

**PLURALIDAD DE MALHECHORES.
ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 456 BIS N° 3 DEL CÓDIGO
PENAL**

Enzo Varens Álvarez*

<p>Resumen</p> <p>El artículo 456 bis n° 3 CPCh establece una agravante específica para los delitos de robo y hurto consistente en “ser dos o más los malhechores”. La mala redacción genera severos problemas de interpretación y aplicación en la doctrina y la jurisprudencia. Esta exposición busca zanjar esos problemas considerando que el fundamento de la agravante radica en la conspiración.</p> <p>Palabras clave: <i>Malhechor – Conspiración – Agravante</i></p>	<p>Abstract</p> <p>Article 456 bis n° 3 CPCh regulates a specific aggravating for the crimes of robbery and larceny. It consists in “to be two or more the malefactors”. The horrible redaction generates severe problems of interpretation and application in the doctrine and the jurisprudence. This monograph seeks to settle those problems, considering that the fundament of the aggravating one lays on the conspiracy.</p> <p>Keywords: <i>Aggravating – Conspiracy – Malefactor</i></p>
--	---

I. LA NOCIÓN DE CUADRILLA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1874 Y LA LEY N° 11.625 QUE CREA EL ARTÍCULO 456 BIS.

1. *La regulación del robo y el hurto en el Código Penal de 1874¹.*

El Código Penal de la República de Chile de 1874 regulaba el robo y el hurto en el Título Noveno del Libro II, desde el párrafo 1 hasta el párrafo 5. En su artículo 432 concibe el robo y el hurto como delitos independientes, de manera que no puede considerarse el robo como una especie de hurto; en ese mismo artículo, además, distingue entre el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas. También establecía las figuras básicas de robo y hurto, como también reguló figuras calificadas del robo, para finalmente establecer circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. A modo de enunciación señalaremos algunas de las normas que dispuso el codificador al regular estos delitos:

- i) *Robos calificados.* El codificador tipificó, como robos calificados, los siguientes: robo con homicidio, robo con violación, robo con mutilación, robo en despoblado y en cuadrilla con lesiones o con retención, robo con lesiones y la piratería. Asimismo establece una pena especial para el jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente.
- ii) *Robo con fuerza en las cosas.* El codificador distinguía entre robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias y el robo en lugar no habitado. Las circunstancias que calificaban el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado eran las siguientes: escalamiento, fractura, uso de llaves o ganzúa u otro medio semejante, seducción, uso de nombre supuesto, simulación de autoridad y, finalmente, en despoblado y en cuadrilla.
- iii) *Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.* Para el delito de robo con violencia o intimidación, el codificador estableció la circunstancia agravante de cometer el delito por sorpresa o bien aparentando riñas u otra maniobra de confusión o agolpamiento. Para el hurto, el codificador dispuso las siguientes agravantes: uso de armas, famulato propio e impropio, hurto del posadero y hurto del transportista o del bodeguero. Para todos los delitos de robo y hurto, el codificador dispuso la agravante de abigeato y robo o hurto cometidos en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido.

*Alumno de Cuarto Año, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ Para los efectos de esta exposición, la expresión “Código Penal de 1874” se refiere a aquel cuerpo de leyes penales vigente el año 1874; esto es, el Código Penal original, sin modificaciones. Las citas del Código Penal de 1874 se han extraído de la excelente compilación dirigida por el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba denominada *Código Penal de la República de Chile de 1874 y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno* (Valparaíso, Edeval, 1974).

Leyes posteriores vinieron a modificar este sistema originario, en especial la ley n° 11.625, de la cual nos ocuparemos más adelante.

2. La noción de cuadrilla en el robo.

Como ya se dijo, el Código Penal tipificaba el robo – sea con violencia o intimidación en las personas, sea con fuerza en las cosas – cometido en despoblado y en cuadrilla. Al ocuparse del robo con violencia o intimidación en las personas cometido en despoblado y en cuadrilla, el codificador impuso la exigencia de ciertos resultados que debían ocurrir con ocasión de este delito; tales resultados consistían en la producción de lesiones graves gravísimas en la víctima y la retención de ella bajo rescate o por más de un día (art. 433 n° 3)². De todo ello se desprende que, para el codificador no bastaba el mero hecho de cometer el robo en despoblado y en cuadrilla: además exigía la producción de un resultado considerado de mayor entidad en comparación con la violencia o intimidación propias del robo. Por último, en el art. 433 n° 4, el codificador castigaba con la misma pena del robo calificado al jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente “en todo caso”, esto es, con prescindencia de cualquier resultado. Ello se explica por dos razones: la primera se refiere al potencial riesgo para la vida y salud de las personas que conlleva una banda armada; y la otra apunta hacia un mayor reproche para quien lidera el concierto de los delincuentes para la comisión de un delito.

Para el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, al codificador le bastaba con la mera comisión del delito en despoblado³ y en cuadrilla (art. 440 n° 4). Y ello parece verosímil dado que el otro bien jurídico afectado por este delito – la inviolabilidad del hogar – se ve afectado igualmente entren una o veinte personas a una casa o lugar destinado a la habitación.

² El primitivo art. 433 CPCh disponía que: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte:

1° Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio.

2° Cuando fuere acompañado de violación o mutilación de un miembro importante.

3° Cuando se cometiere en despoblado i en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el núm. 1° del art. 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por más de un día.

4° En todo caso el jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente.

Hai cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores”.

³ Nos parece bastante curioso que el codificador haya dispuesto esta particular forma de comisión, dado que la expresión “en despoblado” hace referencia a lugares en los que no vive nadie. Piénsese que la mayoría de estos delitos se cometerán en zonas residenciales, que excluyen obviamente la expresión “en despoblado”. Quizá el codificador tenía en mente la comisión de este delito en zonas rurales donde la casa más cercana queda a 2 hectáreas de distancia.

Antes de definir el concepto de cuadrilla, debemos apuntar ciertas ideas inherentes a su naturaleza. En primer lugar, la cuadrilla es una forma de conspiración expresamente penada por la ley penal (como veremos más adelante), con la condición de que concurren a la ejecución del robo más de tres personas y éste se realice en despoblado. Por otro lado, la cuadrilla no es una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, sino que constituye una circunstancia que califica el robo con violencia o intimidación, y constituye una de las formas de comisión del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación (en otras palabras, la cuadrilla no es una agravante). Finalmente, la cuadrilla no puede ser una consideración meramente aritmética, basada simplemente en el número de personas que intervienen, por cuanto se castiga al jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente, por lo que necesariamente debe existir un concierto previo (si p.ej. tres personas le están robando a otra y en eso interviene una persona más aprovechando la acción de los otros tres delincuentes, sin concierto previo, no existe cuadrilla). De lo contrario no se explica la punibilidad al jefe de la cuadrilla, noción que necesariamente hace referencia a una organización previa, a una conspiración.

El codificador define la cuadrilla en su artículo 433 inciso final, que reza: “Hay cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores”. Por lo tanto, para que estemos en presencia de una cuadrilla es necesario que estén presentes en la ejecución del robo cuatro o más “malhechores”⁴. Para el codificador, la expresión “malhechores” se refiere simplemente a los que participan en la ejecución del robo. Ello se desprende de una interpretación sistemática del cuerpo legal de 1874, el que en diversas disposiciones alude a “los malhechores”. A modo de ejemplo citaremos el primitivo artículo 449 inciso primero, que establece las agravantes de robo o hurto cometidos en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido y de abigeato. El citado artículo dice: “si el robo o hurto fuere cometido en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido (...), se aplicarán respectivamente a los malhechores las penas superiores en un grado”. Es evidente que esta disposición hace referencia a los sujetos activos, a los autores, a los delincuentes, en definitiva, a quien interviene en la comisión de un delito. En este sentido, nos parece peyorativo que el codificador haya utilizado la expresión “malhechores”; hubiese sido preferible la utilización de un término más respetuoso de la dignidad de las personas, como por ejemplo “personas”, “autores”, “partícipes”, etc. y que, por cierto, hubiese evitado problemas futuros de interpretación, a propósito de la discusión acerca del sentido y alcance de la expresión “malhechores” que se suscita actualmente.

Recapitulando, la noción de cuadrilla en el Código Penal de 1874 consiste en cuatro o más personas que, concertadas previamente para la comisión de un delito de robo, intervienen materialmente en la ejecución de él a cualquier título.

⁴ A modo de analogía, la cuadrilla consiste en “ser cuatro o más los malhechores”.

3. *La ley n° 11.625, de 4 de octubre de 1954.*

En el año 1954 el Congreso Nacional aprueba la ley n° 11.625, que establece los llamados “estados antisociales” y modifica el Código Penal en lo relativo a los robos y hurtos. Esta ley – bastante discriminatoria, por cierto – modifica las penas del robo calificado, eleva las penas del robo con violencia o intimidación simple, establece la nueva figura de robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación o en bienes nacionales de uso público, altera las reglas del *iter criminis* en los delitos de robo y hurto, establece un caso especial de receptación, y crea el artículo 456 bis que dispone cinco agravantes para los delitos de robo y hurto.

En lo que nos interesa, la ley n° 11.625 elimina el robo calificado cometido en despoblado y en cuadrilla, suprime la penalización del jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente, elimina el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación cometido en despoblado y en cuadrilla; para crear la agravante del artículo 456 bis n°3⁵, que consiste en ser dos o más los malhechores, de tal manera que se refunde la noción de cuadrilla para extenderla a todos los delitos de robo y hurto, estableciendo así una circunstancia agravante; todo esto con el fin de poner atajo a la creciente escalada de robos y hurtos cometidos por bandoleros en los campos, superando en número a víctimas indefensas y humildes.

En general, se puede decir que la ley n° 11.625, al elevar la penalidad general del robo y el hurto, pretende llevar los principios de la prevención general negativa al extremo⁶. Esta desviada consideración de política criminal se ve acentuada cuando la misma ley regula los llamados “estados antisociales”, creados por cierta doctrina extranjera, claramente atentadores de la dignidad de las personas, y que felizmente ya no siguen en vigencia⁷.

⁵ El artículo 456 bis n° 3 CPCh reza: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: (...) 3° Ser dos o más los malhechores”.

⁶ Es más, en sesión 10ª ordinaria del 23.6.1953, el diputado Arturo Olavarría, mediante moción ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, señala que “sólo la más drástica de las sanciones, aplicada sin consideraciones de ninguna especie” impedirá ulteriores comisiones de robos y hurtos.

⁷ Si bien es cierto que no es científicamente correcto juzgar hechos históricos a la luz de los valores actuales, nada obsta a juzgar críticamente las disposiciones de la ley 11.625 que aun siguen en vigencia, por cuanto nada justifica en la actualidad insistir en criterios preventistas generales negativos que se contradicen con un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad y los derechos de las personas y que son inefectivos a la hora de disminuir la criminalidad, contradiciéndose hasta el absurdo los principios de prevención general. Véase MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y Robo: Estudio Dogmático y Político Criminal* (Serie Cuaderno de Análisis Jurídico, Santiago, Universidad Diego Portales, 1994), pp. 35 y ss., donde se describe el carácter inefectivo y criminógeno del sistema penal chileno.

II. AGRAVANTE ESPECÍFICA DE PLURALIDAD DE MALHECHORES DEL ART. 456 BIS N° 3 CPCh: FUNDAMENTO, ACLARACIÓN DEL CONCEPTO DE MALHECHOR Y DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN DE ÉSTE.

1. Generalidades.

Como ya se dijo, el artículo 456 bis n° 3 establece la agravante específica para los delitos de robo y hurto, consistente en ser dos o más los malhechores. Esta agravante produce los mismos efectos que las agravantes generales del art. 12 CPCh (por lo que puede ser compensada racionalmente, etc.).

Es una agravante bastante discutida en la doctrina y la jurisprudencia, debido a su mala redacción y falta de precisión. La discusión ha recaído principalmente acerca del concepto de malhechor, pero poco se ha dicho (o hecho) para precisar científicamente el ámbito y extensión de esta agravante, como asimismo su fundamento o razón de ser.

También es una disposición bastante criticada, por cuanto aumenta innecesariamente la pena de suyo elevada de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas (de hecho, el sistema de punición mismo del robo con violencia o intimidación en las personas es enteramente criticado). Creemos que, *de lege ferenda*, esta agravante debe ser derogada por cuanto se ha demostrado inefectiva al momento de frenar la comisión de estos delitos y causa males innecesarios en la persona del condenado al imponerle una pena de suyo elevada, totalmente desproporcionada con otros bienes jurídicos de mayor entidad (recordemos que, sólo a modo de ejemplo, el robo con violencia o intimidación simple tiene mayor pena que el homicidio simple).

Finalmente, es una agravante bastante aplicada por la jurisprudencia, a menudo aplicada de forma mecánica y sin consideración científica alguna (basta que hayan dos partícipes para aplicarla). Y esto porque los delitos de robo y hurto son los más comunes en la sociedad chilena actual⁸.

2. Fundamento o razón de ser de esta agravante.

Requisito esencial para determinar la extensión y el ámbito del artículo 456 bis n° 3 es examinar el fundamento de la disposición, su razón de ser, su porqué. Una vez determinado esto es posible analizar con más claridad las restantes aristas que presenta la disposición en

⁸ Véase POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno: Parte Especial* (Segunda edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), prólogo, quien cita un informe de criminalidad del Ministerio Público.

comento. En consecuencia, determinar el fundamento de la agravante constituye el primer filtro para saber si estamos o no en presencia de la pluralidad de malhechores.

Parece bastante irracional considerar que la mera concurrencia de dos o más malhechores – sea cual fuere el significado de la expresión “malhechores” – en la comisión de un delito de robo y hurto baste para que se aplique esta agravante. No sólo porque ello sería violatorio del principio de lesividad, sino también porque la regla general del Código Penal es no agravar la responsabilidad penal por la mera concurrencia de varias personas en la ejecución de un delito. En un completo estudio, Mera plantea esta regla general⁹, considerando los diversos casos en que se agrava la responsabilidad penal por el concurso de varios delincuentes en la comisión de un delito. De todos esos casos se desprende que, además del número, es necesario que exista una circunstancia adicional que incremente el disvalor propio de cada delito de robo y hurto. La búsqueda de esa exigencia adicional constituye, precisamente, la determinación del fundamento de la agravante de pluralidad de malhechores pues, como ya se dijo, el mero número no basta. Aun así, la jurisprudencia, prescindiendo de este necesario análisis científico, y centrándose solamente en dilucidar el concepto de malhechor, aplica mecánicamente esta agravante, sólo por el mero hecho de concurrir dos o más personas como autores de un delito de robo o hurto¹⁰. En relación con esto, cabe destacar una sentencia del Juzgado de Garantía de San Antonio, con fecha 7.5.2004, que establece que no procede la agravante en comento en el delito de robo por sorpresa si, al momento de la apropiación, la víctima carece de capacidad de reacción para repeler el acto apropiatorio. Esta sentencia es una de las pocas que procede a un análisis acabado acerca del fundamento de esta agravante¹¹.

Etcheberry ha señalado que el fundamento de esta agravante consiste en “el debilitamiento de la defensa privada, el aumento del peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes, amparados en el número”¹². Ésta es la opinión mayoritaria en la doctrina¹³. En opinión minoritaria, Mera plantea que la razón de ser de esta agravante radica en “la afección del sentimiento de tranquilidad y seguridad que puede producirse cuando la apropiación violenta es realizada por dos o más personas”¹⁴.

⁹ MERA, Jorge, cit. (n. 7), pp. 160-161.

¹⁰ SCA Arica 24.6.2000 confirmada por SCS 19.10.2000, STJOP La Serena 6.3.2003, SJG Angol 5.8.2004.

¹¹ Esta sentencia señala que el fundamento de la agravante radica en la mayor indefensión de la víctima, y en un análisis digno de alabar, plantea que el robo por sorpresa ya considera la indefensión de la víctima y por ende, no puede aplicarse esta agravante a esa clase de delitos.

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte especial* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998), tomo III, p. 365.

¹³ Véase, entre otros, GARRIDO MONTE, Mario, *Derecho Penal* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000), tomo IV, p. 264; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Parte especial* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005), tomo II, p. 217.

¹⁴ MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 165.

En general, puede decirse que la opinión de Etcheberry ha sido plenamente acogida por la jurisprudencia, la cual ha sintetizado su triple afirmación en el concepto de mayor indefensión de la víctima¹⁵.

Según la opinión de Mera¹⁶, esta agravante no puede aplicarse a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas por cuanto ello va en contra del principio *non bis in idem* – como se verá más adelante. Sin embargo, la jurisprudencia casi unánime la aplica sin distinciones a todos los delitos de robo y hurto¹⁷.

A pesar de todo, creemos que dichos argumentos son insuficientes para otorgarle a la agravante en comento un fundamento acorde con la ciencia del Derecho y con el espíritu general de la legislación penal. Reiteramos que la determinación del fundamento de esta agravante constituye el primer filtro para saber si estamos o no en presencia de pluralidad de malhechores. Y si el fundamento que se le atribuye a la agravante es insatisfactorio, se corre el riesgo de caer en una injusticia, con lo que se trastoca todo el sistema punitivo, vulnerándose el Derecho, expresión de justicia.

En efecto, si se cree que el fundamento de esta disposición radica en la mayor indefensión de la víctima, no podrá aplicarse en aquellos casos en donde los delincuentes utilicen armas (que de suyo contribuyen a una mayor indefensión de la víctima), o que, sin utilizar armas, sean superados en número por las víctimas. Por otro lado, y como bien señala Mera, concebir como fundamento la mayor indefensión de la víctima hará imposible que esta agravante se aplique a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, porque esa mayor indefensión ya fue considerada como parte del tipo de robo con violencia o intimidación, con la consecuente violación al art. 63 CPCh¹⁸. Sin embargo, en sentencia de 29.10.2001, la Corte de Apelaciones de San Miguel desechó un requerimiento de la defensa en orden a declarar improcedente esta agravante en un delito de robo con intimidación, por cuanto esta agravante no es inherente al mismo, por lo que no se viola el *non bis in idem*¹⁹. La línea argumentativa de la Iltma. Corte no es del todo feliz, ya que no es que la pluralidad de malhechores sea inherente al delito de robo con intimidación, es el fundamento el que es inherente al robo (la indefensión de la víctima es inherente a la idea de violencia o intimidación); por lo tanto, si falla el fundamento, falla la agravante.

¹⁵ Véase, entre otras, SCA Santiago 13.6.2002, SCS 26.5.2004, SCS 2.6.2005, STJOP Copiapó 5.5.2004, etc.

¹⁶ MERA, Jorge, cit. (n. 7), pp. 143-144.

¹⁷ Sólo a modo de ejemplo citaremos una sentencia de la Corte Suprema con fecha 17.1.1985, caso bastante emblemático no sólo por condenar a los acusados a muerte, sino también porque aplicó la agravante en comento a todos los delitos de robo con homicidio y robo con violación que realizaron los malhechores (expresión que queda corta si se toma en cuenta los más de quince delitos que cometieron los dos acusados).

¹⁸ MERA, Jorge, cit. (n. 7), pp. 143-144.

¹⁹ El problema es que el requerimiento se desechó porque el abogado defensor alegó que la única forma de realizar la intimidación era mediante la pluralidad de malhechores; obviamente la Corte desechó este argumento por las razones que arriba se señalan y porque, además, el robo con intimidación no es un delito de sujeto activo plural.

Se yerra igualmente si se cree que el fundamento de esta agravante consiste en la afección del sentimiento de tranquilidad y seguridad de las personas. Esto por lo siguiente: el *ius puniendi* pertenece al Estado, quien es el único legítimo detentador de la coacción física. Y precisamente ostenta este poder para garantizar la paz social, el orden público y la seguridad de las personas. En virtud de esta facultad (que sólo debe utilizarse en caso de que no exista otra mejor alternativa), el Estado detecta las conductas lesivas de ciertos bienes jurídicos necesarios para la paz social, les impone una pena y crea, entonces, un delito (crea el Derecho Penal). Pues bien, en virtud de esta línea argumentativa, todos los delitos lesionan la paz y seguridad sociales, el orden público, por lo que la afección del sentimiento de tranquilidad y seguridad de las personas en orden a no verse expuestas a conductas lesivas de sus bienes jurídicos, constituye un disvalor que ya ha considerado el legislador penal al momento de tipificar un delito. Y la mejor prueba de ello es que, en caso contrario, el robo y el hurto no serían delitos. Por lo tanto, creer que la afección del sentimiento de tranquilidad y seguridad de las personas es el fundamento de la agravante en comento deriva en la más completa violación al principio *non bis in idem*²⁰.

Por todo lo anteriormente señalado, creemos que el fundamento de la agravante en comento es otro. Y para encontrarlo indagaremos en el antecedente histórico más próximo de esta disposición: el primitivo artículo 433 del Código Penal de 1874. Ya hemos precisado la noción de cuadrilla en el antiguo Código, y también ya hemos señalado que el artículo 456 bis n° 3 no es sino el sucesor de la “cuadrilla”. La única diferencia es que, por razones político criminales, la “cuadrilla” se redujo de cuatro personas como mínimo a dos y se hizo extensiva, como una agravante de la responsabilidad penal, a todos los delitos de hurto y robo. Por lo tanto, quedando fuera la producción de un resultado determinado (concretamente, lesiones o retención bajo rescate o por más de un día), el fundamento de la agravante de pluralidad de malhechores radica en el mayor reproche que debe formularse a quienes se concertan para la comisión de un delito de robo o hurto, incrementando así el injusto propio de estos delitos²¹. Ésta era la razón de ser de la “cuadrilla”, y siendo la agravante en comento la sucesora histórica de ella, perfectamente puede aplicarse lo dicho para esclarecer la noción de cuadrilla a la agravante en comento. Concibiendo de esta manera a la agravante ya mencionada, se evitan las críticas formuladas a las otras teorías, ya que efectivamente se aplicará a todos los delitos de hurto y robo, ni tampoco se violará el principio *non bis in idem*. La única salvedad que cabe hacer es que esta agravante no puede coincidir con el tipo de asociación ilícita, por lo cual, de no concurrir los requisitos de este tipo legal, perfectamente se podrá aplicar esta agravante a los delitos de hurto y robo.

Y se estima que la agravante en comento es una conspiración, en primer lugar, porque la pluralidad de malhechores, en su carácter de agravante, exige que el delito se encuentre al menos en estado de tentativa, lo cual no contradice los principios elementales de derecho penal de acto (en otras palabras, la pluralidad de malhechores no es un delito

²⁰ Sería una violación tan grosera como considerar que constituye agravante del homicidio el hecho de matar a otro.

²¹ STJOP Rancagua 11.11.2004, confirmada por SCS 22.12.2004, en *Gaceta Jurídica* 294 (2004), p.126 y ss.

autónomo²²). Y por otra parte, se estima que la “cuadrilla” es, materialmente, el concierto de dos o más personas para la ejecución de un crimen o simple delito; si bien la naturaleza jurídica de la “cuadrilla” cambia, su naturaleza fáctica no. Y dado que la “cuadrilla” y la conspiración son, materialmente, una misma cosa²³ (más concretamente, la “cuadrilla” es una especie de conspiración), no se esboza razón alguna para no estimar que la pluralidad de malhechores es una conspiración.

Finalmente, como conspiración que es, la pluralidad de malhechores debe reunir dos requisitos esenciales, a saber: el concierto de voluntades y la resolución de coejecutar el delito²⁴. El concierto de voluntades ocurre cuando dos o más personas “adoptan la resolución común de cometer un delito”²⁵, y la resolución de coejecutar el delito “presupone que los confabulados convengan en cometer”²⁶, es decir, convengan en ejecutar materialmente un delito de robo o hurto²⁷. Este concierto de voluntades debe ser previo a la ejecución del delito (como ya lo señalamos anteriormente, al analizar la “cuadrilla”), ya que la conspiración es un acto preparatorio del delito; lógicamente no puede existir un acto preparatorio que, materialmente, ocurra “durante” la comisión del delito.

3. El concepto de malhechor.

Sobre el concepto de malhechor se ha centrado la doctrina y la jurisprudencia al momento de dilucidar el sentido y alcance de esta agravante. Ya hemos señalado la impropiedad de analizar directamente el concepto de malhechor sin antes haber dilucidado el fundamento de la agravante, por lo que el concepto de malhechor constituye el segundo filtro para saber si estamos en presencia o no de esta agravante.

Antes de proceder a revisar las diversas posturas que delimitan el concepto de malhechor, cabe hacer una apreciación fundamental: la ley penal no define en parte alguna el concepto de malhechor, por lo que se debe recurrir a la regla de interpretación establecida en

²² Precisamente porque no es un delito autónomo, la pluralidad de malhechores no lesiona el derecho penal de acto ya que, de no ser así, se estaría penando una mera disposición anímica que no se concreta materialmente en el supraego (el mundo exterior). De allí que, cada vez que la ley penal contempla un caso de conspiración como delito autónomo, sea necesaria una justificación adicional que legitime la intervención penal en ese caso.

²³ El Derecho no puede negar la realidad, y dado que en ella la conspiración y la pluralidad de malhechores son lo mismo, la concepción jurídica de la institución debe someterse a lo determinado por la realidad, y no al revés. Ya se sabe que “en Derecho las cosas son como son y no lo que dicen que son”.

²⁴ POLITOFF, Sergio, *Los actos preparatorios del delito: tentativa y frustración* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1999), pp. 88-91.

²⁵ POLITOFF, Sergio, cit. (n. 24), p. 88.

²⁶ POLITOFF, Sergio, cit. (n. 24), p. 89.

²⁷ El requisito que versa sobre “la resolución de coejecutar el delito” se analizará con mayor detalle al momento de exponer acerca del grado de intervención de los “malhechores” en la comisión de un robo o un hurto.

el art. 20 del CCCh²⁸, según el cual “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio”, esto es, el significado que le atribuye el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. Este diccionario define el término “malhechor” como el “que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”²⁹. Precisamente respecto de ello se ha centrado la discusión: sobre cuál de las dos acepciones debemos utilizar para definir al “malhechor”.

La jurisprudencia mayoritaria³⁰ (en especial la emanada de la Corte Suprema³¹) se inclina por la primera acepción, esto es, quien comete un delito. Igualmente la doctrina se pronuncia mayoritariamente a favor de esta postura³². Se dan las siguientes razones para ello: en primer lugar, porque la primera acepción del término “malhechor” corresponde al sentido que le atribuye el común de la gente, quienes la utilizan como sinónimo de “criminal”, “el que hace mal”, “el que delinque”, etc³³. En segundo lugar porque, de considerar como “malhechores” a los que ejecutan un delito por hábito se caería en una repetición de situaciones preexistentes, por cuanto la reincidencia, la reiteración y la habitualidad ya han sido establecidas como circunstancias agravantes por el legislador³⁴. Y en último término porque la referencia en el art. 17 CPCh al encubrir “malhechores”, no se refiere al encubrimiento de los reincidentes, sino que alude al encubrimiento de quien ha cometido, como mínimo, un solo crimen o simple delito³⁵.

Por el contrario, un sector minoritario de la jurisprudencia³⁶ (en especial aquélla emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago) y la doctrina ha entendido que la expresión “malhechor” debe entenderse como “quien ejecuta el delito por hábito”. Labatut define al malhechor como aquella “persona que ha cometido con anterioridad crímenes o simples delitos”³⁷. Mera define a los malhechores como “los que han delinquido anteriormente, sin que esta circunstancia constituya reincidencia”³⁸. La jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido ha señalado que deben concurrir dos requisitos para estar en presencia de esta agravante: responsabilidad penal de más de una persona y reproches penales pretéritos que justifiquen considerarlas como malhechores³⁹. Se concibe de esta forma al malhechor por cuanto el art. 17 CPCh alude a encubrir “malhechores”, quienes corresponden a aquéllos que

²⁸ Así lo ha reconocido la jurisprudencia en SCS 19.10.2000, SCS 2.6.2005, etc.

²⁹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=malhechor

³⁰ SCA San Miguel 29.10.2001, SCA Concepción 30.5.1985, SCA Santiago 13.6.2002, STJOP Copiapó 5.5.2004, STJOP Antofagasta 30.9.2004, SJG Angol 5.8.2004.

³¹ La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado por esta postura “reiterada y uniformemente”. Véase SCS 19.10.2000, SCS 12.6.2001, SCS 26.5.2004, SCS 2.6.2005, SCS 26.1.2006, SCS 10.4.1959, SCS 8.11.1968, etc.

³² Véase, por todos, ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 12), tomo III, p. 365.

³³ SCS 19.10.2000.

³⁴ SCS 8.11.1968.

³⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 12), tomo III, p. 365.

³⁶ SCA Santiago 18.10.2000, SCA Santiago 5.9.2001, SCA Santiago 30.3.2004, STJOP Ovalle 10.5.2003, SJCA Arica 12.4.2000.

³⁷ LABATUT, Gustavo, cit. (n. 13), tomo II, p. 217.

³⁸ MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 163.

³⁹ SCA Santiago 5.12.2000.

han cometido un crimen o simple delito, pues no se puede encubrir a quien no ha cometido ningún delito. De esta manera, la noción de malhechor lleva implícita la idea de la reincidencia⁴⁰.

Sin embargo, entender como malhechor a “quien ejecuta el delito por hábito” presenta ciertas dificultades. Si, por ejemplo, intervienen dos personas en la comisión de un hurto, pero uno de ellos no tiene antecedentes penales⁴¹, o conducta anterior sin tacha⁴², no podrá aplicarse la agravante a ninguno de ellos, porque habrá un solo “malhechor”. Si concurren dos personas en un robo, pero uno de ellos es reincidente en el sentido legal de la expresión, y el otro ha cometido otro delito pero no merece la calificación de reincidente, se aplicará la agravante de pluralidad de malhechores sólo al que cometió el delito pero no es un reincidente legal; al que sí es un reincidente en el sentido legal de la expresión se le aplicará la agravante general correspondiente, ya que de no ser así se estaría violando el principio *non bis in idem*.

Nosotros nos inclinamos por la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. Ello por las razones históricas expuestas al analizar la noción de cuadrilla: para el codificador, los malhechores eran aquellos que intervenían en la comisión de un robo. Y manteniendo este vocablo la ley n° 11.625, no se esboza razón alguna para no atribuir actualmente a esa locución el significado que le asignaba el codificador de 1874, siendo los argumentos de la postura contraria bastante pobres. Mera también argumenta históricamente⁴³, pero a las conclusiones a que llega son, a nuestro juicio, erróneas, por cuanto en ningún artículo del Código Penal de 1874 el codificador hace referencia a sujetos “que de alguna forma se encuentran vinculados a las actividades delictivas”⁴⁴. Al hacer referencia a la retención o lesiones derivadas del robo calificado cometido en despoblado y en cuadrilla, el codificador eleva la pena debido al mayor reproche que le merecen quienes se conciertan para la ejecución de un robo con el propósito de causar los resultados que allí se señalan, y no a una supuesta habitualidad en la comisión de delitos. Prueba de ello es que el codificador sanciona con la misma pena al jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente en cualquier caso, con independencia de cualquier resultado. De este modo el jefe de la cuadrilla puede haber sido perfectamente un santo que ha cometido por primera vez un delito, con lo cual se destruye finalmente la supuesta vinculación a las actividades delictuales de los “malhechores”.

⁴⁰ Este argumento, bastante pobre, es destruido por Etcheberry en ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 11), tomo III, p. 365.

⁴¹ SCA Santiago 30.3.2004, SCA Santiago 9.6.2000, STJOP Ovalle 10.5.2003. En esta última sentencia se desechó la agravante porque uno de los autores no tenía antecedentes penales, y el otro había cometido anteriormente un delito, pero no era posible catalogarlo como reincidente en el sentido legal de la expresión.

⁴² SCA Santiago 18.10.2000.

⁴³ MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 164.

⁴⁴ *Ibidem*.

4. Concurrencia de los malhechores en la ejecución del delito.

Una vez dilucidado el fundamento de la agravante del artículo 456 bis n° 3, y definido el concepto de malhechor, cabe proseguir con el grado de intervención de los malhechores en la comisión del hurto o robo.

Como es bien sabido, existen muchas formas de intervenir en un delito que son penadas por la ley; por consiguiente, un delito se puede cometer de diversos modos. Pero no todas las formas de comisión serán susceptibles de verse agravadas por la agravante en comento. En este sentido, Etcheberry señala que los malhechores son “los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito (autores o cómplices)”⁴⁵. Cita como argumento el antiguo artículo 433 inciso final, ya citado, en donde la locución “concurren” necesariamente se refiere a los que intervienen materialmente en la ejecución del robo. Esta opinión es unánime en la doctrina⁴⁶ y la jurisprudencia la ha apoyado desde antiguo⁴⁷. De esta manera, “si existe un autor instigador, que no está presente al cometerse el delito; un autor ejecutor, que lo realiza, y un encubridor, que lo oculta posteriormente, no concurre esta agravante, ya que en la ejecución material del delito sólo intervino una persona”⁴⁸. Del mismo modo quedan excluidas de la aplicación de esta agravante las personas que, concertadas para la ejecución de un delito, lo presencian sin tomar parte inmediata en él⁴⁹; ello no porque la conspiración no se castigue, sino porque lisa y llanamente no intervienen materialmente en la ejecución del delito. La agravante de pluralidad de malhechores presupone que exista una conspiración, y que intervengan materialmente en la ejecución del delito dos o más personas previamente concertadas. Como argumento final, en sesión 38ª Ordinaria de 11.8.1953 de la Cámara de Diputados, el diputado Gandarillas, oficiando como diputado informante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia para someter a aprobación la ley 11.625, sostiene que el nuevo artículo 456 bis viene a establecer “cinco agravantes en la ejecución del robo y hurto”.

A pesar de ello, se necesita un requisito adicional, que sólo aparece cuando estimamos como fundamento de la agravante la conspiración: es necesario que las personas que intervienen materialmente en la ejecución del delito estén previamente concertadas para la comisión de éste⁵⁰. Por tal razón debe excluirse de la aplicación de esta agravante a los cómplices del art. 16 CPCh, no porque se viole el principio *non bis in idem*, sino porque los casos de complicidad del citado artículo excluyen la idea de conspiración. Asimismo debe excluirse de su aplicación a los autores mediatos, a los autores cómplices que prestan su ayuda con hechos anteriores a la ejecución del delito y a los llamados autores intelectuales⁵¹.

⁴⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 12), tomo III, p. 365.

⁴⁶ A modo de ejemplo, véase MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 157.

⁴⁷ SCA Santiago de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 67 (1970), sección 4ª, p. 325.

⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 12), tomo III, p. 365.

⁴⁹ MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 157.

⁵⁰ STJOP Rancagua 11.11.2004, confirmada por SCS 22.12.2004, en *Gaceta Jurídica* 294 (2004), p.126 y ss.

⁵¹ En contra, SCS 30.1.2006. Éste es un claro ejemplo de jurisprudencia que no ha analizado correctamente el fundamento de la agravante en comento, porque si lo hubiera hecho, no le habría

5. *Recapitulación.*

A modo de recordatorio, cuatro son los requisitos para saber si estamos en presencia o no de la agravante específica de pluralidad de malhechores:

- a) Existencia de una conspiración entre dos o más personas para la comisión de un delito de robo o hurto.
- b) Dichas personas deben concurrir en la ejecución material del delito para el cual se concertaron.
- c) No deben concurrir los requisitos propios del tipo penal de asociación ilícita.
- d) Deben concurrir los requisitos propios de los tipos penales respectivos de robo o hurto.

El último requisito no se analizará por exceder el objeto de esta exposición. Y finalmente a todos estos requisitos debemos agregar el de la inexistencia de elementos que ya hayan sido contemplados en otras agravantes, tema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

III. LA PLURALIDAD DE MALHECHORES Y SU RELACIÓN CON OTRAS AGRAVANTES.

1. *Relaciones con la agravante del art. 72 CPCh.*

El artículo 72 CPCh establece una agravante para quien comete un delito prevaliéndose de un menor de edad. Pues bien, cabe preguntarse si se aplica al mayor de edad que se prevale de un menor para la comisión de un delito de robo o hurto, la agravante del art. 456 bis n° 3, la agravante del art. 72, o ambas.

En virtud del principio de especialidad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 23.8.1962, dispuso que al mayor de edad sólo se le aplica la agravante del art. 72 por cuanto reviste un carácter de especialidad con relación a la agravante de pluralidad de malhechores. Otra sentencia, esta vez de la Corte de Apelaciones de Santiago⁵², llega a la misma conclusión, pero en virtud del principio *non bis in idem*, consagrado en el art. 63 CPCh. Sentencias más modernas han declarado asimismo la improcedencia del art. 456 bis n° 3

aplicado la agravante de ser dos o más los malhechores a los autores intelectuales (que eran dos) y a la cómplice (en total se condenó a cinco personas, dos de las cuales fueron considerados como autores cooperadores).

⁵² SCA Santiago de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 67 (1970), sección 4ª, p. 325.

cuando uno de los supuestos “malhechores” es un menor inimputable o declarado sin discernimiento⁵³.

2. Relaciones con las agravantes de reincidencia.

El artículo 12 n° 16 CPCh establece una agravante general consistente en ser reincidente en delito de la misma especie, y el artículo 12 n° 14 CPCh establece una agravante general que se aplica a los que cometen un delito de mayor pena durante el quebrantamiento de la condena. Pues bien, la doctrina minoritaria que concibe al malhechor como aquel “que comete el delito por hábito” tiene interés en saber si es posible aplicar conjuntamente estas agravantes generales con la del art. 456 bis n° 3. Como ya se señaló anteriormente, no pueden aplicarse conjuntamente estas agravantes por cuanto ello constituiría una violación al principio *non bis in idem*⁵⁴.

Para la doctrina mayoritaria esto no representa ningún problema, y por ende, se han aplicado conjuntamente ambas agravantes siempre que los hechos lo permitan⁵⁵ (en otras palabras, si concurren los requisitos de cualquiera de las dos clases de reincidencia y los de la pluralidad de malhechores, podrán aplicarse conjuntamente estas agravantes sin problemas).

3. Relaciones con la agravante del art. 12 n°11 CPCh.

El artículo 12 n° 11 CPCh establece una agravante general consistente en “ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”. Pues bien, cabe preguntarse si esta circunstancia puede aplicarse conjuntamente con la del art. 456 bis n° 3, o bien si es desplazada por esta última.

La doctrina ha dicho que, en virtud del principio de especialidad, la agravante de ser dos o más los malhechores desplaza a la agravante del art. 12 n° 11⁵⁶, por lo que no podrán aplicarse conjuntamente por la misma razón. Y estimamos que esa afirmación es correcta siempre y cuando la ejecución del delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad sea el producto de un concierto previo entre los delincuentes, ya que en este caso los fundamentos de ambas agravantes coincidirán y procederá el principio de especialidad de la forma ya dicha.

⁵³ SCA Santiago 24.1.2000, SCA Santiago 10.11.2000.

⁵⁴ En este sentido, MERA, Jorge, cit. (n. 7), p. 163.

⁵⁵ Véase, entre otros, SCS 30.1.2006.

⁵⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 12), tomo III, p. 365.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que la ley n° 11.625 trastocó por entero todo el sistema de punición establecido por el codificador de 1874, llevando hasta el extremo las consideraciones preventivo generales negativas, no es del todo imposible inyectarle un poco de racionalidad a este sistema punitivo bárbaro, inconcebible para una nación que se autoproclama “civilizada”. Pero tal cometido escapa al objeto de este trabajo, que simplemente busca establecer la naturaleza jurídica y los requisitos de una disposición que, a primera vista, parece arbitraria y carente de racionalidad.

Después de todo, si se atiende a nuestras opiniones, la agravante de pluralidad de malhechores parece – al menos aparentemente – revestida de racionalidad, pero sólo en la medida que concibamos esta agravante como el concurso de dos o más personas capaces de responsabilidad penal quienes, concertados para la comisión de un delito de robo y hurto, intervienen materialmente en la ejecución del mismo.