-2010 de fecha 25 de octubre de 2010.
- [71] Excelentísima Corte Suprema, sentencia dictada en causa Rol 4485-2003, de fecha 21 de octubre de 2003.
- [72] Tribunal Oral en lo Penal de la Serena, sentencia dictada en causa Rit 64-2003.
- [73] Tribunal Oral en lo Penal de Talca, sentencia dictada en causa Rit 13-2003.
- [74] Tribunal oral en lo Penal de Antofagasta, sentencia dictada en causa Rit 64-2003.
- [75] Tribunal Oral en lo Penal de Talca, sentencia dictada en causa Rit 20 -2003.
- [76] Tribunal Oral en lo Penal de Talca, sentencia dictada en causa Rit 22 -2003.
- [77] Tribunal Oral en lo Penal de Linares, sentencia dictada en causa Rit 12-2003.
- [78] Excelentísima Corte Suprema, sentencia dictada en causa Rol 2758-2003 que incide en los autos Rit 10-2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas 15 de septiembre de 2003.
- [79] Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, sentencia dictada en causa Rol 180 -2004, de fecha 31 de diciembre de 2004.
- [80] Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, sentencia dictada en causa rol 206-2004, de fecha 24 de enero de 2005.