

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXX ENERO - MARZO DE 1962 — N° 119

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRÖDDEN

HUMBERTO TORRES RAMIREZ

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

MARIO CERDA CATALAN

**Relator de la Corte de
Apelaciones de Concepción**

**EN LOS DELITOS DE HURTO Y DE ROBO COMETIDOS POR
UN MAYOR CONJUNTAMENTE CON UN MENOR ¿CONCU-
RREN, EL AUMENTO DE PENA DEL INCISO 2º DEL ARTICU-
LO 72 Y LA AGRAVANTE DEL Nº 3º DEL ARTICULO 456 BIS,
DEL CODIGO PENAL?**

**SUMARIO: 1.—Consecuencias de la concurrencia. 2.—Nuestra interro-
gante. 3.—Elementos en juego. 4.—Apariencia de compatibi-
lidad. 5.—El concurso aparente de leyes penales. 6.—Otros
casos de concurrencia. 7.—Non bis in idem. 8.—Solución.
9.—Conclusiones anexas.**

1.—Consecuencias de la concurrencia.—“En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado”, expresa el inciso 2º del artículo 72 de nuestro Código Penal.

Y el Nº 3º del artículo 456 bis del mismo cuerpo de leyes manifiesta que “en los delitos de robo y de hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: Ser dos o más los malhechores”.

Para algunos de nuestros tribunales de justicia las normas transcritas no presentan dificultad alguna en su aplicación, armonizan la una con la otra y pueden concurrir perfectamente, en todos los casos en que un único hecho delictuoso aparece cometido por una pareja criminal.

Se habla de pareja criminal o de codelincuencia, en el caso que nos interesa, cuando los delitos de hurto y de robo aparecen cometidos por varios individuos, de los cuales uno o más son menores de dieciocho años y hay otro, mayor de esa edad.

Ante este tipo de pareja criminal los jueces sancionan al ma-

yor con el aumento de grado establecido en el inciso 2º del artículo 72 y, además, le aplican la agravante del N° 3º del artículo 456 bis. Al menor de 18 años que obró con discernimiento le aplican la pena rebajada en un grado y consideran en su contra la referida agravante. El menor de 18 años y mayor de 16 que obró sin discernimiento, tanto como el menor de 16, son puestos a disposición del Juez de Menores para la aplicación de alguna de las medidas de protección contempladas en la ley respectiva.

Consecuentes con este criterio interpretativo, en las sentencias condenatorias por el delito de robo que sanciona el N° 1º del artículo 433, los jueces consideran que procede aplicar la pena máxima al mayor de 18 años que aparece responsable con un menor de esa edad. Estiman que la sanción correspondiente a tal autor mayor podría ser la de presidio perpetuo o la de muerte en el robo descrito en el N° 2º del aludido artículo.

El hurto que sanciona el N° 1º del artículo 446 generalmente es sancionado con presidio mayor en su grado mínimo, porque estiman que la agravante impide aplicar el inferior de los dos grados de que se compone la pena.

Si la pena señalada al delito es un grado de una divisible aplican la parte más alta del grado superior. Y desde este punto aplican el aumento de grado señalado en el artículo 449 para las sustracciones de vehículos y animales que en esa disposición se enumeran.

Si a las situaciones dichas se agrega otra agravante y no favorece al delincuente mayor alguna atenuante, son dos los grados de aumento, desde el máximo de los designados por la ley, que podría aplicarse, apoyado en el precepto del inciso 3º del artículo 68.

2.—Nuestra interrogante.—Como vemos, la consecuencia de la aplicación conjunta del inciso 2º del artículo 72 y la del N° 3º del artículo 456 bis, no es indiferente. La concurrencia de tales causas de agravación significa aumentar dos veces la sanción correspondiente al delito de que se trata.

Y nos preguntamos: ¿en los casos de hurto y de robo cometidos por un mayor de 18 años con uno o varios menores de esa edad, el mayor habrá de ser sancionado con el aumento de pena

del inciso 2º del artículo 72 y también con la agravante del N° 3º del artículo 456 bis?

El asunto es particularmente serio si, como hemos afirmado en otra parte (1), el aumento de grado del inciso 2º del artículo 72 sólo debería aplicarse a los mayores cuando en el mismo delito aparecen "responsables" individuos menores, o sea, delincuentes de más de 16 años y menos de 18 que obraron con discernimiento. También lo es, cuando los autores del delito no merecen, por el sólo hecho de actuar en pareja, el calificativo de "malhechores" (2).

El tema sugiere ver la situación que se plantea al menor. Si la agravante del N° 3º del artículo 456 bis no afectara al mayor, ¿se aplicaría al menor? Además, ¿se aplica al mayor tal agravante aunque su asociado en el delito sea menor de 16 años, o mayor de 18 que obró con discernimiento?

3.—Elementos en juego.—El delito de hurto o de robo está constituido por un hecho material: la apropiación de una cosa mueble ajena, y por un elemento psíquico: el querer del agente para obtener tal apropiación.

Es lo común que, a la unidad de acción, siga un único resultado o delito.

Aunque haya pluralidad de actos preparatorios, concomitantes o posteriores, siempre la acción delictuosa está constituida por un solo hecho. Igualmente la pluralidad del evento material, como es la sustracción de diversas especies muebles pertenecientes a diversas personas cometida en un solo y mismo acto, importa un único hecho.

El agente del delito único puede, por su parte, actuar solo o asociado, en cuyo caso todos los delincuentes son sancionados en igual grado si participan con responsabilidad y culpabilidad de idéntica naturaleza. Una diferencia en los grados de responsabilidad trae una sanción aumentada o disminuida.

(1) *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Año XXIII, N° 93, Julio Septiembre de 1955, páginas 423 y siguientes.

(2) *Revista citada*, Año XXIV, N° 95, Enero - Marzo de 1956, páginas 33 y 34.

Un delito único, sean sus autores uno o varios, supone siempre la comisión de un solo y mismo hecho. La pluralidad de autores no altera la unicidad del delito.

El inciso 2º del artículo 72 supone la comisión de un solo delito por varias personas. El Nº 3º del artículo 456 bis supone, asimismo, la comisión de un solo delito de hurto o de robo por varias personas.

Ambas disposiciones constituyen circunstancias del delito, porque en esencia son ajenas a los elementos constitutivos de él y tienen la virtud de aumentar la pena asignada al autor del acto ilícito. Si bien sólo la segunda circunstancia ha sido expresamente denominada "circunstancia agravante" y no la primera, tal ausencia de nominación no altera su alcance, porque las instituciones jurídicas se reconocen por sus efectos y no por los nombres que se les atribuyan.

Son, pues, circunstancias del delito, tanto el aumento de pena contenido en el inciso 2º del artículo 72, cuanto la agravante del Nº 3º del artículo 456 bis. Ambos son, en definitiva, aumento de pena y se basan en la comisión de un solo delito por dos o más personas, una de las cuales es mayor de 18 años y la otra, menor de esa edad.

Se explican estos aumentos de pena, por la mayor peligrosidad que siempre resulta de la acción de una pareja criminal. Hay en el mayor una acentuada criminalidad al hacer concurrir al delito a una persona que, en razón de su minoridad, se la supone fácilmente influenciable

4.—Apariencia de compatibilidad.—Los partidarios de la concurrencia de ambas agravaciones sostienen que es distinto el alcance de los dos preceptos, pues el inciso 2º del artículo 72 es un aumento de grado, mientras que el Nº 3º del artículo 456 bis constituye una agravante.

Efectivamente, tal es el contenido de las disposiciones citadas; lo que no impide que ambas sean causales de agravación de la pena, pues tienen como finalidad común la de aumentar la sanción.

Además, en ciertos casos una sola agravante aumenta la pena en un grado, lo que no quiere decir que la agravante haya per-

DELITOS DE HURTO Y DE ROBO

17

dido su calidad de tal. Es lo que ocurre respecto de las circunstancias agravantes 2ª a 4ª del artículo 12, reproducidas en las circunstancias 2ª a 4ª del N° 1º del artículo 399, cuando concurren en el delito de lesiones, como lo establece el artículo 400.

Y aún puede ocurrir que la concurrencia de una agravante haga aplicable acumulativamente otra pena, como es el caso del reincidente en el delito sancionado en el artículo 276.

Se agrega, fundándose en el artículo 449, que si la mayor pena de esa disposición obedece a un agravamiento especial de la ley en la sustracción de ciertas y determinadas especies, no se advierte por qué no puede sancionarse el delito de hurto o de robo cometido por una pareja criminal con las penas acumuladas a que se refieren los preceptos en estudio.

Estimamos que se trata de cuestiones diferentes. Una de ellas es la naturaleza del objeto sobre la cual recae el delito, lo que constituye una circunstancia calificativa de agravación en los delitos de hurto y de robo. Las penas las atribuye el legislador a consideraciones circunstanciales de política penal. En el caso del artículo 449, el legislador protege bienes que se encuentran más expuestos a la comisión de actos ilícitos. En tal política la autoridad es soberana.

Otra cuestión son los principios jurídicos de carácter general e inmutable que no pueden desconocerse sin mención expresa. Y entre estos principios está el que nos dice que un mismo hecho no puede ser puesto a cargo de su autor sino una sola vez.

5.—El concurso aparente de leyes penales.—Hay un solo hecho con unidad de consecuencias, cuando el hurto o robo es cometido por varios mayores sin intervención de menores, o cuando estos últimos los perpetrán sin intervención de mayores. La consecuencia es la aplicación única del N° 3º del artículo 456 bis.

Hay un solo hecho con pluralidad de consecuencias, cuando el hurto o el robo es cometido por varios malhechores, de los cuales varios son mayores y varios menores. La participación de los mayores con los menores aumenta la pena de los primeros por aplicación del inciso 2º del artículo 72. La participación de los varios mayores agrava la responsabilidad de cada uno de ellos por imperativo del artículo 456 bis N° 3º. Sólo en este caso se

puede decir, con propiedad, que concurren respecto de los mayores ambas circunstancias de agravación.

En la comisión de hurtos o robos por una pareja de individuos, de la cual uno es mayor de 18 años de edad y el otro menor de esa edad, ¿hay un solo hecho con pluralidad de consecuencias?

Creemos que en la situación señalada ambas disposiciones sólo aparentemente concurren a resolverlo. Solamente en la apariencia cabe aplicar al mayor las dos causales de agravación de la pena.

El concurso aparente se presenta cuando un hecho, relativo al delito o a sus circunstancias, "aparentemente" figura reglado, al mismo tiempo, por varias disposiciones que "realmente" se excluyen entre sí.

El conflicto que provoca dicho concurso aparente es resuelto por ciertos principios doctrinarios reconocidos por la legislación punitiva. Tales principios son los de la especialidad, subsidiaridad y absorción o consunción.

Por el principio de la especialidad se aplica la norma especial excluyéndose la general; por el de la subsidiaridad, la regla principal excluye la aplicación de la regla accesorio; y por el de la absorción, la norma de mayor amplitud prima sobre la de menor amplitud, porque en aquélla están comprendidas éstas, que son la parte, lo menos, el medio, etc., del hecho ocurrido.

Valgan como ejemplos de aplicación de los principios indicados los siguientes:

El uso malicioso de un cheque adulterado constituye falsificación y no estafa, por aplicación del principio de la especialidad.

El acometimiento a un cartero para interceptar, retener, apoderarse o inutilizar la correspondencia, se pena como tal sólo cuando no se produce un delito en la persona del conductor o en la sustracción de la correspondencia, conforme al principio de la subsidiaridad.

En el robo con fuerza en las cosas no se penan los daños cometidos, según el principio de la consunción o absorción.

6.—Otros casos de concurrencia.—La apariencia de existir concurrencia no es desconocida en nuestra legislación punitiva. Situaciones semejantes a la estudiada anteriormente se presen-

DELITOS DE HURTO Y DE ROBO

19

tan en el concurso ideal y material de delitos y respecto de circunstancias agravantes cualificativas e inherentes al delito.

a) Hay concurso ideal, formal o intelectual de delitos, si el hechor, en una sola acción delictuosa, infringe diversos preceptos legales, o sea, cuando un hecho cae efectivamente bajo más de una sanción.

El concurso es de textos penales que no se excluyen y se resuelve, de acuerdo a la teoría de la prevalencia, aplicando la pena mayor asignada al hecho más grave.

Es lo que ocurre, por ejemplo, respecto de quien, conociendo las relaciones que lo ligan, yace con una ascendiente o descendiente por consaguinidad legítima o ilegítima o afinidad legítima o hermana consanguínea legítima o ilegítima, usando de fuerza o intimidación, aprovechando la falta de razón o sentido o de que se trata de una menor de 12 años cumplidos.

Tal hecho constituye dos delitos: el de violación y el de incesto, penados por los artículos 361 y 363, respectivamente.

El principio de la prevalencia, que se contiene en el artículo 75 de nuestro Código Penal, establece que en el evento señalado se impone la pena del artículo 361, que es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, por ser la asignada al delito más grave, ya que el artículo 364 pena el incesto con presidio menor en cualquiera de sus grados.

b) El concurso material o real de delitos consiste en la ejecución, por un mismo delincuente, de dos o más delitos de la misma o de distinta especie, en ninguno de los cuales se ha dictado sentencia condenatoria. Cuando la repetición se refiere a delitos de la misma especie se llama también reiteración.

En los casos de concurso material de delitos, en que se aplica el sistema de la acumulación jurídica, el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal ordena imponer una pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados, y si las diversas infracciones no pueden estimarse como un solo delito, se pena la que tiene asignada sanción superior, aumentándola en uno, dos o tres grados.

Si la acumulación aritmética o material, estatuida en el artículo 74 del Código Penal, favorece al reo, no se aplica el sistema de la acumulación jurídica del citado artículo 509.

c) Numerosos son los artículos de nuestro Código Penal en que una misma circunstancia, considerada como agravante general o común para toda clase de delitos, aparece como agravante especial o cualificativa en ciertos delitos.

Entre ellos podemos citar como ejemplo el artículo 399 N° 1° del Código Penal, en que se describe y pena el homicidio calificado, considerándose incorporadas al delito las agravantes de los N.os 1° al 5° del artículo 12.

Por mandato del inciso 1° del artículo 63 del Código Penal, las agravantes cualificativas no producen el efecto de aumentar la pena del asesinato u homicidio calificado.

d) Con igual alcance vemos aquellas agravantes que se valorizan como elementos constitutivos o integrantes de un delito, como sucede con el carácter público del culpable en los delitos ejecutados por empleados en el desempeño de sus cargos.

Estas agravantes, de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, no producen tampoco el efecto de aumentar la pena asignada a dicho delito, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 63.

7.—Non bis in idem.—De lo expresado aparece, nitidamente, que el legislador estima lógico que un mismo hecho no pueda ser puesto a cargo de su autor sino una sola vez. Este principio se contiene en la máxima latina: "non bis in idem".

Non bis in idem. No dos veces sobre lo mismo. O sea, que por un mismo delito o por un mismo hecho no se ha de sufrir más de una persecución.

Nuestra jurisprudencia, haciendo aplicación de este principio, ha sostenido en forma reiterada que "el concurso de agravantes es posible respecto de circunstancias previstas en numerales diversos por el mismo artículo 12", es decir, que a las a-

DELITOS DE HURTO Y DE ROBO

21

gravantes no se las puede admitir dos veces cuando están basadas en un mismo hecho (*).

8.—Solución.—Como una consecuencia lógica del análisis que precede, podemos afirmar, aquí, que las circunstancias contempladas en el inciso 2° del artículo 72 y en el N° 3° del artículo 456 bis, ambos del Código Penal, no son realmente compatibles; y como un mismo hecho —la actuación de la pareja criminal— no puede ser sancionado más de una vez, el concurso de los preceptos legales indicados es sólo aparente.

Cabe, por lo tanto, establecer ahora cuál es la única norma aplicable al caso en estudio.

No es indiferente precisar la determinación de la pena si se aplica una u otra circunstancia de agravación, ya que es sabido que una importa elevar la pena en un grado y la otra imponer la parte superior del grado o no aplicar el mínimo. Agravación esta última que aún puede no jugar rol alguno si, por la existencia de alguna atenuante, cabe compensarlas entre sí.

Dijimos que la solución de los conflictos aparentes de leyes podía encontrarse en la aplicación de principios doctrinarios tales como los de la consunción, subsidiariedad y especialidad.

El principio de la consunción supone una progresión, una relación de menos a más. Se pena el hecho último que resulta ser el más grave, el que da cima o remate al delito, el hecho calificado; porque los hechos anteriores eran menores, simples, no acabados.

Ninguno de tales presupuestos encontramos en la situación estudiada. Es una misma pareja, y de una sola vez, la que ha cometido el hurto o robo. No hay progresión en el hecho que nos interesa, cual es la edad de los co-autores.

No participamos, pues, de la idea que el principio de la consunción puede llevarnos a la solución de nuestra interrogante.

También desestimamos la aplicación del principio de la subsidiariedad para resolver el caso en estudio, únicamente por considerarlo un tanto dudoso y preferimos, por más claro, el principio de la especialidad, expresamente reconocido por el artículo 13 del Código Civil.

(*) Véase en este sentido: *Gaceta de los Tribunales*: Año 1924, página 451 Año 1943, Segundo Semestre; Año 1944, página 147. Revista "La Jurisprudencia al día", Año 1934, página 128.

Desde el punto de vista del principio de la especialidad concluimos: el Nº 3º del artículo 456 bis aparece íntegramente contenido en el inciso 2º del artículo 72. La primera disposición resulta ser genérica y la segunda específica, ya que a aquella figura simple: "ser dos o más los malhechores", se agrega la diferencia de edad: "responsables en un mismo delito mayores de dieciocho años y menores de esa edad".

Como la especie —inciso 2º del artículo 72— está contenida en el género —Nº 3º del artículo 456 bis— y la ley especial prevalece sobre la ley general —artículo 13 del Código Civil— la sanción por el hecho comentado es solamente la indicada por el inciso 2º del artículo 72.

La aplicación del principio, de la manera hecha, no sufre alteración porque el artículo 72 se aplique a toda clase de delitos y el artículo 456 bis sólo sea aplicable a los delitos de hurto y de robo, ya que en el tema concreto planteado ambos preceptos legales surgen aparentemente reglando un mismo hecho. Aunque por su aplicación sean general y restringido, respectivamente; por su contenido son especial y general, en su caso.

9.—Conclusiones anexas.—Nos queda por referirnos a dos cuestiones relacionadas con la materia en examen. Ellas son:

a) Si se presenta la misma situación respecto del mayor que actúa con menor de 18 años y mayor de 16 que obró sin discernimiento, y del que opera con menor de 16 años.

Respondemos negativamente, basados en la argumentación contenida en el trabajo publicado en esta misma "Revista de Derecho" y a que se hizo mención en la nota 1 del presente artículo.

b) Si se aplica la agravante al menor.

El hecho de ser dos los malhechores existe y se considera respecto del mayor, pero bajo la forma de aumento de pena y no de agravante, porque ésta se comprende en aquélla.

Si existe el hecho, pesa sobre el menor. Por consiguiente cabría aplicarle la agravante dicha.

Dejamos, sin embargo, para otra oportunidad, extendernos más al respecto.