

**“Comentario al nuevo artículo 443 bis del Código Penal, que sanciona el robo de cajeros automáticos (Ley 20.601)”.MINUTA N°1/ 2013/Enero.
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL**

César Ramos Pérez

I. Introducción

Con fecha 14 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.601, que aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos. Dicha ley introdujo un nuevo artículo 443 bis al Código Penal (CP), que dispone lo siguiente:

Artículo 443 bis.- El robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Para los efectos del presente artículo se entenderá que hay fuerza en las cosas si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440, Nos 1° y 2°; si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción.

El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.601, ingresó mediante Mensaje del Ejecutivo N° 014-359, de 11 de abril de 2011. La propuesta original y el texto definitivo difieren no sólo en su texto, sino también en su ubicación: la primera pretendía un aumento del marco penal a través de la incorporación de un nuevo inciso tercero en el artículo 443 CP –que sanciona el robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación– castigando el robo de cajeros automáticos con la misma pena que el robo de cosas que produce la interrupción o interferencia de un servicio público o domiciliario, según dispone el antiguo inciso segundo del referido art. 443 CP, según la redacción dada por la Ley N° 20.273, actual inciso tercero según redacción actual otorgada por la Ley N° 20.639¹.

¹ La Ley N° 20.639, de 11 de diciembre de 2012, introdujo un nuevo inciso segundo al artículo 443, con el fin de establecer un marco penal agravado del robo con fuerza en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación, si el objeto de ataque es un vehículo motorizado. Esta modificación, dejó como inciso tercero, el antiguo inciso segundo que regula la figura calificada por interrupción o interferencia de suministro de servicio público o domiciliario.

Las diferencias entre la propuesta original y el texto definitivo son manifiestas: el segundo no sólo exhibe una determinación de la conducta sancionada más intensa que el primero, sino que además plantea serios problemas interpretativos respecto de su correspondencia con los criterios sistemáticos de regulación del robo con fuerza en las cosas en el Párrafo 3° del Título IX del Libro II del Código Penal. Estas diferencias, se observan nítidamente, al comparar ambos textos:

Propuesta original de modificación del artículo 443	Texto actual
<p>Art. 443. Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.</p> <p>Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo.</p> <p>La pena señalada en el inciso anterior se aplicará también al robo con fuerza de cajeros automáticos o dispensadores automáticos de dinero o del dinero y valores contenidos en ellos.</p>	<p>Art. 443. Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.</p> <p>Si el delito a que se refiere el inciso precedente recayere sobre un vehículo motorizado, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo².</p> <p>Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso primero, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo.</p> <p>Art. 443 bis.- El robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Para los efectos del presente artículo se entenderá que hay fuerza en las cosas si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440, Nos 1° y 2°; si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos</p>

² Inciso introducido por la Ley N° 20.639, de 11 de diciembre de 2012.

	<i>contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción.</i>
--	---

El objetivo de este estudio es identificar dos criterios sistemáticos contrapuestos en la evolución del texto finalmente aprobado, y sostener que la nueva regulación configura una hipótesis autónoma a la tripartición tradicional del robo con fuerza en las cosas, cuyo mayor disvalor de injusto se asocia a la protección de un bien jurídico adicional a la afectación de la propiedad

II. El robo con fuerza en las cosas en la regulación anterior a la modificación de la Ley N° 20.601

Según el art. 432 CP, quien se apropia de cosa mueble ajena sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando de “fuerza en las cosas”, comete robo. La opinión dominante entiende que la “fuerza en las cosas”, en este contexto regulativo, no responde a una definición genérica del medio comisivo empleado. Por esta razón, para que concorra dicha “fuerza en las cosas”, es necesario que se realice uno de los medios comisivos establecidos por el legislador en los arts. 440, 442 y 443 CP. En este sentido, LABATUT, señala que “no toda fuerza en las cosas es estimada por la ley, sino únicamente la que se concreta en algunos recursos previstos por ella”³.

Si la gravedad del injusto del robo con fuerza en las cosas depende, en parte, del medio comisivo empleado, es necesario determinar en qué consiste ese adicional factor agravatorio. Según BASCUÑÁN, “fuerza en las cosas no significa energía desplegada sobre la cosa que es objeto de la apropiación, sino vencimiento de un mecanismo de resguardo de su custodia. En el vencimiento del mecanismo de resguardo se expresa una intensificación del ataque a la propiedad”⁴. Agrega LABATUT que “la fuerza en las cosas no aparece limitada al empleo de fuerza física para superar los resguardos de la propiedad,

³ LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*, t. II, 7ª ed. actualizada por Julio Zenteno Vargas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 206. Vid. tb. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, t. III, 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 316-317; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 231.

⁴ BASCUÑÁN, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales” en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Núm. 1: 2004, p. 302. Vid. tb. ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 316; LABATUT, op. cit., t. II, p. 206; GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 231. En el mismo sentido, en España, BAJO, Miguel; PÉREZ, Mercedes y SUÁREZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 154, han señalado que la fuerza en las cosas es un concepto normativo, distinto del vulgar, “en que el autor se ve abocado a desplegar una mayor energía criminal para vencer los obstáculos o defensas que el propietario de la cosa haya colocado para custodiarla”.

sino que debido a un proceso de asimilación, el Código la hace extensiva también a otros recursos utilizados por los delincuentes con el mismo fin y que en realidad no tienen ese carácter, como sucede con las formas astutas, fraudulenta o engañosas que menciona el art. 440 en su N° 3^o⁵.

Esta identificación entre “fuerza en las cosas” y vencimiento de mecanismos de resguardo de la cosa, permite afirmar que el fundamento de la agravación del marco penal, en relación al hurto, corresponde a una “intensificación del injusto de la apropiación, concretado en el modo específico de ruptura de la custodia ejercida sobre la cosa. Lo que caracteriza a las cosas objeto de apropiación en estos supuestos es que respecto de ellas hay expresión de una voluntad intensificada de custodia, que se concreta en el uso de mecanismos de resguardo”⁶. En consecuencia, en el robo con fuerza en las cosas, el objeto de protección es la propiedad, y su penalidad agravada se fundamenta en una intensificación del injusto correspondiente al vencimiento de los medios de resguardo en que se materializa una custodia intensificada de la cosa, ya sea impidiendo el acceso o la remoción de la cosa custodiada⁷.

La distinción fundamental en el modelo regulativo anterior a la Ley N° 20.601, se vincula al espacio físico en que se comete el robo: *lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias; lugar no habitado; y sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público*. Su importancia no sólo radica en distinguir las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, sino que es esencial para la determinación del marco penal abstracto, la aplicación de la regla del art. 450 inc. 1º, y la agravación de los actuales incisos segundo y tercero del art. 443.

a) *Marco penal aplicable, en la regulación anterior a la Ley N° 20.601, al robo con fuerza en las cosas*

Lugar de comisión	Penal aplicable
Lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias	Presidio mayor en su grado mínimo
Lugar no habitado	Presidio menor en sus grados medio a máximo
Sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público	Presidio menor en sus grados medio a máximo

b) *La determinación de específicas conductas constitutivas de fuerza en las cosas según el espacio en que se realiza la apropiación*

A diferencia del art. 440, que sólo regula como fuerza en las cosas la vulneración de mecanismos de resguardo que impiden la entrada al lugar del robo, las circunstancias

⁵ LABATUT, op. cit., t. II, p. 206.

⁶ BASCUÑÁN, op. cit., p. 302.

⁷ *Ibidem*, pp. 304-305.

2ª y 3ª del art. 442 regulan también hipótesis de ruptura de mecanismos de resguardo internos⁸.

Por otro lado, el art. 443 se refiere a bienes nacionales de uso público y sitios no destinados a la habitación, que a diferencia del “lugar”, tienen en común ser extensiones de terreno, delimitadas o no físicamente, carentes de resguardos expresivos de una voluntad intensificada de custodia que impidan la entrada no autorizada⁹. Ello explica que el art. 443 no comprende conductas cuyo fin sea el ingreso al bien nacional de uso público o al sitio no destinado a la habitación.

c) *La aplicación de la regla del artículo 450 inciso 1º*

Sólo en el caso del robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación, o sus dependencias, regulado en el artículo 440 CP, el hecho se castiga como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa.

d) *Las figuras calificadas de los incisos 2º y 3º del artículo 443*

En este caso, la agravación del marco penal a presidio menor en su grado máximo, por la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, producidas con ocasión del robo, o por la apropiación de un vehículo motorizado, sólo se aplica respecto de conductas subsumibles en el delito de robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público, regulado en el inciso primero del artículo 443.

III. El nuevo artículo 443 bis, introducido por la Ley N° 20.601

El proyecto original del Ejecutivo pretendió agravar el marco de la pena abstracta del delito de robo con fuerza de cajeros automáticos o dispensadores automáticos de dinero o del dinero y valores contenidos en ellos, mediante la introducción de un nuevo inciso tercero en el art. 443. La técnica legislativa empleada en la agravación fue la remisión al inciso anterior del mismo artículo, en la redacción anterior a la Ley N° 20.639, que castiga con presidio menor en su grado máximo, el robo en bienes de uso público o

⁸ GARRIDO, op. cit., t. IV, pp. 237, 241; LABATUT, op. cit., t. II, p. 206. La regulación de los mecanismos de resguardo interno expresa un casuismo importante: sólo comprende la fractura interna de puertas y no de ventanas. No se considera el rompimiento o forado de paredes o techos interiores. Respecto a las llaves, sólo se regula su uso para abrir muebles y no puertas o ventanas interiores.

⁹ BASCUÑÁN, op. cit., pp. 305-306. Vid. tb. GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 243, quien señala que “lugares son, en consecuencia, aquellos recintos cerrados, con ciertas protecciones que impiden el libre acceso, en tanto que sitios son espacios abiertos, sin protecciones especiales”; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 353.

en sitios no destinados a la habitación, cuando se produce interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario.

El carácter deficitario, en cuanto técnica legislativa, fue advertido en el seno de las Comisiones de Gobierno y Constitución del Senado, unidas, por Juan Pablo Cox, profesor de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, quien señaló que la homologación con la interrupción de suministro pierde fundamento si la regulación expresa que el objeto de protección coincide con el objeto material, no conteniendo el proyecto una idea clara de lo que se quiere proteger. Desde el punto de vista del sistema de los delitos contra la propiedad, Cox señaló que la propuesta desplaza la aplicación de las reglas generales, y que su justificación en la protección del objeto material “supondría desconocer las bases sobre las cuales se asienta la regulación legal del robo con fuerza”. La agravación propuesta, en función del objeto material, indica Cox, es contraria al modelo regulatorio, que combina dos elementos para configurar la regulación: espacio y despliegue de “fuerza”. En este sentido, la entidad del objeto material carece de relevancia. Pero la propuesta del Ejecutivo, continúa Cox, agrava según el objeto material, abandona la distinción espacial y diluye el modelo de fuerza típica, no haciendo alusión a qué constituye fuerza¹⁰.

Durante el plazo de indicaciones ampliado, solicitado por las comisiones unidas, el Ejecutivo ingresó una nueva propuesta, “*que se hace cargo de las observaciones y reparos formulados al iniciarse el debate en particular [...]*”¹¹. La propuesta incorpora un nuevo artículo 443 bis en el Código Penal, que corresponde al texto finalmente aprobado por el Parlamento. El nuevo texto presenta las siguientes características:

a) *Marco penal autónomo*

A diferencia de la propuesta original, el texto aprobado, sin variar la cuantía de la pena abstracta asignada al hecho, no la determina remitiéndose a otra figura, sino que establece directamente el marco penal en la misma disposición (presidio menor en su grado máximo).

b) *Determinación de las conductas constitutivas de fuerza en las cosas*

El nuevo artículo 443 bis identifica las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, a diferencia del texto original que nada señalaba al respecto, sin perjuicio de remitirse, en concreto, a dos numerales del artículo 440.

c) *Desvinculación del modelo espacial*

El texto original no vinculaba expresamente la punibilidad a un espacio geográfico específico, a diferencia del sistema general del robo con fuerza. Pero su ubicación y

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 127 y ss.

¹¹ Historia de la Ley N° 20.601, p. 138.

accesoriedad regulatoria, permitía plausiblemente sostener que se trataba de una figura calificada del robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público. La ineptitud de esa regulación era manifiesta: si se trataba de una conminación más intensa del marco penal correspondiente a la apropiación de cajeros automáticos, mediante una agravación del umbral mínimo, lo que correspondía era establecer la agravación en el contexto del artículo 442, esto es, en la regulación del robo en lugar no habitado. La razón por la que el proyecto original establecía el aumento de pena en el contexto del artículo 443, remitiéndose a su inciso segundo (interrupción de suministros), según la redacción anterior a la Ley N° 20.639, es una idea de fundamental importancia para la correcta identificación del plus de injusto que expresa la nueva figura.

El nuevo artículo 443 bis no se vincula a espacio alguno, por lo tanto, sustituye la lógica intrasistémica de la regulación del robo con fuerza, basada en la combinación de espacio y fuerza, por un modelo que combina definición de hipótesis de fuerza, junto a una referencia al objeto material. El espacio, para el artículo 443 bis, es irrelevante.

De este modo, el texto definitivo resuelve las críticas de inconsistencia interna llevándolas al extremo: rompe con el modelo regulatorio general y origina una nueva disposición sistemáticamente desvinculada. Así, en relación a las características indicadas anteriormente, es posible constatar diferencias sustanciales:

- i) El artículo 443 bis configura un marco penal autónomo que no se vincula a la variable espacio.
- ii) Las conductas constitutivas de fuerza en las cosas al espacio se determinan directamente en el artículo 443 bis, sin perjuicio a que se haga referencia a otras disposiciones.
- iii) Inaplicabilidad de la regla del artículo 450 inciso 1° CP, establecida exclusivamente para el robo con fuerza regulado en el artículo 440 CP.

En consecuencia, el artículo 443 bis configura una nueva hipótesis de robo con fuerza en las cosas desvinculada del sistema regulatorio del Código. Pero dicha modificación no responde la interrogante sobre el fundamento de la agravación. En este sentido, la indicación del Ejecutivo resolvió las críticas a la técnica legislativa del modelo, pero de ello no se deriva una toma de postura frente al problema del objeto de protección del nuevo tipo penal.

A. Bien jurídico protegido y estructura del tipo

Originalmente, el Ejecutivo equiparó el robo de cajeros automáticos con la interrupción o interferencia de suministro de algún servicio público provocada por un robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público o sitio no destinado a la

habitación, equiparando la pena abstracta asignada a la hipótesis del artículo 443 inciso 2° (según la redacción anterior a la Ley N° 20.639), al inciso 3° propuesto. Sin embargo, tal como indicó Cox, *“ese sería aparentemente el fundamento del proyecto, pero luego, el mismo mensaje declara que el objeto del proyecto es la protección del objeto material del delito, esto es, el cajero, por lo que [...] el proyecto pierde fundamento y no contiene una idea clara respecto de lo que efectivamente se quiere proteger desde la consideración político criminal del mismo”*¹².

El problema planteado exige determinar el objeto de protección de la nueva figura del artículo 443 bis, para luego, interpretar el tipo penal de un modo coherente con la definición de lo que el legislador pretende proteger.

Una alternativa sería entonces, asumir que frente a la falta de claridad respecto del interés protegido por la nueva figura, el legislador renunció a consideraciones adicionales al objeto material del delito. Es decir, afirmar que el plus de injusto que justifica la figura agravada corresponde al objeto material del delito, esto es, el cajero automático o el dinero contenido en él. Y que frente a las críticas durante la tramitación parlamentaria, prefirió mediante la indicación del Ejecutivo, eliminar toda referencia a la homologación con la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, renunciando a la dimensión pluriofensiva que esa equiparación expresa.

La segunda alternativa es entender que la indicación del Ejecutivo, sólo modificó el proyecto original a efectos de resolver la crítica de inconsistencia regulativa, creando un tipo autónomo desvinculado de los criterios sistemáticos de la regulación del robo con fuerza en las cosas, sin alterar los fundamentos del proyecto original.

El Mensaje que acompaña el proyecto de ley, en su apartado “Fundamentos del proyecto”, expresa varias consideraciones que pretenden justificar la agravación sugerida:

“La actividad que gira en torno a los cajeros automáticos tiene ciertas particularidades que la convierten en una actividad de especial importancia no sólo para la actividad bancaria sino que para la población en general. En este sentido, el funcionamiento pacífico y ajeno de externalidades que puedan incidir en la distribución de dinero a través de los cajeros automáticos instalados en todo el país, implica un beneficio social que asegura a los usuarios la satisfacción de sus necesidades mediante un sistema de pago aceptado por todo el comercio como lo es el dinero. En este contexto, la existencia de cajeros automáticos responde a una necesidad fundamental como es el acceso de los particulares a los recursos financieros de manera expedita y segura; en consecuencia, los delitos contra estos dispensadores implican la interrupción de un servicio relevante para la población. Adicionalmente, los dispensadores de dinero permiten el acceso a servicios financieros en sectores que, por su ubicación geográfica, la condición socio económica de sus habitantes, o su escasa población, no son atractivos para la

¹² Historia de la Ley N° 20.601, p. 127.

instalación de sucursales bancarias. De esta manera, los cajeros automáticos se constituyen como una herramienta eficaz en pos del acceso igualitario a los servicios financieros, permitiendo además que las personas transiten sin portar grandes cantidades de dinero, disminuyendo la posibilidad en los particulares de ser víctimas de robo.

La función que cumplen los cajeros automáticos cobra relevancia al constatarse las limitaciones a las que se encuentra sujeta la actividad bancaria, toda vez que éstos permiten operar en horarios distintos a los de funcionamiento de las oficinas de los bancos, de manera que los usuarios pueden girar dinero sin dirigirse a una sucursal y pueden efectuar transacciones en los fines de semana o durante las noches”¹³.

En síntesis, el Mensaje justifica la agravación según las siguientes consideraciones:

- a) Acceso de particulares a recursos financieros de manera expedita y segura (servicio relevante para la población en general).
- b) Acceso de particulares a servicios financieros en sectores no atractivos para sucursales bancarias (acceso igualitario a un servicio relevante para la población en general).
- c) Posibilidad de los particulares de transitar sin grandes sumas de dinero, disminuyendo la posibilidad de ser víctimas de robo.
- d) Posibilidad de realizar transacciones fuera de horarios bancarios.

En consecuencia, el Mensaje otorga relevancia fundamental a un interés adicional a la protección de la propiedad, señalando que los delitos contra estos dispensadores implican la interrupción de un servicio relevante para la población, justificando de ese modo la equiparación del robo de cajeros automáticos al robo con fuerza en las cosas que provoca interrupción o interferencia de un suministro de algún servicio público o domiciliario.

Sin embargo, se podría sostener que la relevancia de un bien jurídico adicional a la *propiedad* resulta descartada en el propio texto del Mensaje, toda vez que expresamente, señala que “*se propone que la agravación se establezca en función del objeto material (cajeros automáticos y dinero contenido en ellos), y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento*”¹⁴. Ello se justifica, en el texto del Mensaje, por tres razones:

¹³ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 4-5. A esta fundamentación del injusto del robo con fuerza de cajeros automáticos, el mensaje agrega una justificación disuasiva del aumento de la pena: “*En atención a la baja pena asociada al robo en lugar no habitado, el análisis costo beneficio del delincuente al momento de plantearse la opción de cometer el delito resulta altamente favorable, pues puede obtener grandes cantidades de dinero arriesgando ser condenado, eventualmente, a una pena muy baja*” (p. 5).

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.601, p. 6

- (i) Normalmente el robo con fuerza de estos cajeros conlleva que ellos dejen de funcionar;
- (ii) Se pueden presentar problemas a la hora de determinar las causas del no funcionamiento del cajero, como por ejemplo, el robo de uno que ha dejado de operar antes por un desperfecto mecánico;
- (iii) Puede resultar complejo asimilar la función social asociada a los suministros públicos y domiciliarios con la utilidad que presta un cajero¹⁵.

¿Implica lo anterior que el objeto de protección de la nueva figura es exclusivamente la propiedad, y que la agravación depende de la afectación de un específico objeto material? La respuesta exige distinguir previamente dos planos de análisis distintos: el objeto de la acción y el objeto de protección.

El objeto de la acción, u objeto material, corresponde al concreto objeto de ataque del delito¹⁶. En el nuevo artículo 443 bis, el objeto material corresponde a determinados bienes muebles, esto es, “cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos”. Ello debe ser distinguido del objeto de protección, esto es, el bien jurídico que el legislador pretende proteger como fin legítimo perseguido mediante la creación de un tipo penal. Este fin legítimo no corresponde a un bien ideal *encarnado* o incorporado en el objeto concreto atacado por la conducta delictiva¹⁷, sino que corresponde a “una determinada propiedad o característica que se da en un objeto particular que determina que este objeto sea valioso, esto es, una propiedad o característica que es valorada como buena en tanto se da en un objeto particular”¹⁸.

En este sentido, debe entenderse que la característica que concurre en el objeto de la acción del artículo 443 bis, es la de permitir el *acceso a los individuos a los recursos y servicios financieros de manera segura y expedita*. Esta propiedad o característica, constituye la razón para estimar a dichos objetos como valiosos, y por tanto, constituye el bien jurídico protegido, junto a la propiedad, del nuevo artículo 443 bis.

Al ser este bien jurídico susceptible de titularidad individual, pues todo individuo cumpliendo ciertas exigencias puede acceder a los recursos y servicios financieros que constituyen la característica valiosa de los cajeros automáticos, su naturaleza corresponde a la de un bien jurídico individual. Dicha conclusión se ve corroborada al constatar la no concurrencia de dos atributos específicos de los bienes jurídicos colectivos; en primer lugar, no concurre la “no exclusión en el uso”, toda vez que los

¹⁵ La denunciada complejidad de asimilar la función social asociada a los suministros públicos y domiciliarios con la utilidad que presta un cajero, deviene irrelevante una vez que el texto definitivo no se vincula a la interrupción de suministros del inciso tercero del actual artículo 443 CP.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General*, t. I. p. 63.

¹⁷ ROXIN, op. cit., p. 63.

¹⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. “La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, N° 75, 2006, p. 506.

titulares pueden legítimamente excluir a otros en su relación con el bien, en la medida en que su utilización mediante un mismo objeto material impide su utilización conjunta. Por otro lado, tampoco concurre una “no rivalidad en el consumo”, ya que el aprovechamiento del bien puede perjudicar o impedir el aprovechamiento de otros titulares, al disminuir, p.ej., el dinero contenido en el único cajero disponible en una localidad¹⁹.

Desde esta perspectiva, las razones señaladas anteriormente, no implican una toma de postura sobre el objeto de protección del nuevo artículo 443 bis, sino que hacen referencia a la estructura del delito, en tanto resuelven el grado requerido de afectación del *funcionamiento del objeto material en relación al servicio prestado*, en tanto lesión o puesta en peligro –concreta o abstracta- de dicho bien jurídico.

El nuevo artículo 443 bis no exige la supresión o el menoscabo del “acceso a recursos y servicios financieros”, como característica valiosa atribuida al objeto de la acción, y por tanto bien jurídico protegido, ni tampoco que la conducta genere un resultado de puesta en peligro del objeto de ataque al que se atribuye dicha propiedad valiosa para sus titulares²⁰. Desde esta perspectiva, si el mensaje señala que “*normalmente el robo con fuerza de estos cajeros conlleva que ellos dejen de funcionar*” (i), no hace más que una referencia a la peligrosidad potencial del robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos para el acceso a recursos y servicios financieros, y por tanto, no exige ni lesión ni la creación de una puesta en peligro concreta para ese bien jurídico, sino que basta la peligrosidad potencial de las conductas desplegadas. Asimismo, la afirmación (ii) implica que no es necesario para la punibilidad de la conducta, acreditar que el cajero ha dejado de funcionar *a causa* del ejercicio de “fuerza en las cosas”, bastando en consecuencia, la apropiación del objeto material utilizando alguno de los medios comisivos que la propia disposición legal configura como “fuerza en las cosas”, y no la pérdida de utilidad o falta de funcionamiento del cajero, lo que nuevamente descarta la comprensión de la figura como un delito de lesión o de peligro concreto.

En otras palabras, “que la agravación se establezca en función del objeto material y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento”, no hace más que una referencia a que el mal funcionamiento del objeto de la acción no implica necesariamente una lesión o puesta en peligro concreta del interés individual que fundamenta esta nueva figura agravada. En este sentido, el robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos, implica la erosión de condiciones de seguridad necesarias para la utilización y disposición despreocupada del bien jurídico, aspecto que caracteriza, según KINDHÄUSER, a los delitos de peligro abstracto²¹.

¹⁹ Vid. al respecto, HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14 (2002), p. 4 y ss.

²⁰ MAÑALICH, op. cit., p. 508.

²¹ MAÑALICH, op. cit., p. 509.

Una interpretación distinta a la desarrollada, esto es, que el fundamento de la agravación sea el objeto material, como objeto intrínsecamente valioso, y por tanto, merecedor de una protección penal intensificada, no es una interpretación compatible con la prohibición de discriminación arbitraria que emana del derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. En este sentido, establecer un tratamiento más represivo mediante un estatuto legal que refiere exclusivamente como criterio de diferenciación el específico objeto de la acción –cajeros automáticos o el dinero contenido en ellos–, no es más que un tratamiento desigual en la protección jurídico-penal la propiedad privada, pues, se concede un tratamiento agravado a los atentados en contra de ciertas cosas, sin una fundamentación que involucre consideraciones adicionales a la protección de la propiedad privada de ciertas entidades vinculadas al sistema financiero, lo que constituye abiertamente una discriminación arbitraria en el tratamiento jurídico-penal de la conducta constitutiva de un robo con fuerza en las cosas, dada la inexistencia de razones para un tratamiento desigual, distintas a consideraciones basadas en condiciones o atributos de carácter estrictamente personal²².

Por el contrario, si se pretende asignar a la modificación legal, razonabilidad al tratamiento diferenciado que realiza de los autores del delito de robo con fuerza en las cosas, entonces, el injusto de la conducta debe expresar un plus de disvalor que se sustente en algo adicional al atentado en contra del bien jurídico propiedad mediante vulneración de mecanismos de resguardo expresivos de una custodia intensificada. En este sentido, el sentido de la disposición puede ser ilustrado mediante el análisis de la discusión parlamentaria, que como se indicó, justificó ya en el Mensaje del Ejecutivo, la afectación de un bien jurídico adicional en el robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos. Esta connotación pluriofensiva del nuevo artículo 443 bis reúne en consecuencia, una lesión a un bien jurídico individual –la propiedad– junto a la peligrosidad abstracta en contra de otro bien jurídico individual –el acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura–.

La indicación del Ejecutivo, que dio origen al texto definitivo y que desvinculó la agravación de la nueva figura, de la interrupción de suministros, no contradice lo expuesto, toda vez que ella tuvo por objetivo resolver las inconsistencias intrasistemáticas y deficiencias de técnica legislativa:

- a) En el primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, adhirieron a la justificación pluriofensiva de la propuesta original, contenida en el Mensaje del Ejecutivo, orientada a la protección de un interés individual consistente en el

²² En este sentido, véase la STC Rol N° 1.414, de 14 de septiembre de 2010, que en su considerando décimo quinto señala que “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario (Rol N° 986/2008)”.

acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, la mayoría de los diputados intervinientes que apoyaron el proyecto, tanto en la Comisión de Seguridad Ciudadana como en la Discusión en Sala. Excepcionalmente, se esgrimieron razones que, desvinculadas del objeto de protección del delito, justificaron la agravación en la intención de producir efectos disuasivos –diputados Rene García, Cristián Letelier, Cristián Monckeberg y Matías Walker–, en la protección de la tranquilidad y seguridad de la población –diputados René Saffirio, Arturo Squella y Mónica Zalaquett– y en la conexión del robo con la apropiación de vehículos motorizados –diputado René García–²³.

- b) En el segundo trámite constitucional, en el Senado, antes de la indicación del Ejecutivo que introdujo el art. 443 bis definitivo, también adhirieron a la justificación pluriofensiva del texto original, orientada a la protección de un interés individual consistente en el acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, la mayoría de los senadores intervinientes que apoyaron el proyecto, en la Discusión en Sala. Marginalmente, se esgrimieron razones que, desvinculadas del objeto de protección del delito, justificaron la agravación en la producción de eventuales efectos disuasivos –senadores José García, Jaime Orpis y Hosain Sabag– y en un posible destino del dinero obtenido, a la compra y venta de droga –senador Alberto Espina–²⁴.
- c) Una vez incorporada a la discusión parlamentaria la indicación que propuso el texto definitivo, los senadores, en Sala, reafirmaron mayoritariamente el fundamento pluriofensivo de la nueva figura, según consideraciones vinculadas a la protección de del acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura. Excepcionalmente, se esgrimieron razones desvinculadas del objeto de protección del delito, relacionadas con efectos disuasivos del aumento de pena –senadores Hernán Larraín y Jaime Orpis–, el temor de la población –senador José García–, la baja pena asociada al delito “frustrado” de robo de cajeros automáticos –senadores Alberto Espina, José García, Gonzalo Uriarte, y Andrés Zaldívar– y la vinculación del robo de cajeros con otras conductas ilícitas –senadores Alberto Espina, Hernán Larraín, Gonzalo Uriarte y Andrés Zaldívar (apropiación de vehículos motorizados, crimen organizado y tráfico de drogas)²⁵.
- d) En el tercer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, también adhirieron a la justificación pluriofensiva del texto original, orientada a la protección del acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, la mayoría de los diputados intervinientes que apoyaron el proyecto, en la Discusión en Sala. Marginalmente se aludió al efecto disuasivo del aumento de pena –diputado Gabriel Silber–, la necesidad de tratamiento psicológico de los trabajadores de estaciones de servicio víctimas del delito –diputado Cristián Letelier–, el vínculo

²³ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 4 y ss.

²⁴ *Ibidem*, pp. 68 y ss.

²⁵ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 133 y ss.

con el crimen organizado –diputado Jorge Ulloa–, la alarma pública y el temor de la población –diputados Arturo Squella y Carlos Vilches–, el riesgo para los funcionarios policiales y la ciudadanía en general, producto de balaceras –diputado Carlos Vilches–, y el vínculo con el robo con vehículos motorizados –diputado Matías Walker-²⁶.

En consecuencia, se observa que la aprobación del texto definitivo no obedece a un cambio de criterio respecto del fundamento de la propuesta de agravación del delito de robo con fuerza de cajeros automáticos. Por el contrario, la peligrosidad abstracta de la conducta, para un interés individual, en la especie, el acceso igualitario a recursos y servicios financieros, constituye el objeto de protección de la nueva figura incorporada al Código Penal, conjuntamente con el bien jurídico propiedad.

B. Tipo objetivo

1. Autor

La descripción típica del nuevo artículo 443 bis no hace referencia al autor del delito, sino que directamente regula “el robo”. Sin embargo, indudablemente corresponde calificar esta figura como un *delito común* que puede ser realizado por cualquiera, al no contener especiales características típicas referidas al autor del delito.

2. Objeto de la acción

El artículo 443 bis especifica el objeto material sobre el que recae la acción de apropiación, constituyendo este elemento uno de los criterios diferenciadores de la nueva figura, respecto de la regulación general del delito de robo con fuerza en las cosas. En este sentido, la “cosa mueble ajena” identificada en el artículo 432 como objeto material de los delitos de apropiación con ruptura de custodia, es especificada por la nueva disposición, expresando que la acción de “robo con fuerza” deber recaer sobre “cajeros automáticos”, “dispensadores de dinero”, “contenedores de dinero”, o sobre el “dinero” y “valores” contenidos en ellos.

El Diccionario de la Real Academia Española, define “cajero automático” como una *“máquina que, accionada por el cliente mediante una clave, realiza algunas funciones del cajero”*, entendiéndose por tal, *“en los comercios, bancos, etc., persona encargada de la caja”*, definida a su vez, en la acepción relevante a estos efectos, como *“pieza, sitio o dependencia destinada en las tesorerías, bancos y casas de comercio a recibir o guardar dinero o valores equivalentes y para hacer pagos”*²⁷.

²⁶ *Ibidem*, pp. 169 y ss

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. [en línea], disponible en www.rae.es.

En consecuencia, “cajero automático” hace referencia a una máquina que exige para su funcionamiento, el ingreso de una clave por parte de un tercero, y que realiza funciones de pago y recepción o depósito de dinero o valores equivalentes.

Los términos “dispensador de dinero” y “contenedores de dinero” no expresan inequívocamente un determinado objeto material, sino que *prima facie*, aluden a operaciones realizadas con dinero: “dispensar”, esto es, “*dar, conceder, otorgar, distribuir*”, y “contener”, es decir, “*dicho de una cosa: llevar o encerrar dentro de sí a otra*”²⁸. Sin embargo, la interpretación del sentido de la disposición debe restringirse a la definición del objeto material realizada por el artículo 432, que exige que se trate de una cosa mueble ajena.

La pregunta es entonces determinar si toda cosa mueble que dispensa o contiene dinero o valores, puede ser objeto material de esta figura agravada. La cuestión es relevante, pues una lectura extensiva de la disposición, dentro del sentido literal posible, comprendería objetos que cumpliendo dichas operaciones (ej. expendedores de bebidas o alimentos, máquinas que permiten realizar servicios a cambio de dinero, como cargar tarjetas electromagnéticas, o en general, cualquier objeto que contenga dinero) se alejan en demasía del sentido de la expresión “cajero automático” ya referido.

Sin embargo, una interpretación teleológica de la figura agravada permite descartar desde ya esa interpretación extensiva de las expresiones “dispensador y contenedor de dinero”. Determinado el fin de la regulación, en términos de ofrecer una estructura pluriofensiva cuyo fin de protección es tanto el contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídico-formal de propietario²⁹, como el acceso de particulares a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, entonces, se debe “reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin”³⁰. Desde esa perspectiva, el objeto que dispensa o contiene dinero, debe estar vinculado a la realización de operaciones financieras por parte del público, tales como depositar dinero o realizar giros, y por tanto, constituyen términos especiales estrechamente relacionados con el concepto general de cajero automático ya referido.

Lo señalado es corroborado por la historia de la ley. Durante la discusión parlamentaria, se observa que la utilización de la expresión “dispensador”, se utilizaba de modo fungible respecto del término “cajero automático”. Ya en el Mensaje del Ejecutivo, ambas expresiones se utilizan indistintamente, sin excluir un contenido semántico determinado:

²⁸ Ídem.

²⁹ BASCUÑÁN, op. cit., p. 295.

³⁰ Vid. al respecto, SILVA, Jesús-María. “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho Penal”, en Díaz y García, Miguel y García Amado, Juan (ed.) *Estudios de filosofía del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, pp. 373 y ss.

*“En este contexto, la existencia de **cajeros automáticos** responde a una necesidad fundamental como es el acceso de los particulares a los recursos financieros de manera expedita y segura; en consecuencia, los delitos contra estos **dispensadores** implican la interrupción de un servicio relevante para la población. Adicionalmente, los **dispensadores** de dinero permiten el acceso a servicios financieros en sectores que, por su ubicación geográfica, la condición socio económica de sus habitantes, o su escasa población, no son atractivos para la instalación de sucursales bancarias. De esta manera, los **cajeros automáticos** se constituyen como una herramienta eficaz en pos del acceso igualitario a los servicios financieros, permitiendo además que las personas transiten sin portar grandes cantidades de dinero, disminuyendo la posibilidad en los particulares de ser víctimas de robo” (destacados nuestros)³¹.*

Esta vinculación entre cajero automático y dispensador, se observa asimismo, en el Decreto Exento N° 1.122, sobre medidas mínimas de seguridad para las empresas consideradas en el art. 3° del Decreto Ley N° 3.607, de 19 de octubre de 1998, que en su artículo 19, utiliza indistintamente ambas expresiones:

Artículo 19° Para los efectos de lo establecido en el presente decreto, se entenderá por oficinas, agencias o sucursales de alto riesgo, las que sean calificadas como tales por los Ministerios del Interior y de Defensa, mediante decreto notificado por la Autoridad Fiscalizadora al Representante Legal de la entidad afectada. Para proceder a esta calificación, los Ministerios, deberán oír a la entidad, a carabineros de Chile y/o a la policía de investigaciones. Para ello se considerará las características urbanas del área circundante, las vías de acceso, sistemas de comunicaciones, la arquitectura del recinto, y el comportamiento histórico delictual.

*Por su parte, para calificar a un **cajero automático** como de Alto Riesgo, la Autoridad Fiscalizadora, deberá considerar, además de los parámetros señalados en el inciso anterior, las características físicas de la dependencia donde está instalado. Asimismo dicha Autoridad deberá oír previamente a la entidad propietaria del **dispensador** (destacados nuestros).*

La expresión “contenedores de dinero”, incorporada mediante la indicación del Ejecutivo en el segundo trámite constitucional, no fue objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria. La única mención en que aparece expresamente un desarrollo del término, fue el primer trámite constitucional, en que Jorge Encina, asesor de la Subsecretaría de Prevención del Delito, hace referencia a la “gaveta contenedora”, a propósito de las medidas de seguridad que debe implementar un banco en estas materias, y por tanto, referencia a parte de la estructura propia de un cajero o dispensador automático:

³¹ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 4-5.

*“Entintado de billetes: El trabajo coordinado entre el Gobierno, el Banco Central, Carabineros y las entidades financieras, alcanzó un acuerdo que permitirá la instalación masiva de dispositivos de entintado. El mecanismo permite inutilizar los billetes una vez que la **gaveta contenedora** es sometida a movimientos o calor al manipular el cajero” (destacados nuestros)³².*

Esta interpretación de las expresiones “dispensador” y “contenedor” de dinero, vinculada estrechamente al concepto genérico de cajero automático, y en consecuencia, al acceso a recursos y servicios financieros, se infiere además de las restantes disposiciones de la Ley N° 20.603. En este sentido, el artículo 2°, que vincula el objeto material del delito y la actividad de entidades bancarias y financieras, prescribe que los únicos obligados al cumplimiento de medidas de seguridad establecidas por decreto supremo, respecto de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, serán entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y las empresas de apoyo al giro bancario que reciban o mantengan dinero en sus operaciones, propietarios o administradores de tales bienes.

*Artículo 2°.- El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante un decreto supremo, regulará las medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de los **cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie, denominados en adelante e indistintamente "cajeros automáticos" o "cajeros"**.*

*Estarán obligadas al cumplimiento de las referidas normas que dicte el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, las **entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y las empresas de apoyo al giro bancario que reciban o mantengan dineros en sus operaciones**, y sean propietarias o administradoras, a cualquier título, de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie.*

*Las medidas de seguridad de los **cajeros automáticos** deberán incorporarse en los estudios de seguridad de las **entidades obligadas de acuerdo al inciso anterior**, propietarias o administradoras de los mismos.*

La fiscalización de las medidas de seguridad aplicables a los cajeros automáticos corresponderá a Carabineros de Chile o a la autoridad respectiva, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 1° del decreto ley N° 3.607, de 1981.

*Artículo 3°.- El decreto supremo a que se refiere el artículo precedente deberá, a lo menos, regular materias relativas a la ubicación y entorno de los **dispensadores de dinero**, a los sistemas de anclaje, de alarma, de grabación de imágenes, de protección contra elementos cortantes o fundentes, de empotramiento y blindaje y al sistema disuasivo de seguridad de entintado de billetes.*

El incumplimiento de las medidas de seguridad establecidas conforme a lo dispuesto en este artículo dará lugar a las sanciones previstas en el inciso octavo del artículo 3° del decreto ley N° 3.607, de 1981” (destacados nuestros).

³² Historia de la Ley N° 20.601, p. 16.

En consecuencia, el objeto material del delito contemplado en el artículo 443 bis corresponde genéricamente a “cajeros automáticos”, es decir, máquinas que exigen para su funcionamiento, el ingreso de una clave por parte de un tercero, y que permiten realizar giros o depósitos de dinero o valores, o exclusivamente giros si se trata de un “dispensador de dinero”, además de la gaveta contenedora del cajero, aludida mediante la expresión “contenedor de dinero”.

Finalmente, el artículo 443 bis establece además, como objeto material del delito, el “dinero y valores contenidos en ellos”, lo que implica que tanto el contenedor como el contenido “dinero y valores”, pueden ser objeto material del delito contemplado en el artículo 443 bis.

3. Acción típica

La regulación del robo con fuerza en las cosas en el Párrafo 3° del Título IX del Libro II del Código Penal, no describe expresamente la acción de “robo”, pues ella se encuentra en el artículo 432 que describe el núcleo de injusto de los delitos de apropiación con ruptura de custodia. En este sentido, la acción de robo, en el contexto regulativo del artículo 443 bis corresponde a una apropiación de cosa mueble ajena, usando fuerza en las cosas.

Según la opinión dominante en doctrina, la acción de apropiación consiste en la sustracción de una cosa con ánimo de señor y dueño, reuniendo en consecuencia, dos elementos: por un lado, un elemento objetivo que corresponde a la sustracción o apoderamiento de la cosa, y otro de carácter subjetivo que consiste en la intención de comportarse como propietario (*animus rem sibi habendi*)³³.

Lo característico de la regulación del robo con fuerza, es la especificación de las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, que como se señaló, no corresponde a una definición genérica sino que se debe realizar uno de los medios comisivos establecidos por el legislador, expresivos de un vencimiento de un mecanismo de resguardo de la cosa custodiada.

El ejercicio de “fuerza en las cosas” se exige como *medio* funcional y subjetivamente vinculado a la sustracción³⁴. El robo con fuerza en las cosas constituye además un tipo mixto alternativo: aunque se realicen en el hecho más de una modalidad de fuerza en las cosas, siempre existirá un solo delito³⁵.

³³ Al respecto, vid. ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 296; LABATUT, op. cit., t. II, pp. 195-196; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., pp. 305-306.

³⁴ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., p. 334, 339. En el mismo sentido, GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 232.

³⁵ BAJO/PÉREZ/SUÁREZ, op. cit., p. 153.

En el artículo 443 bis, la conducta constitutiva de fuerza en las cosas es regulada en los siguientes términos:

Para los efectos del presente artículo se entenderá que hay fuerza en las cosas si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440, Nos 1° y 2°; si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción.

Los tres casos que plantea la regulación, son los siguientes:

- a) Si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440 N° 1°: *Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.*
- b) Si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440 N° 2: *Haciendo uso de llaves falsas, o verdaderas que hubiere sido sustraída, de gonzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo*

La remisión a algunos medios constitutivos de fuerza en las cosas, del robo en lugar habitado, comprende el *escalamiento estricto sensu* –entrada por vía no destinada al efecto-; el *forado* –agujero u orificio que atraviesa alguna defensa del lugar, producido por el autor-³⁶; el *rompimiento* de pared o techo –destrucción violenta mediante aplicación de energía física³⁷-; y la *fractura* de puertas o ventanas –rotura o separación violenta de una parte de una cosa-³⁸. Según POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, la rotura de candados y semejantes también constituye fractura de tales dispositivos³⁹.

Asimismo, la remisión al artículo 440 N° 2 comprende el *uso de llave falsa, gonzúas y otros instrumentos semejantes*, y el *uso de llave verdadera que hubiere sido sustraída*. En este caso, no existe ruptura real de los medios de resguardo, sino que se ingresa burlando cerraduras, esto es, un “artificio construido para ser fijado en puertas, ventanas, tapias o paredes, que impide que ellas se abran si no se usa el dispositivo mecánico diseñado al efecto: la llave”⁴⁰. Según LABATUT, “por llave falsa se entiende tanto el duplicado de la verdadera, que se fabrica sin el consentimiento del dueño, como la que

³⁶ ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 325; GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 238.

³⁷ ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 325

³⁸ *Ibidem*, p. 325. En un sentido más amplio, GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 238, entiende que el *rompimiento de pared o techo* comprende la destrucción mediante remoción, y la *fractura de puerta o ventana* comprende romper parte de ellas o sacarlas, por medios no violentos. Vid. tb., en este sentido, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., p. 341.

³⁹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., p. 340.

⁴⁰ *Ibidem*, op. cit., p. 342.

siendo de una cerradura sirve para abrir otra"⁴¹, incluyendo además ETCHEBERRY el caso de las "llaves maestras"⁴². Ganzúa es un "alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras"⁴³. Por otros instrumentos semejantes a ganzúas, no se entiende un parecido morfológico, sino una semejanza funcional: "los que permiten abrir sin violencia una cerradura, poniendo en movimiento su mecanismo"⁴⁴. En el caso de la *llave verdadera*, ella debe haber sido *sustraída* (lo que comprende el hurto de uso⁴⁵), excluyendo la llave extraviada u olvidada encontrada por un tercero, y la llave retenida indebidamente⁴⁶.

Ambas hipótesis, regulan supuestos de fuerza en las cosas vinculados a la *entrada al lugar del robo*. Consecuencias:

- La exigencia de entrada, implica un ingreso al lugar; no hay fuerza en las cosas si los medios se utilizan para salir⁴⁷.
- La exigencia típica de "entrar ejerciendo fuerza en las cosas", excluye su aplicación a extensiones de terreno, delimitadas o no físicamente, que carezcan de resguardos expresivos de custodia intensificada que impidan un ingreso no autorizado⁴⁸. En consecuencia, no comprende "sitios" no destinados a la habitación, ni bienes nacionales de uso público (que constituyen los espacios de comisión descritos en el artículo 443, que, por esta razón, no comprende dichas conductas constitutivas de fuerza en las cosas).
- La realización de las conductas descritas, que vulneran mecanismos de *resguardo interno, dentro del lugar del robo*, no realizan el artículo 443 bis, y por tanto, su punibilidad depende de la concurrencia de las exigencias típicas del robo en lugar no habitado –única figura asociada a "lugar", que comprende la vulneración de mecanismos de resguardo internos- en el art. 442.

Especialmente importante es esta conclusión, en relación a las hipótesis señaladas en el artículo 440 N° 2 –uso de llaves falsas, o verdaderas que hubiere

⁴¹ LABATUT, op. cit., t. II, p. 207, agrega que "la llave verdadera, esto es, la perteneciente a la cerradura, perdida o extraviada por el propietario, no pierde por eso su carácter de tal, y el delito que con ella se cometa no será robo con fuerza en las cosas, sino hurto". En contra, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., p. 343, entienden que "llave verdadera es la que corresponde, en su origen, al mecanismo de la cerradura de que se trata y se encuentra destinada por los habitantes del lugar a dicho efecto", comprendiendo en el concepto de llave falsa, la extraviada. Esta opinión es discutible, toda vez que, como señala ETCHEBERRY, op. cit., t. III., p. 327, el código ha regulado separadamente un caso totalmente subsumible en esa definición de llave falsa: la llave sustraída. Vid. tb. en ese sentido extensivo, GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 239, quien entiende por llave falsa la que excede al número de las permitidas por el titular, comprendiendo a su juicio, la llave retenida por quien ya no está autorizado a tenerla, y la llave perdida.

⁴² ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 328.

⁴³ LABATUT, op. cit., t. II, p. 207.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 208. Vid. también ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 326.

⁴⁵ GARRIDO, op. cit., t. IV, 240.

⁴⁶ ETCHEBERRY, op. cit., t. III, pp. 328-329; LABATUT, op. cit., t. II, p. 207.

⁴⁷ Vid. ETCHEBERRY, op. cit., t. III, pp. 323, 329.

⁴⁸ BASCUÑÁN, op. cit., pp. 305-306.

sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes–, pues si estos medios deben ser utilizados para “entrar en el lugar del robo”, entonces, si se utilizan respecto de cerraduras interiores o de objetos, la conducta no realiza la figura agravada del artículo 443 bis.

En especial, la relevancia de lo anterior deriva de la comprensión de las tarjetas con banda magnética como *llaves*, o al menos como *instrumentos semejantes a ganzúa*, toda vez que accionan “el mecanismo de la cerradura”⁴⁹. En el contexto regulativo fragmentario del robo con fuerza en las cosas, incluso esta aplicación del término *llave*, cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad, no permite la subsunción de casos de utilización de tarjetas magnéticas directamente en cajeros automáticos, tanto en casos de robo con fuerza en lugares habitados, destinados a la habitación, o sus dependencias –pues el art. 440 N° 2 sólo regula este medio comisivo como fuerza *externa* para entrar al lugar del robo–, como los casos de robo con fuerza en lugar no habitado –pues difícilmente activar el mecanismo del funcionamiento del cajero pueda ser entendido como “abrir un mueble cerrado”, exigencia típica del art. 442 N°3-. Asimismo, la relevancia funcional del concepto de llave, como complemento de una cerradura destinado a abrirla, impide subsumir el uso de tarjetas magnéticas en cajeros automáticos, en el artículo 443 –sitios no destinados a la habitación y bienes nacionales de uso público- pues tampoco corresponde a un uso instrumental a la apertura de una cerradura⁵⁰. En definitiva, al remitirse el nuevo artículo 443 bis a la hipótesis regulada en el art. 440 N° 2, se excluyen estos medios comisivos si se ejercen directamente sobre el objeto material del delito, o sobre medios de resguardo internos⁵¹.

c) Si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos:

En este caso, el artículo 443 bis establece directamente las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, las que deben recaer en “el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción”. En estos casos, el cajero automático o dispensador es entendido como un mecanismo de resguardo del dinero y los valores contenidos en ellos, excluyendo en consecuencia, la expresión “contenedor”, pues, obviamente al estar vinculado su sentido a la “gaveta contenedora” del dinero o valores (*supra*), dentro del cajero o dispensador, no refiere a mecanismos de resguardo expresivos de una custodia intensificada, susceptible de ser objeto de fuerza en las cosas.

⁴⁹ SCS de 8.03.2001 (Gaceta Jurídica N° 249, 110 ss.), citada por POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, op. cit., p. 342. En doctrina, vid. GARRIDO, op. cit., t IV, p. 239

⁵⁰ Vid. HERNÁNDEZ, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, en *Política criminal*, N° 5, 2008, A2-5, pp. 1-38 [http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_2_5.pdf].

⁵¹ Sin perjuicio, en el caso de tarjetas magnéticas falsificadas o sustraídas, de su punibilidad según el art. 5° de la Ley N° 20.009, que sanciona en su letra b) “usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas”.

Asimismo, la expresión “dispositivos de protección o sujeción”, es una referencia genérica a mecanismos de resguardo del cajero o dispensador, expresivos de custodia que impiden tanto acceder a la cosa custodiada, como su traslado o remoción⁵².

La regulación exige que los objetos señalados anteriormente, deben ser *fracturados, destruidos o dañados* mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes, o mediante el uso de empleos químicos. La *fractura*, entendida del mismo modo que en el caso del artículo 440 N° 1 es la rotura o separación violenta de una parte de una cosa⁵³. La *destrucción* corresponde a reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño⁵⁴. El “daño” por tanto, pareciera ser la hipótesis más genérica de menoscabo del objeto del delito, sin embargo, su sentido no puede ser entendido sin una vinculación a una afectación a la materialidad del mecanismo, toda vez que dicho daño sólo puede ser alcanzado por el uso de *instrumentos contundentes, cortantes o el empleo de medio químicos*, medios que, en consecuencia, excluyen intervenciones inmateriales sobre el mecanismo de resguardo.

d) Si se utilizan medios de tracción: Según ETCHEBERRY, “*tracción es arrastre o tiro: literalmente interpretada la disposición, quedaría excluido de ella el empleo de medios de simple transporte o bien de empuje y no de tiro. Como la ley exige el empleo de “medios”, es necesario que el hechor haya empleado algún método que aumente su simple fuerza: así, no es “medio de tracción” halar simplemente con una cuerda el objeto sustraído, pero sí lo sería remolcar dicho objeto atando la cuerda a otro vehículo en movimiento*”⁵⁵.

C. Tipo subjetivo

El nuevo artículo 443 bis no describe elementos subjetivos del tipo, o restricciones a modalidades específicas de dolo, por lo que la tipicidad subjetiva no presenta particularidades que diferencien el análisis del contexto general de los requisitos subjetivos del delito de robo con fuerza en las cosas.

D. Iter criminis

Para la consumación del delito descrito en el artículo 443 bis, lo relevante es la realización completa de la acción de sustracción de la cosa mueble, y por tanto, requiere la concurrencia de sus dos momentos constitutivos: el quebrantamiento de la custodia de quien tiene la cosa y la constitución de una nueva por parte del autor.

⁵² En este sentido ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 332, excluyendo así las alarmas automáticas. En contra GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 248.

⁵³ ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 325.

⁵⁴ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. [en línea], disponible en www.rae.es.

⁵⁵ ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 332. En contra, GARRIDO, op. cit., t. IV, p. 249. afirma que “esta restricción no parece tener respaldo dogmático, por cuanto una cuerda que permite arrastrar un objeto constituye un medio de tracción”.

La determinación del momento de constitución de nueva custodia es ampliamente discutida. Desde un punto de vista estadístico, por regla general, la *ablatio*, es decir, la remoción de la cosa del lugar en que se encuentra, coincidirá con la consumación⁵⁶. Pero pueden existir casos en que exista ruptura de custodia en la *ablatio*, pero no constitución de una nueva, p. ej. cuando se arroja por la ventana el maletín con dinero para recogerlo después. La jurisprudencia y la opinión dominante en la doctrina española han recurrido para la solución de este problema al criterio de la *disponibilidad*, esto es, el momento en que el autor ha llegado a tener el potencial ejercicio de facultades dominicales sobre la cosa, al menos por un instante⁵⁷.

En Chile, GARRIDO adhiere al criterio de la disponibilidad. Afirma que “la simple sustracción de la especie de la *esfera de custodia* de su dueño puede no ser siempre seguida de la incorporación de esa especie a la *esfera de custodia* del autor, lo que es necesario para que pueda haber delito de hurto consumado; de no ser así, se estará ante una mera tentativa, lo que queda en evidencia en la hipótesis del sujeto que pretendiendo hurtar uno de los animales del zoológico, abre de la puerta de la jaula donde se encuentra y éste se le escapa antes de que logre apoderarse de él. De manera que la comisión del delito de hurto requiere de la concreción de los dos actos a que se ha hecho referencia: sustraer el bien de la esfera de custodia de la víctima e incorporarlo a la del autor, en las condiciones de que éste pueda disponer del bien, aunque sea potencialmente”⁵⁸. Agrega que “la naturaleza del delito de hurto [...] consiste en apropiarse de algo, en apoderarse del bien y arrogarse las facultades inherentes al dominio, una de las cuales es fundamental, la de *disposición*. El delito, conforme a este criterio, sólo podrá estimarse consumado cuando el *delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena*; no es suficiente sacar la especie de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sin además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante”⁵⁹.

El criterio de la disponibilidad explica la relación que debe existir entre custodia, sustracción y propiedad como objeto de protección jurídico-penal. En los delitos de apropiación consistente en la sustracción de cosas ajenas, la sustracción es entendida como *desplazamiento de custodia*, y debe vincularse a la propiedad como objeto de protección de un delito de expropiación *con apropiación correlativa*. Según KAHLO “dado

⁵⁶ Determinan la consumación del hurto en la *ablatio*, ETCHEBERRY, op. cit., t. III, p. 297; LABATUT, op. cit., t. II, p. 197.

⁵⁷ Vid ZUGALDÍA, José Miguel. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid, Akal, 1988, pp. 40-41; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 15ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 380 afirma al respecto que “el apoderamiento material sin disponibilidad, por sorprendimiento *in fraganti* o seguido de persecución ininterrumpida, constituyen tentativa; y la disponibilidad, aunque momentánea, consumación”. Agrega BAJO/PÉREZ/SUÁREZ, op. cit., p. 68, que “si la persecución se interrumpe o no comenzó inmediatamente después del apoderamiento, se dice que, aunque sea momentáneamente, el autor ha tenido posibilidad de disposición”.

⁵⁸ GARRIDO, op. cit., t. IV, pp. 159-160.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 175.

que sólo mediante la realización de un delito de apropiación es posible aprovecharse en términos fácticos del contenido positivo de adscripción de la propiedad, consistente en disponer de la cosa según el propio arbitrio, el desplazamiento posesorio requerido (apoderamiento) exige para su consumación la configuración de una situación *fáctica* que haga posible al agente el aprovecharse al menos parcialmente del mencionado contenido adscriptivo y ampliar de ese modo el espacio objetivo de su propia libertad a costa del legitimado y de sus posibilidades de actuación jurídicamente garantizadas («radio de acción»); agregando que “precisamente en esta ampliación de libertad no autorizada se halla el fundamento de la mayor gravedad del injusto de los delitos de apropiación, que se expresa en el marco penal”⁶⁰.

Siguiendo el criterio de la disponibilidad como momento de constitución de nueva custodia, no hay consumación del robo cuando se inicie de inmediato la persecución del autor, o en el caso de que mediante un sistema de vigilancia, la cosa se encuentra todavía bajo la custodia del propietario.

Respecto a la posibilidad de frustración del delito de robo con fuerza en las cosas, su aceptación exige calificar la figura como delito de resultado⁶¹. En contra, HERNÁNDEZ, afirma la imposibilidad conceptual de la frustración del delito de hurto, en razón de su naturaleza de delito de mera actividad: “La posibilidad de un hurto frustrado depende, en consecuencia, de sí puede atribuírsele al hurto el carácter de delito de resultado. Y todo indica que esto no es posible, porque la ley no exige ningún resultado que deba verificarse a consecuencia de la conducta típica de apropiación, como quiera que se definan los alcances de dicha conducta”⁶². Admitir ese grado de ejecución imperfecta en los delitos de mera actividad implica la asimilación del delito frustrado a la *tentativa fallida*, esto es, “una tentativa que queda inacabada en virtud de su interrupción por la intervención de terceros [...] La categoría del delito frustrado presupone el acabamiento de la tentativa. Por eso sólo es aplicable respecto de los delitos de resultado, en los cuales puede darse el caso que el autor realice la totalidad de la acción típica y el delito sin embargo no se consume por falta de acaecimiento del resultado. Calificar la tentativa fallida como frustración es alterar la función sistemática de la categoría del delito frustrado”⁶³.

Además, debemos recordar que la regla del artículo 450 inciso 1° CP es inaplicable al nuevo artículo 443 bis, pues la equiparación de la pena del delito consumado a etapas imperfectas de ejecución, ha sido establecida, en lo que respecta al

⁶⁰ KAHLO, Michael. “Determinación conceptual del derecho e interpretación sincrética en las relaciones de pertenencia propias del tipo de hurto”, en VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada, Comares, 2000, p. 143.

⁶¹ En este sentido GARRIDO, op. cit., t. IV, pp. 176-177; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*, 15ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 379.

⁶² HERNÁNDEZ, Héctor. “La nueva regulación del hurto-falta no consumado” en *La Semana Jurídica* n° 334. Semana del 11 al 17 de Junio de 2007, p. 6.

⁶³ BASCUÑÁN, op. cit., p. 300, nota 6.

robo con fuerza en las cosas, exclusivamente para el supuesto regulado en el artículo 440 CP.

Finalmente, la presunción simplemente legal de autoría de tentativa de robo, contemplada en el artículo 444 sólo es aplicable si concurren los presupuestos que dicha regla expresa, vinculada a la introducción con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída, o de ganzúa, en aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o sus dependencias. En relación a esto, "señala HERNÁNDEZ, que "no puede pensarse que el habitáculo constituya la dependencia de un lugar habitado o destinado a la habitación, aunque esté integrado, por ejemplo, en un edificio de departamentos, porque por su propia naturaleza, no está al servicio –no es una dependencia- de las viviendas, lo que se expresa además en la circunstancia de encontrarse necesariamente en espacios de relativo libre acceso al público"⁶⁴.

⁶⁴ HERNÁNDEZ, "Uso indebido..." op. cit., p. 12, nota 35.