

COMENTARIO:

## ¿ES INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 450, INCISO PRIMERO, DEL CODIGO PENAL?

*Alex van Weezel*

Facultad de Derecho, Universidad de los Andes

### RESUMEN

*El Art. 450, inciso primero, del Código Penal, solo establece una regla excepcional de determinación de la pena. Por eso, aunque muy criticable desde el punto de vista político criminal, la norma no es en principio objetable como contraria a las garantías constitucionales. El fallo que se comenta debe en consecuencia considerarse erróneo, tanto en su fundamentación como en lo dispositivo de la sentencia.*

### I. LA NORMA, LA SENTENCIA Y LOS ARGUMENTOS

1. La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 15.XI.2000, recaída en el proceso *Contra Suárez Gutiérrez, Daniel* por delito de robo con intimidación, sostiene sin ambages que “el actual inciso primero del artículo 450 no puede tener aplicación desde que, como se aprecia fácilmente, importa una presunción de responsabilidad consumada, en lo que en realidad es tentado o frustrado” (cons. 8°). Además, que “el precepto resulta incompatible con los principios que informan la teoría penal y con reglas que están en la base del ordenamiento jurídico de esa especie” (cons. 2°). En consecuencia, señala también la Corte que tal norma debe entenderse tácitamente derogada por la Constitución Política de 1980.

2. La norma objetada como inconstitucional en la sentencia dispone: "Los delitos a que se refiere el párrafo 2 [robo con violencia o intimidación, robo por sorpresa y extorsión] y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título [robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias] se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa"<sup>1</sup>.

3. Los argumentos que utiliza la Iltrma. Corte para objetar esta norma son fundamentalmente dos:

- a) Ausencia de descripción de la conducta sancionada (cons. 3° a 6°). En virtud de lo dispuesto por el Art. 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política, ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (principio de legalidad). En la medida en que no se encuentra claramente explicado el comportamiento que, sin constituir consumación del robo con violencia o intimidación, es asimilado a esta por la norma en comentario, el legislador ha violado la citada norma constitucional. Esta ausencia de descripción de la conducta asimilada a la consumación lleva también a la infracción de otras garantías constitucionales (cons. 9°): la de que ningún delito se castigará con otra pena que la previa y legalmente establecida, y la no afectación de los derechos constitucionales en su esencia –Art. 19 N° 26 de la Constitución. Aun más, el fallo que se comenta entiende que, en virtud de las consideraciones anteriores, la norma posterior a la Constitución Política –esto es, el inciso primero del Art. 450 del Código Penal, en su actual redacción– debiera entenderse tácitamente derogada por ella, cuestión que corresponde a los jueces del fondo declarar (cons. 7°).
- b) Presunción *iuris et de iure* de la responsabilidad penal (cons. 8°). La responsabilidad penal se halla progresivamente establecida, según la clase de participación en el hecho y los grados de ejecución que ha alcanzado el mismo. Si un precepto establece una presunción de la responsabilidad penal correspondiente a la consumación, respecto de un hecho que en realidad solo ha quedado en grado de tentativa o frustración, tal precepto se opone a la garantía constitucional que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal.

## II. COMENTARIO

1. Los comentarios que siguen tienen un objetivo preciso, que se considera apropiado señalar desde un comienzo: la problemática del Art. 450, inciso primero, del Código Penal, presenta al menos dos dimensiones, completamente diferentes entre sí.

La primera de ellas radica en establecer si su contenido resulta contrario a las garantías fundamentales en materia penal, se encuentren o no explícitamente reconocidas en la Carta Fundamental vigente. Si la respuesta a esta primera cuestión es negativa, no tiene sentido plantearse la segunda, pues las instituciones ilegítimas desde el punto de vista de las garantías no merecen ulteriores análisis. La segunda cuestión, en efecto, alude a la funcionalidad del instituto desde el punto de vista político criminal. Este último análisis no es el objeto principal de este comentario, que se concentrará en el primer aspecto, siguiendo la índole de la argumentación de la Corte de Apelaciones de Santiago. En todo caso, conviene anticipar que nuestro juicio político criminal de la norma es desde todo punto de vista negativo, de donde ya se puede deducir que no se la considera *ab initio* ilegítima.

2. La principal cuestión que es preciso dilucidar para comprender el fallo en comentario y formular un juicio sobre su corrección es la siguiente: cuál es la naturaleza de la norma contenida en el Art. 450, inciso primero, del Código Penal. Esta pregunta posee dos respuestas posibles:

- a) La norma redefine la consumación respecto de los delitos que señala. Es decir, si por regla general el ordenamiento (sobre todo, el Art. 7 del Código Penal) entiende que un delito se ha consumado una vez que el resultado se produce (tipos resultativos), o bien,

<sup>1</sup> Se ha añadido, para mayor claridad, lo que aparece entre corchetes.

cuando la ejecución de la acción típica ha finalizado (tipos de mera actividad), en los delitos de que aquí se trata la consumación se verifica desde el momento en que hay principio de ejecución<sup>2</sup>.

- b) La norma solo constituye una regla excepcional sobre determinación de la pena. Esto implica que la conducta enjuiciada permanece a los ojos del ordenamiento jurídico como un delito tentado o frustrado, pero que la ley ha establecido una excepción a las reglas generales de determinación de la pena para esos estadios de ejecución, contenidas en los Arts. 51 y 52 del Código Penal. Desde esta perspectiva, y desde el momento en que, por una parte, la materia de la prohibición se halla definida por el juego entre los tipos de consumación y los tipos subordinados del Art. 7 del Código Penal y, por otra, el Art. 450 inciso primero ha establecido claramente la pena que se debe imponer, esta última norma no es ilegítima desde el punto de vista garantista, sino solo excepcional desde el punto de vista del sistema.

3. La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago parece sostener –según se desprende de lo consignado en el apartado anterior– la primera de estas respuestas alternativas (redefinición de la consumación para ciertos delitos). Esto implica que, en los delitos de robo con violencia o intimidación (y en las demás figuras previstas por la norma), además de la reasignación de penas, se producen entre otros los siguientes efectos:

- a) Queda excluido el desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal. Por ejemplo: si el autor amenaza a la víctima con un cuchillo para forzarla a la entrega del dinero, pero en el momento en que ella va a dárselo se percata de que dicha víctima es su cuñada y desiste, el delito se considera consumado para el ordenamiento jurídico.
- b) Los partícipes en el principio de ejecución son castigados como si la acción se hubiera concluido o el resultado se hubiera producido. Por ejemplo: si, en el caso anterior, un amigo del autor le ha facilitado el cuchillo, a sabiendas de que se utilizará para ese asalto (a una hora determinada, en un determinado lugar, contra la dependiente de determinado almacén), ese partícipe será castigado como autor de un robo con intimidación consumado (Art. 15 del Código Penal).
- c) En rigor, la víctima no puede defenderse legítimamente de quien le exige con violencia o intimidación la manifestación o entrega de una cosa mueble para apropiársela. En efecto, si ya en ese momento el ordenamiento jurídico estima que el delito está consumado, y que en consecuencia la agresión ilegítima *ya ha concluido*, decae el presupuesto central de la legítima defensa como causa de justificación. Si el principio de ejecución es –para la ley– idéntico a la consumación del delito, la situación de quien repele la amenaza es idéntica a la del que, despojado de la cosa, consigue las señas del escondite del autor y, presentándose en él, lo lesiona o le da muerte para recuperarla.

4. No resulta difícil percibir que esta alternativa de interpretación trae consigo inconvenientes que terminan por convertirla en inviable. De manera que la resolución en comentario está necesitada de una ulterior explicación, que quizá puede encontrarse en alguna de las siguientes consideraciones:

- a) La Iltma. Corte posee un concepto fuertemente ontológico de las diversas etapas del *iter criminis*, de modo que cualquier alteración de las reglas sobre determinación de la pena a su respecto se le representa como una vulneración de las estructuras lógico-objetivas. La tentativa o la frustración, así como la consumación, son conceptos prejurídicos cuya ontología traiciona al legislador cada vez que asigna a una de ellas consecuencias punitivas asociadas generalmente a cualquiera de las otras. Con todo, esta explicación de corte finalista parece poco probable.

<sup>2</sup> De acuerdo a la opinión predominante con respecto a la realización del tipo de tentativa. Dejamos de lado la cuestión acerca de si el tipo del robo con violencia o intimidación es un tipo resultativo o de mera actividad –que, a nuestro juicio, debe resolverse por la segunda de estas alternativas–, pues no es relevante a los efectos de este comentario. Cf. CURY, “Contribución a la distinción entre los delitos de resultado y de simple actividad”, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), Vol. 1, pp. 69-75.

- b) La Corte valora de modo muy negativo la norma en comentario, con base en consideraciones político criminales. Es decir, considera altamente disfuncional una norma que sancione con las penas del delito consumado conductas que solo constituyen tentativa o frustración. Pero como la ley no autoriza al juez para aplicar este tipo de valoraciones –al menos en este ámbito concreto– la Corte evita la aplicación del precepto por la vía de declararlo inconstitucional –facultad que solo muy discutiblemente posee una Corte de Apelaciones– y además, en una vía ya mucho más segura desde el punto de vista formal, lo declara tácitamente derogado por la Carta Fundamental. En cualquier caso, también este último arbitrio depende de que el precepto sea estimado contrario a las garantías constitucionales vigentes.

5. La segunda de las explicaciones consignadas en el número anterior parece ser la más probable: la Corte de Apelaciones de Santiago “necesita” declarar que el precepto es contrario a la Constitución para entender que ha sido tácitamente derogado por ella. De esta manera, excluye su aplicación. Pero con todo lo laudable se pueda considerar este resultado, la argumentación utilizada es muy perturbadora. En efecto, ella requiere de una interpretación errónea del Art. 450 inciso primero, que en lugar de considerarlo una (criticable) regla excepcional sobre determinación de la pena, le atribuye la virtualidad de redefinir lo que se entiende por consumación en ciertos delitos, pues en principio sólo por esta vía puede hacerse evidente su oposición con las garantías consagradas por la Constitución de 1980<sup>3</sup>.

### III. CONCLUSIONES

1. De lo anterioremente expuesto podrían extraerse las siguientes conclusiones:

- a) El Art. 450, inciso primero, del Código Penal solo establece una regla excepcional de determinación de la pena, con respecto a las reglas generales de los Arts. 51 y 52 del mismo Código.
- b) Por consiguiente, aunque resulte criticable desde el punto de vista político criminal, la norma no es en principio objetable como contraria a las garantías constitucionales.
- c) Que el fallo en comentario debe en consecuencia considerarse erróneo, tanto en su fundamentación como en lo dispositivo de la sentencia.

2. Asimismo, no quisiéramos concluir este breve comentario sin realizar una consideración más general. El principal motivo que dio origen a estas líneas puede resumirse como sigue: si se quiere conservar la eficacia del recurso a los argumentos garantistas, es indispensable utilizarlos solo en su justa medida. De lo contrario, se introduce en la sociedad un principio de corrupción, en virtud del cual las garantías constitucionales se convierten en declaraciones programáticas fácilmente acomodables a la obtención de determinados objetivos políticos (en nuestro caso, político criminales), lo que conduce a su desprestigio y, finalmente, a su ineficacia en el plano jurídico. Con principios y garantías de “geometría variable” resulta ya imposible argumentar jurídicamente y, quizá más grave aun, convencer socialmente sobre la legitimidad o ilegitimidad de determinadas instituciones. Este proceso puede verificarse no solo mediante una manipulación errónea de las garantías en sí mismas, sino también –y como ocurre en el fallo que se comenta– mediante su aplicación forzada a determinadas instituciones, que solo consienten dicha aplicación cuando son tergiversadas en su propio sentido.

<sup>3</sup> Se ha dicho “en principio”, porque efectivamente cabría objetar la norma por su oposición al “principio de proporcionalidad”. Pero la argumentación en base a él queda ya fuera del contenido del fallo en comentario, seguramente por dos razones: a) su desarrollo dogmático es aún insuficiente; b) tal principio no parece haber sido recogido por nuestra Carta Fundamental, de modo que sería preciso acudir a un argumentación más sofisticada para hacerlo valer.