



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

FICHA DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Octubre 2017 (Actualizada al 28 de julio de 2019)

Contenido

INTRODUCCION.....	2
DESARROLLO.....	3
BIBLIOGRAFIA.....	21

INTRODUCCION

Para nadie resulta una novedad que el derecho de propiedad en nuestra legislación está ampliamente regulado y amparado, y es por lo mismo que los delitos que la afectan se sancionan duramente en nuestra legislación, versus otros delitos que afectan otros bienes jurídicos distintos.

En ese sentido se tipificó por nuestro legislador el delito de robo con fuerza en las cosas en una serie de disposiciones, que atingen a situaciones distintas. Entre ellas el robo en lugar habitado o destinado a la habitación del Art. 440 del Código Penal, el robo en lugar no habitado del Art. 442, el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público del Art. 443, y el robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, el robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos del Art. 443 bis. Además el estudio de este delito resulta especialmente importante pues no sólo afecta el bien jurídico de la propiedad, sino que también se lesiona la morada o la privacidad.

En este contexto, nos permitimos presentar la ficha relativa al delito de robo con fuerza en las cosas, elaborada por profesionales de la Defensoría Nacional, y que ha tenido como objetivo actualizar los conocimientos de todos los Defensores Penales Públicos sobre los temas en cuestión, además de ofrecer a los diversos actores del sistema nuestras posturas e interpretaciones acerca del referido delito y un resumen de jurisprudencia que la respalda.

DESARROLLO

DELITO
<p>LEGISLACION NACIONAL: DERECHO PENAL SUSTANTIVO</p> <p>Art. 440. El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:</p> <p>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.</p> <p>2°. Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.</p> <p>3°. Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.</p> <p>Art. 442. El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>1a. Escalamiento.</p> <p>2a. Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.</p> <p>3a. Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.</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, en sitio no destinado a la habitación o en el interior de vehículos motorizados si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan substraído, 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 máximo.</p> <p>Se considerará robo y se castigará con la pena del inciso precedente la apropiación de un vehículo motorizado mediante la generación de cualquier maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo, fuera de los casos a los que se refiere el artículo 436.</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 contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción.</p> <p>Art. 444: Se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera substraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias.</p> <p>Art 445: El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo</p>
ELEMENTOS DEL TIPO
<ul style="list-style-type: none">• Apropiación• Cosa corporal• Mueble• Ajena• Con valor económico• Sin la voluntad de su dueño• Ánimo de lucro• Ánimo de apropiación o de señor y dueño• Fuerza en las cosas

- Lugar habitado; lugar destinado a la habitación; dependencias; lugar no habitado; lugar no destinado a la habitación; bien nacional de uso público; sitio no destinado a la habitación; **el interior de vehículos motorizados**
- Modalidades de comisión
 - Ingreso mediante escalamiento
 - Ingreso mediante uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos
 - Ingreso mediante seducción de doméstico, favor de nombres o simulación de autoridad
 - Fractura de puertas interiores, armarios,
 - Fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección
 - Si se utilizan medios de tracción
 - **Utilización de maniobras distractoras con el objeto de que la víctima abandone el vehículo motorizado**

INVESTIGACION CRIMINAL

Las diligencias solicitadas por parte del Ministerio Público a las policías en cuanto investigación serían las siguientes¹:

- Tomar declaración a la víctima acerca de los hechos materia de esta investigación
- Empadronar testigos y tomarles declaración respecto de los hechos que se investigan
- Individualizar y tomar declaración a todos los funcionarios que recibieron la denuncia de la víctima y practicaron las primeras diligencias, debiendo referirse al procedimiento adoptado
- En el evento que las diligencias de investigación realizadas hayan podido determinar la identidad del(los) sujeto(s) que participaron, exhibirle a la víctima y testigos que hubieren presenciado el hecho y que en sus declaraciones hubieren señalado haber visto al(los) partícipe(s) o estar en condiciones de reconocerlo(s), set fotográficos, conforme al protocolo interinstitucional de reconocimiento
- Fijar fotográficamente el sitio del suceso.
- Establecer, dentro de lo posible, el actual paradero de la especie sustraída y solicitar su devolución voluntaria, mediante acta, a quien la posea. De lo contrario, solicitar a fiscal las órdenes y autorizaciones judiciales correspondientes
- Verificar la existencia en el lugar o en sus alrededores de cámaras de seguridad, sean éstas públicas o privadas y, en su caso, requerir la entrega voluntaria de los videos en que haya podido constar el hecho. En caso de no acceder a la entrega por parte del encargado de las cámaras, dar cuenta de inmediato a la Fiscalía para que determine el curso a seguir

ELEMENTOS RELEVANTES

Para revisar los conceptos de “apropiación”, “cosa corporal”, “mueble”, “ajena”, “con valor económico”, “sin la voluntad de su dueño”, “ánimo de lucro” y “ánimo de apropiación o de señor y dueño”, revisar la ficha del delito de hurto, que desarrolla estos acápites, y que son plenamente aplicables a los robos con fuerza

Bien jurídico protegido

La diferencia más ostensible que tienen los robos con fuerza con el delito de hurto incide en que en éste se lesiona un solo bien jurídico, la propiedad, en tanto que en los de robo con fuerza - además de ese bien - se lesionan la morada o la privacidad². Se controvierte, sin embargo, que esta última circunstancia sea suficiente para establecer como tipo independiente el robo con fuerza, porque no se extiende a todos los casos de fuerza material que se emplean en la comisión de una sustracción, como se verá al analizar lo que normativamente es fuerza para estos efectos³.

Aunque no se discute que el bien jurídico protegido en robo con fuerza en lugar habitado es pluriofensivo, si se ha discutido la procedencia del acuerdo reparatorio en este tipo de delitos.

A favor: *“que si bien el delito de robo en lugar habitado es pluriofensivo, la afectación de los bienes jurídicos indisponibles no surge de todo robo, ya que en el presente caso la víctima no ha evidenciado la afectación de otro bien jurídico que no sea la propiedad y no existen circunstancias que acrediten o demuestren inequívocamente la afectación real de bienes jurídicos no disponibles, por lo que debe privilegiarse el interés de la víctima y la solución pacífica e integral del conflicto jurídico en la forma como se ha presentado. Desconocer los intereses de la víctima en este caso concreto, significa violar los principios básicos de una sociedad justa que privilegiaría la sanción por la solución pacífica restauradora de vivir con calidad”.* Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 164-2011 en

¹ Manual Primeras Diligencias, “Instrucciones Generales: Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos; p. 44-46

² Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial; Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, 2010 Tomo IV, p. 230 y siguientes

³ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 229

<https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234384/index.do?r=AAAAAQAIMTY0LTlwMTEB> .

En contra: "Que el delito de robo en lugar habitado, reviste el carácter de pluriofensivo, desde que no solamente se ve afectada la integridad física de las personas, sino también la inviolabilidad del hogar; además, no debe olvidarse la existencia del interés público prevalente en la represión del ilícito en cuestión, atendida la pena asignada al mismo, en que por razones de política criminal el legislador ha sancionado el riesgo potencial que encierra este tipo de delitos...estando en presencia en el caso sublite de un delito que afecta a varios bienes jurídicos y existiendo un interés público prevalente, deberá continuarse con la prosecución del proceso y perseguir la responsabilidad penal del imputado respecto del delito de robo en lugar habitado, por no darse en la especie los requisitos necesarios para proceder al acuerdo reparatorio". Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 120-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138279/index.do> También, Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 491-2013 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140253/index.do>

Concepto de fuerza:

La ley no ha dado un concepto genérico de fuerza. Para Etcheberry⁴, es la energía requerida para vencer las defensas o resguardos de la cosa y que, además, esté prevista en uno de los casos que el legislador ha señalado. Para Garrido⁵, es la fuerza en las cosas empleada la que le da identidad a estos delitos de robo; todos constituyen apoderamiento de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrar, pero se distinguen por la modalidad de fuerza empleada por el autor al realizar la acción de apropiación, como las circunstancias en que se ejerza y sus características. Hay condiciones o características que son comunes a todas las modalidades de fuerza reconocidas como tales por el Código:

I. En principio, por "fuerza" para estos efectos ha de entenderse la de naturaleza física empleada para vencer resistencias u obstáculos materiales que impiden el apoderamiento de la cosa ajena. Las excepciones se describen en el art. 440 N° 3, que más bien son medios destinados a ganar la confianza de la víctima para facilitar el apoderamiento posterior, **y también en el artículo 443 inciso tercero, que trata de maniobras de distracción con el objeto de que la víctima abandone el vehículo.**

II. A la voz fuerza no puede asignársele el alcance que tiene en el lenguaje corriente, porque el legislador la usa con un sentido normativo. Siempre hay que realizar un esfuerzo físico, por pequeño que sea, para llevar a término el apoderamiento de un bien, aun para el simple hecho de tomarlo. Desde este punto de vista también habría que emplear fuerza material para concretar el delito de hurto. Pero no es ese el punto; la fuerza en el robo requiere de ciertas modalidades especiales que han sido señaladas expresamente por la ley, y en consecuencia no siempre que se emplee fuerza en una sustracción hay robo. Trepas un muro por el exterior de una casa y descolgar desde uno de sus balcones la jaula con finas aves que hay en él, es hurto y no robo porque no entró al lugar habitado; arrancar violentamente una cerca de madera en un camino para usarla como leña es hurto y no robo.

III. La fuerza en el delito de robo no tiene como objetivo tomar la cosa misma, sino vencer o superar los *medios de protección de esa cosa*. La fuerza sancionada en el robo está dirigida a violentar los dispositivos de resguardo del bien ajeno con el fin de apoderarse del mismo, no es fuerza para la ley la que se emplea para tomar ese bien; esto explica que arrancar un árbol o un poste en un camino público sea hurto y no robo. Por otra parte, constituye fuerza en las cosas entrar a un lugar cerrado fracturando techos, saltando muros, haciendo forados, porque esos techos y muros son los medios de protección de lo que se guarda en el interior de ese lugar, y esos bienes que están guardados son los que le interesan al ladrón.

Así, se ha dicho que *"En opinión de esta Corte, hay fuerza en las cosas cuando ella se utiliza como recurso necesario para superar los obstáculos que se oponen al apoderamiento, y cuando hay fuerza en las cosas hay robo. **El criterio está dado por el hecho de que el autor, para apropiarse de la cosa, tiene que actuar en forma distinta de la que actuaría el dueño para tomarla: el primero tiene que forzar, romper, destruir las defensas de la cosa, y eso es, precisamente, la fuerza en las cosas"*** Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 939-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234441/index.do?r=AAAAAQAIOTM5LTlwMDkx>.

IV. *"En el delito de robo la fuerza en las cosas necesariamente debe ser empleada para superar o vencer los medios de protección de la cosa, de manera que se ha de usar con motivo del apoderamiento, para facilitar la acción posterior de tomar el objeto mueble ajeno. Por lo tanto, la fuerza que emplee el autor con posterioridad al apoderamiento del bien, jurídicamente no constituye fuerza, aunque materialmente lo sea. Así, el ladrón que entró por la puerta de la casa y luego de haberse apoderado de las joyas de los dueños huye forzando una ventana, responde de un hurto y no de robo. Otro tanto sucede con el que sustrae la caja de fondos de un comerciante, y después en su propia morada procede a forzarla. La modalidad indicada del empleo de la fuerza constituye una diferencia de esta clase de robo con el robo con violencia o intimidación en las personas, donde la violencia puede*

⁴ Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 1997; p. 294

⁵ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 230 y siguientes

usarse con motivo o con ocasión del delito, esto es antes, durante y después de la apropiación, en tanto que en el robo con fuerza en las cosas necesariamente debe usarse antes, precisamente para lograr el acceso al lugar donde se encuentra la cosa ajena, nunca con posterioridad”⁶.

Lugar de Comisión

Lugar habitado:

“Lugar habitado es aquel recinto cerrado o no, pero que está en alguna forma delimitado, y que una persona o un grupo de personas destina para la habitación, le da ese uso y, además, en el momento en que se comete el delito está presente en él alguno de sus moradores. Lugar habitado en materia de robo equivale al concepto civil de morada, o sea, el lugar en que una persona habita, descansa, duerme y desarrolla su vida íntima, además, requiere también para serlo que en el instante de llevarse a cabo la apropiación por el delincuente se encuentren allí personas, que en ese momento esté físicamente habitado”⁷. Hay lugares habitados o destinados a la habitación que dejan de tener tal calidad por diversas circunstancias como “en el caso de autos, **la destinación del inmueble era clara antes del 27 de Febrero de 2010, era la morada del afectado, pero, luego del terremoto, la víctima “hizo abandono” del inmueble y sólo volvía a revisarlo (incluso luego de un mes) con la sola finalidad de inspeccionar las cosas que quedaron en su interior...** tanto en mérito de la única prueba que dice relación con la calidad del lugar, la cual indica que no sólo accidental o temporalmente dejó ese departamento de estar destinado a ser la morada del afectado por su decisión de hacer abandono del lugar y por el hecho de no haber regresado en todo un mes, como en uso de los conocimientos públicos y notorios a los cuales no podemos sustraernos y que dan cuenta que es altamente probable que esos inmuebles no vuelvan nunca a ser ocupados debido a los serios daños que les ocasionó el terremoto del 27 de Febrero de 2010, es que debemos compartir la tesis de la defensa en el sentido que **el departamento al cual ingresaron los encausados era, a la fecha del ilícito, un lugar no habitado, por cuanto no había una voluntad de volver a vivir en él por parte del ofendido** (del todo atendible al ver los efectos del sismo en esa construcción que han sido retratados hasta la saciedad por los medios de comunicación social), por lo menos no en un tiempo cercano ni determinado”. Corte de Apelaciones de Rancagua; Rol 498-2010 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/139886/index.do>

Lugar destinado a la habitación:

“Es aquel que cumple con las condiciones antes indicadas, o sea se trata de un lugar ocupado como morada, pero que en los instantes en que el robo se comete sus moradores se encuentran ausentes, no están circunstancialmente en el lugar. Por lo tanto, lugar habitado y destinado a la habitación son una misma cosa, con la diferencia que en el primero hay personas presentes cuando el robo se está realizando y en el segundo están ausentes”⁸

Aunque un análisis dogmático de pie para sostener que un alojamiento transitorio, como la habitación de un hotel no presentaría diferencias con el concepto de “morada”, por ejemplo, para sostener la inviolabilidad del hogar frente a una entrada y registro policial sin orden judicial, se ha fallado que “el hecho punible tuvo lugar en un Apart Hotel, donde en forma esporádica alojan pasajeros que se hallan de paso o visitan la ciudad, de lo que se infiere que el inmueble en que se encuentra ubicado el referido establecimiento no puede ser considerado como lugar destinado a la habitación, en cuanto las personas que allí permanecen **lo hacen en forma transitoria**. En esas condiciones, cabe concluir que el lugar físico en que sucedió el hecho... no es un lugar habitado, ni destinado a la habitación ni se trata de una dependencia de ellos”. Corte de Apelaciones de Antofagasta; Rol 72-2008 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/234376/index.do?r=AAAAAQAHNzltMjAwOAE>

En cuanto a las denominadas casas de veraneo la jurisprudencia parece uniformarse en que, precisamente, constituyen un ejemplo de lugar destinado a la habitación. Así, se ha dicho que “si bien es cierto que las casas de veraneo suelen permanecer vacías por períodos de tiempo relativamente prolongados, la posibilidad a que nos hemos referido antes, es más bien alta y se ha vuelto progresivamente mayor por el desarrollo del tiempo y de las costumbres. En efecto, el desarrollo de las vías y de los medios de comunicación ha permitido que los lugares de veraneo ya no sean sólo ocupados en temporadas determinadas sino en diversas épocas y no sólo por sus propietarios sino además por personas vinculadas a ellos que llegan a hospedarse en diferentes momentos del año y con frecuencia cada vez mayor. Por estas mismas razones, suele suceder que a muchas de ellas lleguen también, con cierta periodicidad, personal de servicio tales como jardineros, encargados del aseo y ventilación, etc. cuya misión es mantener las casas constantemente en condiciones de recibir a sus dueños, sus familiares o amigos. Finalmente, tampoco es raro que esas habitaciones se encuentren encargadas a servicios de vigilancia cuyos integrantes las inspeccionan constantemente y acuden a cerciorarse de lo que en ellas ocurre tan pronto advierten indicios anómalos”.

Corte Suprema; Rol 1460-2001 en

⁶ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 232

⁷ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 234

⁸ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 234 y sgtes

<https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234415/index.do?r=AAAAAQAJMTQ2MC0yMDAxAQ>

Con todo, parece claro que los inmuebles en construcción o reparación no califican como lugar habitado o destinado a la habitación. Así “la distinción entre una u otra descripción típica para los efectos de determinar el delito perpetrado por el hechor, debe efectuarse sobre la base, de ... efectuar una evaluación sobre la posibilidad de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida e integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquél... el lugar en donde el hechor perpetró el delito, si bien es uno de aquellos que por su ubicación y características, corresponde a una vivienda destinada a la habitación, la posibilidad a la que se ha hecho mención en los fundamentos anteriores, resulta remota, puesto que se trata de una casa que a la fecha de ocurrencia de los hechos se encontraba en construcción, sin cierros, con ventanas cubiertas por nylon y tablas cruzadas, y prácticamente abandonada desde que los arrendatarios que la ocupaban se fueron del lugar, por lo que el peligro a los bienes jurídicos que se tuvo en vista para sancionar con una mayor penalidad el robo en lugar destinado a la habitación no concurren en este caso específico, en la medida que la presencia de moradores o de terceros que lleguen a hospedarse o a prestar servicios o que acudan a ella, es prácticamente nula”. Corte Suprema; Rol 4369-2000 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cs/es/item/138959/index.do?r=AAAAAQAWUm9ibyB1biBsdWdhciBoYWJpdGFkbwE>

Dependencias:

“Son aquellos recintos subordinados al lugar habitado, ‘como los patios, jardines, garajes, y demás sitios y edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo’, de suerte que subordinación, contigüidad, comunicación y la idea de conjunto son las características de las dependencias. Los sitios destinados a huertas o cultivos en general y a labores productivas no quedan comprendidos en la noción de dependencia, aunque en ellos se encuentre un recinto habitado.”⁹

“Este concepto funcional de dependencia debe prevalecer sobre el criterio meramente físico que explica la dependencia como el lugar que está unido contiguo directamente con el lugar habitado, y que se encuentran dentro de la misma esfera de resguardo que sólo pueda burlarse por alguno de los medios que la ley señala en el artículo 440. QUINTO: Que como se advierte el punto en análisis no es pacífico y la jurisprudencia citada por ambos intervinientes en pro o en disfavor del recurso así lo dejan demostrado. SEXTO: Que esta Corte haciéndose cargo de esa realidad en la interpretación jurídica del problema ha sopesado latamente las circunstancias puntuales del caso de cuya solución punitiva y de equidad se ocupa. Debiendo decidir sobre la primacía de un criterio sobre el contrapuesto entiende de justicia distributiva exacta preferir el funcional sobre el meramente físico. SEPTIMO: Que el lugar donde se ubica físicamente el vehículo en el inmueble forma parte del mismo, es de suyo evidente. Pero es fuerza convenir también **que la racionalidad del sistema punitivo represor del atentado contra patrimonio ajeno, que castiga de modo diverso y con mayor o menor gravedad al que lo comete, no es otra que el robo en lugar habitado, es de aquellos que doctrinalmente conocemos como pluri-ofensivo, en el cual, además, de la afectación patrimonial ajena, lo que hace mayormente punible es la idea de peligro potencial a la integridad y seguridad de las personas. Así las cosas el garaje desde donde se sustrae la carpa plástica que cubría el vehículo es un sitio físico en el cual la víctima estaciona siempre dicho bien, pero racional y objetivamente no puede ser considerado para efectos penales, dependencia de un lugar habitado, por cuanto, desde un punto de vista elemental, no está funcionalmente subordinado a las actividades que se desarrollan en el recinto principal o casa habitación misma del ofendido con el delito; y a mayor abundamiento, porque en los garajes se guarnecen o permanecen cosas y no personas. En el caso concreto de autos, la integridad y seguridad física de los moradores del inmueble jamás estuvo en juego y más aún, solo advirtieron la comisión del ilícito, por obra de la denuncia de terceros. Dormían plácidamente y sobre esa esfera de plausible intimidación no hubo acometimiento ni amenaza alguna por obra de los condenados.** Si el presupuesto que hace legítimamente más grave el delito no existió de modo alguno, es obvio que la exacta configuración del tipo punible no es otra que la de robo en lugar NO HABITADO”. Corte de Apelaciones de Antofagasta; Rol 267-2005 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137669/index.do>.

Ahora bien, existen fallos que aplican un concepto amplio de dependencias y otros que restringen su aplicación. En un examen de los principales puntos, cabe mencionar:

Concepto amplio:

“Que esta Corte no comparte la alegación de la defensa en cuanto a que debió calificarse el hecho punible como delito de robo en lugar no habitado. Si bien **la bodega de la casa en la que se sorprendió in fraganti al acusado no es un lugar apto para vivir, aquella se encuentra situada dentro del perímetro de resguardo de la casa habitación que aquel escaló, y próxima a ésta, de modo que concurren las exigencias legales para estimar que se trata de un lugar habitado, tanto por su contigüidad y comunicación interna con la casa principal, como por el hecho de que se estableció que dicho recinto se encuentra situado en un lugar adyacente al dormitorio principal en el que pernoctaba el jefe de familia,** que desde allí escuchó los ruidos que alertaron y

⁹ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 235

motivaron su acción defensiva y, finalmente, porque quedó suficientemente demostrado que dicho recinto no es utilizado sólo para el almacenamiento de pertenencias, sino que también -como se sostuvo en estrados- se instala allí el califont, todo lo cual demuestra que tiene un claro destino doméstico o habitacional.” Corte de Apelaciones de Santiago; Rol: 659-2006 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234395/index.do?r=AAAAAQAINjU5LTlwMDYB>. En el mismo sentido, se ha dicho que **“de acuerdo a los hechos asentados en la sentencia recurrida, éstos habrían ocurrido en el antejardín de un inmueble en cuyo interior se encontraban sus moradores. Dicho lugar corresponde a las dependencias a que hace alusión el artículo 440 del Código Penal, entendiendo para ello un criterio físico que hace alusión al lugar contiguo, directamente comunicado con el lugar habitado, y especialmente “que se encuentra dentro de una misma esfera de resguardo que sólo puede burlarse por alguno de los medios que la ley señala en el artículo 440 del Código Penal, como por ejemplo los jardines, patios, garajes, almacenes, etc., ubicados al interior del perímetro enrejado de una casa habitación. Sólo de ese modo es posible entender que existe el peligro para la seguridad de las personas que autoriza la agravación de la pena en estos casos”¹⁰. En efecto, a juicio de esta Corte, entre el antejardín y la casa donde se encuentran los moradores, existe una dependencia funcional que permite verificar, en la especie, el mayor disvalor que tiene aparejado este tipo penal.”** Corte de Apelaciones de Iquique; Rol 204-2015 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234402/index.do?r=AAAAAQAIMjA0LTlwMTUB>. También se amplía el concepto de dependencia cuando se afirma que “los profesores Mario Garrido Montt (Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial) y Gustavo Labatut Glana, (Derecho Penal Tomo II), coinciden en que **los elementos a considerar para estimar qué espacios físicos constituyen dependencias para los efectos del artículo 440 del Código Penal, son la subordinación, contigüidad, comunicación y la idea que forman un solo todo.** En la especie es un hecho indubitado que el local de comercio donde fue sorprendido el acusado, está situado en el interior de la casa habitación del ofendido, en la parte destinada al living comedor, a la cual se accede por la puerta principal que también es la entrada a las otras habitaciones de la morada. Además, ambas tienen asignado el mismo número de residencia, de modo que se dan todos los requisitos para poder determinar que forman un solo todo, y que por ende, dicho local comercial constituye una dependencia de la casa habitación de la víctima.” Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 97-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138105/index.do?r=AAAAQAHOtctMjAwOQE>. En el mismo sentido se ha señalado que **“la finalidad de protección a las cosas y personas exige que se trate de recintos en comunicación interna con el lugar principal. Y finalmente, por la misma razón, y por el concepto de “dependencia” en su sentido natural y obvio, es preciso que sobre ella también ejerza su derecho (dominio, posesión o tenencia) el titular de la casa principal, y que ella se destine a alguna función complementaria de la actividad que se desarrolla en el hogar doméstico, que es el lugar principal...que del tenor literal de la ley penal y de los conceptos vertidos precedentemente, se colige inequívocamente que el inmueble donde se perpetró el delito es uno destinado a la vivienda transitoria, por su tenedor, puesto que detenta la calidad de arrendatario a su respecto, y que la pieza destinada a taller se encuentra comunicada en forma interna con la casa principal, por lo que constituye una dependencia de la misma, lo que obliga a desestimar el recurso”** Corte de Apelaciones de Arica; Rol 96-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138298/index.do>. También se ha señalado que **“la bodega, contrariamente a lo que sostiene la defensa, es un lugar subordinado al lugar habitado, desde que es allí donde los moradores de la casa principal guardan diversas especies, incluso en este caso la comida para sus mascotas, se encuentra contigua a la construcción principal y en comunicación interior con ella. En este punto debe aclararse que no es requisito que la construcción tenga una puerta que comunique directamente con la casa principal, porque en ese caso sería parte integrante de ella, sino que se comunique internamente, es decir, que para acceder a ella no sea necesario salir del perímetro de resguardo de inmueble en su totalidad, como es el caso de autos”**. Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 2554-2016, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/223806/index.do>. Importante en este sentido es el siguiente fallo redactado por el Ministro Carlos Cerda Fernández, que pretende fundamentar la extensión del concepto señalando que **“el lenguaje que emplea el codificador al referirse a lugar habitado o destinado a la habitación es suficientemente amplio como para inferir que lo que tuvo en mente fue la plenitud del espacio que una persona tiene definido ante terceros para su vida personal y familiar, en términos que la comunidad sabe a qué atenerse, al utilizar lo público y reservar lo privado...“Habita” quien, en un espacio convencionalmente definido y elegido para ello, sobrelleva los tiempos personalísimos que abarca su vivencia...El sentido común enseña que cada quien modela a su amaño la porción de terreno que habita, claro está, en el marco del derecho. Ella puede ser pura edificación. Puede ser edificación y anexos. Puede ser edificación y jardín. Puede ser edificación y terreno. En fin, puede estar constituida por tantas formas diversas como la imaginación sea capaz de concebir. Lo relevante es que el dueño, poseedor o simple tenedor u ocupante del recinto que habita ha dispuesto todas y cada**

¹⁰

Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Tomo II, p. 337

una de sus partes y secciones para desarrollar las más diversas actividades que congenian con sus proyectos personales, de cara a sus gustos, al solaz, al descanso, a sus hobbies, sin descartar el ejercicio de su oficio; **la premisa anterior conlleva una idea esencial para la resolución de lo pendiente, como lo es que lo que realmente está destinado a la habitación, entendida ésta bajo el prisma holístico que viene de hacérselo, es la total cabida de lo propio, lo poseído, lo detentado u ocupado, entre otros propósitos, para vivir**... Así, nada más al dueño, poseedor, detentor o simple ocupante y a quienes él acepte, incumbe, excluyentemente, utilizar libremente todos y cada uno de los recintos, sean o no construidos, comprensivos de la predicha delimitación convencional. Quienquiera está en situación de conocer que, sin importar la hora, los habitantes de una heredad se encuentran en permanente situación de valerse de todas y cada una de sus partes. Nadie debe autorizarlo para ello. El desplazamiento le está asegurado por el hecho de su titularidad, aún la efímera de la ocupación estable. Allí es libre. Extraño alguno puede interferirlo... Lo que hace el invasor es justamente lo contrario. Interfiere. Se entromete como una cuña que desautorizadamente causase un forado entre lo privado y lo común. De pronto el habitante se ve invadido por alguien que lo aborda a sabiendas de violar su intimidad, hállese o no presente en su habitación. El impacto que en la víctima de hecho produce o normalmente está destinado a provocar el acto invasivo es consecuencia natural del verse realmente o del sentirse o creerse virtualmente acosado en su esfera personalísima quien, por consiguiente, experimenta una reacción de temor, de indefensión, de oposición, de rechazo o repulsa... Obviamente dicho patio forma parte del recinto que S tiene definido ante la comunidad como de su exclusiva reserva y puede desplazarse a su través cuantas veces y a la hora de su sola disposición. Entonces -y esto es lo relevante- el punto preciso desde el que P. tomó la bicicleta pertenece a lo que el artículo 440 N° 1° del Código Penal denomina "lugar destinado a la habitación". Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 3535-2012 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234407/index.do?r=AAAAAQAJMzUzNS0yMDEyAQ>

Concepto restringido:

La jurisprudencia que ha sostenido un concepto restringido de dependencia ha fallado que "para los efectos de llegar a la conclusión a que se ha hecho referencia en el considerando anterior, se ha tenido en cuenta ...que el ilícito penal era el de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, puesto que **se ingresó mediante escalamiento al antejardín del inmueble, lugar en el que se encontraba estacionado el automóvil de propiedad de la víctima, móvil en el que se ejerció la fuerza para sustraer las especies, no pudiendo inferirse que el espacio físico se tratara de un lugar habitado o destinado a la habitación o dependencia, de manera entonces que no se dan las condiciones de hecho exigidas por el legislador que se contempla en la figura típica del artículo 440 del Código Penal**, por lo que no puede sino arribarse a la conclusión lógica que se trata de un lugar no habitado, habiendo de calificarse en grado de frustrado toda vez que el acusado se dio a la fuga cuando fue sorprendido por un tercero, huyendo del sitio del suceso recuperándose las especies y el dinero, lo que impidió la consumación del delito." Corte de Apelaciones de Antofagasta; Rol: 293-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/234436/index.do?r=AAAAAQAIMjkzLTIwMDkK>. En el mismo sentido se ha dicho que "el acusado ingresó al medio día en la fecha que se indicó, mediante escalamiento al sitio en que se hallaban los paltos y otros arbustos a alrededor de treinta o cincuenta metros de distancia del lugar en que se encuentra la morada de sus habitantes, esto es, en la parte posterior, según lo manifestaron éstos, en un predio que tiene alrededor de 2000 m² y una malla que sirve para delimitar el patio de la habitación con la arboleda. Que acorde con lo antes expresado no se divisa el riesgo que para la integridad de esa personas significó la conducta desarrollada por el agente, por cuanto ni siquiera se dieron cuenta cuando ingresó...que para examinar el alcance de la expresión "o en sus dependencias" a que se refiere el art. 440 N° 1 CP debe tenerse presente lo que expresa el profesor Labatut ...quien señala que **el concepto "dependencia" supone un vínculo de subordinación a un lugar principal y es, por consiguiente, un concepto funcional más que material, señalando como ejemplos "los patios, jardines, garajes y demás sitios o edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forma un solo todo"**. Los profesores Garrido Montt y Etcheverry en sus respectivos textos de derecho penal coinciden en que el concepto "dependencia" supone, por una parte que no se trate de recintos comprendidos dentro del mismo edificio principal, excluyéndose las llamadas comúnmente "dependencia de una casa y que están dentro de ésta, como las despensas, habitaciones de la servidumbre doméstica, etc.". Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 113-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138549/index.do?r=AAAAAQAIMTEzLTIwMDkK>

Lugar no habitado:

Es aquel lugar donde no moran personas, no duermen, no hacen su vida doméstica. "La forma verbal habitado no significa que haya gente en el lugar de que se trate, sino que se refiere al hecho de que se destine a morada de una o varias personas. De suerte que se considera como **lugar no habitado**, en principio, aquel que no está destinado a ser morada de una persona en el momento en que el delito se comete. Pero esa noción debe perfeccionarse teniendo en cuenta que en el art. 443 se hace referencia a **sitios no destinados a la habitación**, lo que permite establecer en cuanto a los recintos no habitados una diferencia entre los que son lugares y los que son

sitios. 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. En definitiva lugar no habitado es un recinto delimitado, con protecciones que le dan cierta reserva respecto de terceros, que además en el momento de comisión del delito no está sirviendo de morada a ninguna persona, sea que al construirlo o demarcarlo se haya pensado en dedicarlo a la habitación (una casa o un departamento recién construido pero que aún nadie lo ha ocupado para vivir) o haya sido construido para fines de otro orden (un galpón, una bodega).**¹¹

La distinción entre lugar destinado a la habitación y dependencias de lugar habitado o destinado a la habitación, por una parte y lugar no habitado, por la otra es, probablemente, uno de los puntos de mayor discusión y donde se observa mayores criterios contradictorios en la jurisprudencia. Al respecto, es conveniente señalar que la Corte Suprema estima que **“la distinción entre el lugar destinado a la habitación y el no habitado tiene que efectuarse sobre una base valorativa, pues requiere evaluar hasta qué punto cabe temer, en las distintas clases de sitios, las posibilidades de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida o integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquél”**. Corte Suprema; Rol 1460-2001 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234415/index.do?r=AAAAAQAJMTQ2MCOyMDAxAQ>. Este criterio se reitera por la Corte Suprema cuando señala que **“Que el legislador tuvo en vista para castigar con mayor severidad el robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, respecto del ejecutado en lugar no habitado, la circunstancia de que este delito importa un atentado a dos bienes jurídicos, uno de ellos, la propiedad y el otro, la seguridad de los individuos que moran en el lugar, los que en cualquier momento podrían encontrarse con los hechores, si regresan a él y verse por consiguiente, expuestos a una agresión, que pudiera afectar su vida o su integridad corporal, circunstancia que en el caso de los delitos perpetrados en lugar no habitado, resulta bastante más remota. Que, de esta manera, la distinción entre una u otra descripción típica para los efectos de determinar el delito perpetrado por el hechor, debe efectuarse sobre la base, de estos elementos ya indicados, pues corresponde efectuar una evaluación sobre la posibilidad de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida e integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquél”**. Corte Suprema; Rol 4369-2000 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cs/es/item/138959/index.do>

Para la jurisprudencia parece claro que un lugar en construcción es no habitado. Así, **“tradicionalmente nuestra doctrina ha considerado que lugar habitado es aquel que se encuentra ocupado físicamente por personas y lugar destinado a la habitación es aquel que tiene el destino actual de ser habitado, aunque no lo esté en el momento de perpetrarse el delito; una casa de campo o de un balneario, cerrada por ausencia de sus dueños. Esta aseveración se fundamenta en la circunstancia que el legislador estableció como requisito del tipo penal del robo con fuerza que sanciona el artículo 440 del Código punitivo, que en dicho lugar existiera a lo menos una ocupación física por personas, de manera permanente o esporádica; pero en la especie es un elemento indiscutido que estamos en presencia de un lugar no habitado ni definitiva ni temporalmente, sino que es una construcción sin moradores.”** Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 2897-2010 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/139743/index.do?r=AAAAQAEMjg5NWwE>. También se ha entendido como lugar no habitado el estacionamiento del vehículo bajo ciertas circunstancias y los arbustos y frutales ubicados a cierta distancia del inmueble principal, como se ha transcrito en fallos anteriores.

Bienes nacionales de uso público:

Son aquellos que pertenecen a toda la nación y cuyo uso puede ser ejercido libremente por todos sus habitantes, como de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas. Como señala Politoff, la sustracción de la cosa no se comete dentro de un lugar determinado, sino sobre una extensión de terreno carente de resguardos que impidan la entrada no autorizada. Esta no estará delimitada si se trata de bienes nacionales de uso público¹². No se presentan grandes problemas con este concepto.

Sitio no destinado a la habitación:

Según Garrido consisten en recintos no cerrados, que carecen de delimitación ostensible, y que nadie ocupa actualmente como morada, o sea en los momentos en que se comete la apropiación. De modo que la diferencia entre *sitio* y *lugar* no habitado consiste en que estos últimos son recintos protegidos, con resguardos que impiden su libre acceso, en tanto que el sitio carece de esa protección (no tiene cercos, muros, techo), lo que se desprende, además, de la misma disposición que los consideró junto con las calles, las plazas y los puentes¹³. Interesante es lo que señala al respecto la jurisprudencia cuando dice que **“No es lo mismo para el legislador el robo en lugar no habitado, sancionado en el artículo 442 del Código Penal, que el robo en sitios no destinados a la habitación del artículo 443 del mismo Código, pues si fueran idénticos conceptualmente, no habría sido necesaria la redacción de**

¹¹ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 232-233

¹² Politoff; Op. Cit.; p. 336

¹³ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 247

dos artículos diferentes para tratar una misma materia. **En efecto, en el primer caso supone un lugar donde pueden existir personas que laboran, aunque no sea su casa habitación, como una oficina, un colegio, un banco, el segundo, un lugar naturalmente deshabitado, como un cementerio. De esta forma, hecha esta distinción, resulta evidente que al condenar a las procesadas bajo la figura del artículo 442 del Código Penal por haberse introducido mediante escalamiento en el cementerio para apropiarse de 94 plantas de rosas, se ha hecho aplicación errónea de la ley penal con influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia**”.

Corte Suprema; Rol 1467-2002 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234417/index.do?r=AAAAAQAJMTQ2Ny0yMDAyAQ>

Vehículos motorizados

La ley 21.170, antiportonazos, ha agregado como uno de los lugares en que se sanciona el robo con fuerza, a los vehículos motorizados, cuando la apropiación se dirige a cosas que se encuentren dentro del vehículo.

La modificación no genera modificaciones significativas cuando el vehículo motorizado se encuentra situado en un bien nacional de uso público (por ejemplo, estacionado en la calle, vía pública) o en un sitio no habitado o no destinado a la habitación (por ejemplo, el estacionamiento de un mall). Sin embargo, es probable que la técnica legislativa empleada genere controversias cuando el vehículo motorizado se encuentre ubicado en las dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación, y el único objeto del ataque por parte del hechor sea el vehículo motorizado.

Piénsese en la situación de un vehículo motorizado ubicado en el estacionamiento de una casa habitación durante horas de la noche, y en que el autor salta la reja (escalamiento puro y simple) y ataca solamente el vehículo – y nada más que el vehículo – apropiándose de su radio o de otro objeto situado en su interior utilizando una de las modalidades de comisión que se expresan a continuación. ¿Es un robo con fuerza en las cosas en las dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación, o debe sancionarse conforme a la norma y pena del artículo 443 del Código Penal?.

Digamos que la diferencia en la sanción es significativa: 5 años y un día a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo por un robo en lugar habitado versus 541 a 5 años de presidio menor en sus grados medio a máximo por un robo en vehículo motorizado.

El punto central del razonamiento es que la modificación al inciso primero del artículo 443 del Código Penal, introducida por la ley 21.170 **crea o tipifica un nuevo espacio o sitio donde se verifica un hecho delictual: un vehículo motorizado**. Y las consecuencias de esta aseveración son variadas.

Conforme al artículo 2° N° 46 de la ley N° 18.290, sobre tránsito, se entiende por vehículo “medio motorizado o no motorizado con el cual, sobre el cual o por el cual toda persona u objeto puede transportarse o ser transportado por una vía. Quedan excluidas de esta definición aquellas ayudas técnicas que permitan a personas con movilidad reducida o infantes, transportarse o ser transportados, tales como sillas de ruedas, motorizadas o no, coches para bebé y otros similares”.

Considerando la definición legal y que la modificación se refiere específicamente a la categoría de “motorizados”, entonces, un vehículo motorizado es aquel medio motorizado con el cual, sobre el cual o por el cual toda persona u objeto puede transportarse o ser transportado por una vía.

Del mismo modo, el N° 9 del mismo artículo define el concepto de ciclo como “vehículo no motorizado de una o más ruedas, propulsado exclusivamente por una o más personas situadas en él, tales como bicicletas y triciclos. También se considerarán ciclos aquellos vehículos de una o más ruedas que cuenten con un motor auxiliar eléctrico, de una potencia nominal continua máxima de 0,25 kilowatts, en los que la alimentación es reducida o interrumpida cuando el vehículo alcanza una velocidad máxima de 25 kilómetros por hora o antes si el ciclista termina de pedalear o propulsarlo, los que se considerarán para los efectos de esta ley como vehículos no motorizados”.

De este modo, se acota el concepto de vehículo motorizado.

Y este espacio nuevo es distinto, diferente de los lugares que, hasta antes de la ley 21.170, se han denominado “bienes nacionales de uso público” y “sitio no destinado a la habitación”. No se entiende, de otro modo, que el legislador haya optado por incorporar específicamente este espacio en el inciso primero del artículo 443 del Código Penal. Y, dado que este nuevo espacio “vehículo motorizado” es diferente de los espacios “bienes nacionales de uso público” y “sitio no destinado a la habitación”, **entonces, también es distinto de los espacios denominados “lugar habitado”, “lugar destinado a la habitación” o “dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación”**. En términos simples, el vehículo motorizado no es una dependencia.

Ahora bien, en la misma línea del razonamiento que ofrecemos, es menester señalar que la modificación al inciso primero del artículo 443 introducida por la ley N° 21.170 es absoluta, y no relativa, en cuanto a la creación de un nuevo espacio o lugar de comisión de un delito. En efecto, el texto introducido es “o en el interior de vehículos motorizados”, y no fue “o en el interior de vehículos motorizados siempre que estén situados en un bien nacional de uso público o en un sitio destinado a la habitación”, opción, esa última, que habría definido y constreñido la

modificación introducida sólo a esos lugares.

Como corolario de este razonamiento, la primera afirmación es que en el caso que hemos propuesto (vehículo motorizado ubicado en el estacionamiento de una casa habitación durante horas de la noche, y en que el autor salta la reja (escalamiento puro y simple) y ataca solamente el vehículo – y nada más que el vehículo – apropiándose de su radio o de otro objeto situado en su interior) debería ser sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 443 inciso primero, esto es, con una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, 541 días a 5 años.

Con todo, hay que hacerse cargo que la interpretación que ofrecemos no será pacífica. Desde ya, una objeción es que si se sanciona el caso del ejemplo que hemos propuesto solamente como robo del artículo 443 inciso primero, qué ocurre con la conducta vulneratoria de la privacidad e intimidad que significa el ingreso al lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias.

En este sentido, estimamos que, en el peor de los casos para el imputado, estaríamos en la presencia de dos delitos, uno, de violación de morada del artículo 144 inciso primero del Código Penal y otro, de robo en vehículo motorizado del artículo 443 inciso primero del mismo cuerpo legal. Y, más aún, en este caso la violación de morada sería – claramente – un medio para cometer el delito cuya finalidad perseguía el hechor, esto es, la apropiación de las cosas que se encontraban al interior del vehículo motorizado.

Sería aplicable, por ende, la norma del artículo 75 del Código Penal, debiendo aplicarse la pena mayor asignada al delito más grave. En el caso en comento, tal sanción es la del robo en vehículo motorizado y, dado que la pena abstracta está compuesta de dos grados, por aplicación del citado artículo 75, tal sanción quedaría en presidio menor en su grado máximo, esto es, 3 años y un día a 5 años.

Es necesario hacer presente, no sólo que esta pena sigue siendo menor que la asignada al robo en lugar habitado del artículo 440 del Código Penal (5 años y un día a 10 años), sino que, además, tiene el mérito de que los delitos por los cuales sería condenado el imputado (144 y 443 del Código Penal) no están comprendidos en los mencionados en el inciso cuarto del artículo 1° de la ley 18.216, lo que abriría la puerta para que este condenado pueda optar a una pena sustitutiva para el cumplimiento de su sanción.

También podría objetarse que, si bien la situación del ejemplo que hemos propuesto quedaría cubierta por el inciso primero del artículo 443 del Código Penal, una situación similar, en que no se den las modalidades de comisión descritas en ese artículo, no quedaría comprendida. Así, por ejemplo, el individuo que escala la reja del domicilio, se dirige, incuestionablemente al automóvil estacionado en su interior, pero al llegar a él, se da cuenta que las puertas están abiertas (sin seguro), por lo que sólo abre la puerta para apropiarse de la especie situada al interior del móvil. Se diría que, dado que no hizo uso de llave falsa, verdadera sustraída, ganzúa u otro instrumento semejante, ni fracturó vidrios, puertas, cierros, candados u otros dispositivos de protección, no caería en el tipo penal del 443 inciso primero y, en consecuencia, debiera ser sancionado como autor de robo en las dependencias de un lugar habitado, conforme a la norma del artículo 440 del Código Penal.

Pensamos que la conclusión que se ofrece al ejemplo es errada. El razonamiento que estimamos adecuado es que lo central es que se atacó este nuevo lugar o espacio consagrado por el legislador en la ley 21.170. Y si se ataca este nuevo espacio (vehículo motorizado), y se cumple con alguna de las modalidades del mismo 443, entonces el tipo penal aplicable es el del inciso primero del 443. Pero si no se cumple con alguna de esas modalidades sólo se deberá recurrir a la figura residual del hurto, eventualmente en concurso con una violación de morada, pero nada más, de la misma manera que ocurre con el robo en lugar no habitado.

Un ejemplo puede aclarar mejor nuestra tesis. Si el ladrón ingresa a un lugar no habitado, un establecimiento comercial, por ejemplo, por una puerta que había quedado abierta (es decir, sin escalamiento), y en su interior accede a un cofre que está cerrado con un candado, violenta dicho candado y se apropia del dinero que había en su interior, claramente habrá robo en lugar habitado del numeral 2 del artículo 442 del Código Penal. Pero si, en el mismo caso, al encontrar el cofre donde se sitúa el dinero, dicho cofre se encuentra sin cierros ni seguros o candado y está abierto, y el ladrón se apodera del dinero, sólo se estará en presencia de un hurto, no porque el delito no se haya cometido en un lugar no habitado, sino porque, a pesar de cometerse en un lugar no habitado, no se cometió utilizando alguna de las modalidades descritas en el tipo penal del robo en lugar no habitado del artículo 442 del Código Penal. Y, entonces, el hecho será sancionado a título de hurto. El mismo razonamiento opera en el caso del hurto de cosas que se encuentran al interior de un vehículo motorizado.

Modalidades de comisión:

Entrar es 'ir o pasar de fuera adentro'¹⁴. Se debe insistir que todos los medios para cometer el delito a que alude la disposición y que califica como constitutivos de fuerza, tienen como objetivo ***entrar al lugar habitado o a sus dependencias***, y subjetivamente han de estar dirigidos a permitir el acceso al lugar donde se encuentre la cosa mueble que será objeto de la apropiación. Si el autor se introduce al recinto habitado empleando alguna de las

¹⁴

Politoff; Op. Cit.; p. 218

maneras que se describen en la disposición citada, pero con objetivos diversos al de apoderarse de alguna cosa, como sería el caso de visitar clandestinamente a uno de los moradores con quien mantiene una relación sentimental, y ya en el interior al ver un cuadro que le interesa lo sustrae, comete hurto pero no robo, porque la forma irregular de entrar a la casa no fue *para robar*, sino juntarse con una persona¹⁵. Tal como se señaló más arriba, la fuerza en el delito de robo no tiene como objetivo tomar la cosa misma, sino vencer o superar los *medios de protección de esa cosa*. La fuerza sancionada en el robo está dirigida a violentar los dispositivos de resguardo del bien ajeno con el fin de apoderarse del mismo, no es fuerza para la ley la que se emplea para tomar ese bien¹⁶. Por ello es que las modalidades de comisión del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado dicen relación con el ingreso al inmueble.

Así, no es robo en lugar habitado, sino que hurto si *“el encartado, C, ingresó a los camarines por una puerta que se encontraba abierta, sin llave y desde allí pasó hacia los otros camarines, subiendo por una muralla divisoria interior que separaba los camarines, los que además carecían de techo... en caso alguno, la acción ejecutada por el agente puede estimarse como la circunstancia de “escalamiento” a que se refiere el artículo 440 N° 1 del Código Penal, atendido el hecho que **la muralla divisoria interna que separaba los camarines no tiene por objeto procurar la defensa o protección del inmueble**”*. Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 6243-2004 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234411/index.do?r=AAAAAQAJNjI0My0yMDA0AQ>. **Tampoco es robo con fuerza si el “escalamiento” es utilizado para salir del lugar como si “no existe prueba alguna como para afirmar la existencia del escalamiento. Esto es, ni siquiera el dicho de la propia ofendida permite arribar, razonablemente, a dicha conclusión, puesto que ésta reconoce que solamente vio al hechor cuando se encontraba en el interior del patio, de modo que malamente puede servir para tener por probado el hecho del escalamiento, que la sentencia da por acreditado sin mayor análisis, dando por sentado que, por el mero hecho de encontrarse el hechor al interior del inmueble, y haber utilizado, aparentemente, una escalera para salir del mismo, habría ingresado utilizado el mismo sistema, lo cual, tal como se adelantó, no pasa de ser una conclusión enteramente gratuita**. Cabe señalar, en este punto, lo impensable que resulta, por ser contrario a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, incluso del sentido común, que una persona traslade por la vía pública una escalera, para utilizarla en la perpetración de un delito de robo. Esto es algo que carece de todo sentido”. Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 2340-2016 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234393/index.do?r=AAAAAQAJMjI0M0M0yMDE2AQ>.

Escalamiento: entrar por vía no destinada al efecto o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.

Lo relativo al escalamiento es válido tanto para el robo en lugar habitado (art. 440 C.P.), para el robo en lugar no habitado (art. 442 C.P.) y para el robo de cajeros automáticos (art. 443 bis C. P.)

La primera parte transcrita es el concepto estricto de escalamiento; la segunda hace referencia a lo que se denomina *efracción*, pero que la ley asimila al escalamiento. El escalamiento en sentido estricto consiste en emplear, para *entrar* al lugar habitado, una vía que no ha sido destinada por sus moradores a ese efecto¹⁷. Esta noción no debe entenderse en su sentido gramatical o naturalista, sino normativo, porque lo que el legislador ha pretendido es sancionar con más drasticidad aquellos comportamientos que evidencian que el delincuente emplea un mayor esfuerzo o destreza para vencer los medios de protección de la cosa ajena, en los que hay una mayor audacia de su parte porque no sólo se apropia de la especie, sino que, a su vez, infringe los resguardos de la privacidad de la víctima.

Así, la vía no destinada al efecto se ha entendido en un sentido más amplio como cuando *“los requeridos se declaran responsables, en este caso, de haber ingresado a la constructora por vía no destinada al efecto, esto es, por el espacio que existe entre la parte inferior de una reja metálica tipo portón y el suelo, para lo cual se agazaparon con el objeto de introducirse en el lugar referido... en sus motivos cuarto y quinto el Juez de Garantía concluyó que el lugar por el cual ingresaron los requeridos no encuadra en el concepto de “vía no destinada al efecto”, al considerar que el espacio existente bajo un portón y que permite traspasarlo sin necesidad de especiales movimientos corporales no tiene la aptitud para encuadrar dentro de esa tipología legal... **lo natural es que las personas ingresen a un recinto habitado o no habitado por las vías previstas y destinadas a ello, esto es, a través de una puerta o de los puntos de acceso previstos, pero no agazapándose para introducirse entre una reja y el suelo, tanto más si el lugar cerrado al que ingresaron tiene una vía natural destinada al efecto***. De otra parte, no es admisible exigir, para la configuración de la hipótesis de fuerza legal, que deba acreditarse la ejecución de movimientos corpóreos especiales que demuestren un esfuerzo físico de cierta entidad necesarios para burlar los resguardos del lugar, ya que ello no tiene asidero legal ni doctrinario, lo cual, además, resulta irrelevante si se considera que no está controvertido que los imputados se agazaparon, aproximaron al suelo e

¹⁵ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 236

¹⁶ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 231

¹⁷ Politoff; Op. Cit.; p. 323

ingresaron por un espacio reducido que claramente no está destinado al acceso natural a un lugar cerrado”. Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 1507-2006 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137390/index.do?r=AAAAAQAJMTUwNy0yMDA2AQ>. Aunque se ha discutido si constituye escalamiento, penetrar por la ventana abierta, ubicada a muy poca altura del piso, del tipo ventanal, lo cierto es que no parece existir duda en términos de que el ingreso a través de una ventana común y corriente abierta si es escalamiento. “Si el legislador extendió el concepto escalamiento a la entrada por vía no destinada al efecto, es porque quiso amparar aún más la esfera de resguardo y la intimidad de los moradores de un lugar habitado o destinado a la habitación, sancionando incluso a aquel que sin escalar -en su acepción estricta- ingresa a un lugar habitado o destinado a la habitación... la sentencia recurrida ha dejado establecido que **la vía de acceso al inmueble de la denunciante, utilizada por el acusado, fue una ventana que estaba abierta... las máximas de la experiencia indican que las ventanas de una vivienda no son la vía normal destinada al ingreso de las personas, más aun teniendo en cuenta las dimensiones de la misma y la manera en que se encuentra emplazada, las que detalla el fallo recurrido**”. Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 802-2005 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234412/index.do?r=AAAAAQADODAYAQ>

La efracción o fractura técnicamente es un medio distinto al escalamiento, pero normativamente no lo es. Consiste en entrar por forado, que supone hacer orificios en los muros, techos y cualquier defensa del lugar, en tal forma que por él se pueda introducir al interior; o con rompimiento de pared o techos, que comprende cualquier modo de destruir los mismos, sea violentamente o removiéndolos (mover las tejas de un techo); o fracturando puertas o ventanas, que es romper parte de ellas o sacarlas, sea violentamente o por medios más diestros, como desatornillarlas o librarlas de sus soportes.”¹⁸

Entrar por forado supone que el agente hace el agujero u orificio que atraviesa una de las barreras de protección -puertas, techos, ventanas, o paredes- y lo utiliza para entrar al lugar del robo. El que emplea un forado que ya existía, no entra por forado, sino por vía no destinada al efecto¹⁹.

Entrar con rompimiento de pared o techo supone la destrucción violenta de la pared o techo, pero no que se use el espacio destruido para entrar (en tal caso sería la hipótesis anterior). Aquí el rompimiento es un medio para entrar al lugar del robo, incluso por vía destinada al efecto, por ejemplo: se rompe la pared para ingresar un gancho que abrirá la puerta²⁰. El rompimiento de pared o techos o la fractura de puertas o ventanas debe interpretarse en sentido estricto, y en este sentido, si “los hechos de la investigación, aceptados por los imputados tocantes al modo de perpetración del ilícito se reducen objetivamente a **haber desplazado, a través de los barrotes de las ventanas, la placa de madera que protegía dicha ventana que carecía de vidrio**, esto significa que no se concretaron los elementos configurativos del escalamiento por cuanto los autores del hecho no entraron por vía no destinada al efecto, sino que **en el mejor de los casos introdujeron un brazo para sacar las especies, y además no hubo fractura de ventanas**. Sobre el particular el profesor Alfredo Etcheberry en su obra Derecho Penal. Parte especial Tomo III pág. 325 ha expresado que no es forado la simple remoción de tablas o tejas y añade que no es fractura la torsión o la separación no violenta de una parte (v.gr. removiendo sin romper, el vidrio de una ventana, o desprendiendo una puerta de sus bisagras)... en las condiciones recién anotadas no se configura la modalidad de fuerza en las cosas”. Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 920-2007 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234443/index.do?r=AAAAQAIOTIwLTIwMDcB>.

Entrar con fractura de puertas o ventanas es la **rotura o separación violenta de una parte de una cosa**, que en este caso sólo puede ser una puerta o ventana exterior²¹. Según Etcheberry²², no sería fractura la remoción de la ventana, puerta o una parte de las mismas en la que no se aplique violencia; como por ejemplo, levantar una puerta desde las bisagras, dejándose así el espacio abierto o desprender el vidrio de una ventana sin romperlo. Garrido piensa lo contrario, al igual que la jurisprudencia. Así “está acreditado que se extrajeron los pasadores de las bisagras de la puerta exterior, utilizándose destornillador, para así sacar la puerta de su base y entrar a la casa... ha habido fuerza en ella, puesto que para entrar a una morada por la puerta, no se requiere, por cierto, que esta sea sacada de su base mediante la aplicación de un destornillador y el extraído de sus bisagras. Lo que plantea el legislador en el citado artículo 440 del Código Penal, como robo con fuerza en las cosas, es que se sanciona la entrada de un tercero al interior de una morada mediante la utilización de medios no destinados a tal efecto... como en el caso de autos, mediante la extracción de una puerta, acción que también equivale al empleo de fuerza en las cosas”. Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 69-2006

Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos

¹⁸ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 219

¹⁹ Politoff; Op. Cit.; p. 324

²⁰ Politoff; Op. Cit.; p. 324

²¹ Politoff; Op. Cit.; p. 325

²² Etcheberry; Op. Cit.; p. 325

semejantes para entrar en el lugar del robo

Esta modalidad opera respecto del robo en lugar habitado (art. 440 C.P.), robo en lugar no habitado (art. 442 N° 3 C.P.) y del robo de cajeros automáticos (art. 443 bis C. P.)

“Son artefactos destinados a forzar en alguna forma los medios de protección del lugar, no mediante la aplicación directa de la fuerza material, sino a través de usar los referidos instrumentos como medio de abrir las puertas que permitan el acceso. **Llave** es una especie cuyo fin específico es abrir o cerrar una cerradura. **Cerradura** es un mecanismo destinado a servir de seguro del cierre y apertura de una puerta o tapa, ventana y cosas análogas. La llave es el instrumento hábil para hacer funcionar la cerradura, sea para abrirla y permitir el acceso, o para cerrarla e impedir la entrada”²³. No hay cerraduras en los cierros interiores de puertas que no utilizan llave, como por ejemplo un picaporte, barras, etc. Se discute si dentro del concepto llave, en la actualidad se comprenden las tarjetas informatizadas que permiten abrir cierros electrónicos de puertas y ventanas, atendida la función que el instrumento presta, esto es abrir o cerrar una cerradura, sin dañarla o romperla. Politoff señala que no hay cerraduras (y por ende no habrán llaves falsas) en los dispositivos electrónicos o magnéticos que impiden la libre apertura de puertas. Su violación mediante “tarjetas falsas” constituiría, por tanto, sólo una forma de comisión de hurto²⁴. Sin embargo, la jurisprudencia parece inclinarse por la consideración de las tarjetas como llaves o, cuando menos, como instrumentos semejantes a una ganzúa, toda vez que accionan el mecanismo de la cerradura. Así se ha dicho que “la tarjeta (de cajero automático) sustraída permitía la entrada al lugar de comisión del delito, a la vez que posibilitaba el acceso al dinero de la cuenta correspondiente de modo que **equivale a una llave, toda vez que accionó el mecanismo de la cerradura, sea de la puerta del recinto, sea del mueble en cuyo interior se guardaba el dinero, previa información de la clave, y para lo cual estaba diseñada específicamente, de suerte que era el complemento de esas cerraduras, esto es, se trataba de una llave verdadera que había sido sustraído como se dejó establecido en el fallo**”. Corte Suprema; Rol 3606-2000 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234414/index.do?r=AAAAAQAJMzYwNi0yMDAwAQ>

Si se emplea un instrumento como un cortafrío, o un soplete, puede abrirse una puerta, pero previa destrucción del cierre mecánico y por ello escapan al calificativo de llaves.

Llave verdadera es aquella o aquellas que el dueño destina para su uso. Habrá tantas llaves verdaderas como las autorizadas por el dueño. **Llave falsa**, en consecuencia, es la que se usa sin autorización del titular, la que excede al número de las permitidas por aquél (llave supernumeraria). Entre las falsas se encuentra la llave perdida por su propietario, la llave retenida por quien estaba autorizado, y que usa después que le fue retirado ese permiso, lo son a su vez los duplicados obtenidos sin autorización²⁵. Así lo confirma la jurisprudencia al señalar que “si bien es cierto el concepto de llave falsa no se encuentra explicitado en nuestro Código Punitivo, si la doctrina se ha encargado de hacerlo, y según ello y como lo entienden autores nacionales, criterio que esta corte comparte, lo es **la que se usa sin autorización del titular, la que excede del número de las permitidas por aquél, entre las que se encuentra la llave perdida por su propietario, la retenida por quien estaba autorizado, y que usa después que le fuera retirado ese permiso, lo son a su vez los duplicados obtenidos sin autorización**”. Corte de Apelaciones de Puerto Montt; Rol 89-2004, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138177/index.do>

Llave sustraída es aquella verdadera, o sea de las autorizadas, que ha sido sacada subrepticamente por un tercero que carece de derecho para usarla. Nótese que se hace referencia a una llave sustraída y no a una hurtada, y ello porque el tercero puede pretender usar la llave únicamente, pero no apropiársela, aun puede devolverla después de que se ha servido de la misma, para disimular u ocultar su acción²⁶. La llave de un candado queda comprendida porque un candado puede calificarse de cerradura: es posible emplearlo para abrir o cerrar una puerta o una ventana. Si el tenedor de una llave verdadera (autorizada por el titular) procede a sustraer empleando para entrar al lugar cerrado esa llave, no comete robo, pero sí hurto.

El uso de **ganzúas** para entrar al lugar habitado constituye robo. La palabra ganzúa se debe entender en su alcance corriente, esto es “alambre fuerte y doblado en una punta, a modo de garfio, que a falta de llave puede correr los pestillos de las cerraduras”. La ganzúa permite suplir la falta de una llave verdadera o falsa para abrir la cerradura de una puerta o ventana con el objetivo de entrar al lugar habitado²⁷.

Otros instrumentos semejantes a las ganzúas, es una expresión amplia que no debe entenderse en cuanto a que posea una forma análoga, sino en cuanto puede tener un uso adecuado para forzar las cerraduras²⁸. De consiguiente, comprende las llaves de otras cerraduras – que no pueden calificarse de tales cuando no

²³ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 240

²⁴ Politoff; Op. Cit.; p. 326

²⁵ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 239

²⁶ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 240

²⁷ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 240

²⁸ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 240

corresponden a la cerradura para la cual fueron confeccionadas -, como también la llave maestra, un punzón y cualquier artefacto que permita manipular un cierre mecánico. Ejemplo de ello es que se ha considerado a tal efecto **“el acusado concurrió al domicilio ubicado en ... de la comuna de Quilicura, y estando en las afueras corrió una de las hojas de la ventana corredera de dicho inmueble e ingresó su mano por la ventana y utilizando un escobillón abrió la puerta que resguarda la casa, para luego ingresar a ella... no cabe duda que para acceder al inmueble el acusado utilizó un instrumento –escobillón- que le permitió hacer funcionar el mecanismo de la cerradura de la puerta principal del inmueble, la que pudo abrir y así introducirse al interior del departamento de las víctimas, lo que queda comprendido en el N° 2 del artículo 440 del Código Penal. En este sentido cabe hacer presente que de acuerdo con gran parte de la doctrina, la ley, al señalar los términos “ganzúas u otros instrumentos semejantes” no exige que el elemento utilizado sea similar a una ganzúa en su forma externa, sino que alude a la función que cumple, por lo que comprende cualquier instrumento que permita poner en movimiento el mecanismo de la cerradura y abrirla sin violencia”.** Segundo T.O.P. de Santiago; RIT 164-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138501/index.do>

No está de más abundar en el sentido de que los medios antes señalados son constitutivos de modalidades de robo siempre que hayan sido empleados para *entrar al lugar habitado*, si ya en el interior se hace uso de los mismos para forzar puertas o armarios, esos actos no importan robo. Si el delincuente entra a la casa habitación por la puerta que por descuido quedó abierta, y ya en el interior fuerza la puerta de la pieza escritorio con una ganzúa, no comete delito de robo, sino de hurto.

Introducción en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad

Esta modalidad opera sólo respecto del robo en lugar habitado (art. 440 C.P.)

Ninguna de las alternativas señaladas constituye fuerza. Son simples medios engañosos empleados por el hechor, que el legislador asimiló a la fuerza, y que tienen por objetivo penetrar al lugar habitado, de manera que si se emplean con otro objetivo, como facilitar la salida del lugar, o lograr la manifestación de la cosa ajena pretendida, sin ingresar al inmueble, no constituyen la fuerza requerida por el tipo penal.

a) Seduciendo a un doméstico: Esta modalidad se limita a los domésticos, y por ellos han de entenderse a los que pertenecen a la casa habitación a la cual se pretende entrar y no a otros, y sólo a los que prestan servicios de esa clase, como los mayordomos, jardineros, cocineros y todo el que desarrolle funciones análogas. Seducir es una expresión que debe entenderse en su sentido vulgar, o sea persuadir o engañar con astucia. El delincuente debe proceder a engañar a un empleado doméstico en una casa, sea hombre o mujer, a ganarse la confianza del mismo con el objetivo de que lo deje entrar para apropiarse, una vez en el interior, de algún objeto valioso que allí encuentre. Si se gana la confianza del dueño o de la dueña de casa, o de alguno de sus moradores, no opera la circunstancia en referencia, porque el tipo exige que se trate de personal doméstico.

b) Usar nombre supuesto: Esta forma empleada por el autor para que se le permita la entrada en el recinto habitado, no consiste en que el sujeto use un nombre distinto al que realmente tiene o que corresponda a otra persona, porque esa situación no tiene incidencia relevante alguna en la comisión del delito; a la víctima le es indiferente que el sujeto diga llamarse Juan cuando su nombre real es Pedro. La hipótesis consiste en usar una identidad que induzca a los moradores a permitirle el ingreso a la casa, a provocarles un error en ese sentido; así sucedería si invoca la calidad de inspector sanitario o de funcionario de la empresa que suministra la electricidad, o de pariente.

c) Simulación de autoridad: Lo antes comentado se extiende a esta forma de cometer el delito de robo; el sujeto activo debe aparentar ser una autoridad, de aquellas que tienen poder para entrar en una casa o morada, tal como un receptor judicial o un agente policial con orden competente. El precepto establece que debe haber simulación, que es algo más que la mera afirmación de que se es autoridad; simular involucra un fingimiento, o sea el autor debe recurrir a medios que induzcan a error en cuanto a su aparente función, como emplear uniforme cuando se dice policía, o una credencial que respalde su presunta función. No se conocen fallos relativos a esta modalidad.

Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados

Esta modalidad opera sólo respecto del robo en lugar no habitado (art. 442 C.P.)

A diferencia de lo que sucede en el robo en lugar habitado, en este caso la fractura de puertas interiores, como de armarios, arcas y cualquier mueble cerrado o sellado ubicado en el lugar no habitado, constituye fuerza. Por lo tanto, la rotura de cajones de un escritorio, de un estante cerrado, de la puerta de una pieza interior de una bodega u oficina, constituyen fuerza para estos efectos. En esta clase de robo se extendió el concepto de fuerza además de las puertas o ventanas exteriores que pueden permitir el acceso al lugar, a las puertas interiores, a los armarios y en general a los objetos sellados o cerrados. No se dejó constancia de la razón por la cual no se hizo otro tanto

en relación al lugar habitado y, lo que no deja de ser sorprendente, a pesar de las modificaciones que se han efectuado al Código, esta situación se ha mantenido.”²⁹. Politoff estima que se incluye la apertura de sobres sellados o lacrados y de cualquier clase de muebles y objetos y que pareciera estar excluida la fractura de ventanas interiores³⁰. No se conocen fallos relativos a esta modalidad

Haber hecho uso de llave falsas, o verdadera que se hubieren sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar al lugar del robo o abrir los muebles cerrados

Esta modalidad opera sólo respecto del robo en lugar no habitado (art. 442 C.P.) y del robo con fuerza en bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación **o en el interior de vehículos motorizados** (art. 443 C.P.)

Respecto de los conceptos “llave falsa”, “llave verdadera sustraída”, “ganzúas” e “instrumento semejante”, véase lo escrito a propósito del robo en lugar habitado.

Lo más relevante en esta modalidad es que los instrumentos referidos, no sólo pueden ser usados para entrar al lugar no habitado o en el sitio no habitado, sino que también para abrir muebles cerrados situados en él. Según Politoff³¹, si las llaves falsas, etc., sólo se emplean para abrir las puertas interiores no habría delito de robo, sino hurto. Si dichos instrumentos se usan para abrir los muebles, una vez retirados del lugar del robo, también sólo se configura el hurto común.

Con relación a los objetos situados en bienes nacionales de uso público, Garrido³² destaca que es frecuente que en las calles se amarren con cadena y un candado determinados efectos, como triciclos de reparto, escaleras empleadas para arreglos de alumbrado público, o que en las plazas existan recintos cerrados, a veces subterráneos, que se aseguran con cerraduras, donde se guardan implementos de trabajo. Esas cerraduras pueden ser forzadas con las llaves o ganzúas aludidas para apoderarse de los objetos allí protegidos. Interesante, en este sentido, es el tema de la llave para dar arranque al motor del vehículo. Sobre el particular, se ha razonado que *“en la mejor situación fáctica que sería el razonar sobre la circunstancia que el motor permanecía apagado, procediendo el acusado a dar arranque al mismo, ya con las llaves dispuestas para dar inicio al giro del motor o en algún otro punto del habitáculo, tomando las mismas e iniciando la ignición, tampoco conducen a un parecer distinto, pues en esta dinámica, no demostrada, **se constataría el uso de la llave verdadera, empleada con el fin para que ha sido dispuesta y, en lo más relevante, en el contexto de apropiarse del automóvil y de las cosas que se encontraban en su interior, sin que hubiese sido necesaria, tal artículo, la llave, para ingresar siquiera al móvil**”*. Corte de Apelaciones de Valdivia; Rol 39-2017 en

<https://decisia.lexum.com/dppcto/es/item/231222/index.do?r=AAAAAQAHMzktMjAxNwE>

Fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección

Esta modalidad opera sólo respecto del robo con fuerza en bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación **o en el interior de vehículos motorizados** (art. 443 C.P.)

Ya fue tratada al analizar el robo con fuerza en lugar no habitado, pero refiriéndola a los muebles u objetos cerrados o sellados *interiores*, en tanto que en el presente caso no distingue si son interiores o exteriores, de modo que comprende a ambos, y además hace referencia a vidrios, aludiendo a las vitrinas o escaparates, como también a las puertas y, en general, a cualquier *dispositivo de protección* que comprende todos los sistemas que impiden el traslado de una cosa o sacarla de donde se mantiene, vale decir las cadenas con cerraduras, las rejas y ahora las alarmas automáticas. Se incluyen estas últimas porque si bien no existían cuando se redactó la disposición, constituyen por esencia dispositivos de protección, y el precepto menciona a estas últimas al final de la enumeración para comprender cualquier sistema de seguridad. La fuerza debe ser real, Así, *“los hechos probados en el juicio, no realizan el supuesto de la norma relativa al delito de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público, calificación jurídica dada en la acusación a los mismos...Partiendo de la base que las especies muebles no salieron de la esfera de custodia de su dueño, – camión estacionado en la vía pública – , sólo puede saberse si hay o no un delito de robo no consumado, si se dan los demás elementos de esta figura, y sólo en este caso podríamos estar en presencia de alguna de las fases anteriores a la consumación del ilícito. En cualquiera de estas hipótesis, es necesario que se haya empleado fuerza para intentar sustraer una especie mueble, concepto que implica el uso de energía física encaminada a vencer los resguardos de protección de que está revestida la cosa. En el caso del presente juicio, **el simple acto de desamarrar las sogas de una carpa, no ha sido señalado como una modalidad de fuerza por la ley y por su naturaleza, demostrativa de un mínimo de destreza y esfuerzo, no puede equipararse a la fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros***

²⁹ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 234

³⁰ Politoff; Op. Cit.; p. 335

³¹ Politoff; Op. Cit.; p. 326

³² Garrido; Op. Cit.; p. 247-248.

dispositivos de protección exigidos por la ley, y a ninguna otra de las formas de fuerzas descritas en el Código". T.O.P. de Copiapó; RIT 54-2006 en <https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/139650/index.do>

Generación de cualquier maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo

Esta modalidad se aplica sólo a la apropiación de vehículos motorizados.

La ley 21.170 introdujo este nuevo inciso tercero al artículo 443 del Código Penal, que castiga como delito de robo con fuerza en las cosas, con una pena de presidio menor en su grado máximo, aquella apropiación de vehículos motorizados que se comete mediante la generación de cualquier maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo y que no sea de las que se describe en el artículo 436 del Código Penal.

Para determinar el alcance de esta modalidad, es indispensable relacionarlo con la nueva norma del artículo 436 del Código Penal.

La regla del inciso final del 436 requiere de ciertos lugares específicos para que sea aplicable. Así, exige que la sorpresa o distracción se verifique:

- a) En el momento en que la víctima se apreste a ingresar o hacer abandono de un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, o;
- b) En el momento en que la víctima se apreste a ingresar o hacer abandono de su lugar de trabajo.

De modo tal que, si la generación de la maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo se verifica en uno de los dos lugares aludidos – y se cumplen las demás exigencias del 436 inciso final – la norma aplicable será esa, y no la del 443 inciso tercero.

Además de que el lugar no sea un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias o el lugar de trabajo de la víctima, la modalidad en comento exige:

- La maniobra distractora debe ser generada por el autor. Es el imputado quien debe generar la distracción de la cual se va aprovechar. En consecuencia, si al aprestarse a hacer abandono de un centro comercial (Mall) en donde no trabaja, el chofer se distrae porque, por ejemplo, quería estar seguro que no se le había olvidado una bolsa con alguno de los productos que había comprado y, aprovechándose de esa distracción, el imputado se apropia del vehículo, entonces la norma del 443 inciso tercero no será aplicable al caso.
- El objeto material del delito debe ser el vehículo motorizado. En consecuencia, si al aprestarse a hacer abandono de un centro comercial (Mall) en donde no trabaja, el chofer se distrae porque el imputado le señala que tiene un neumático desinflado, y el chofer se baja de su vehículo para verificar la información y, aprovechándose de esa distracción, el imputado se apodera de la bolsa con los paquetes que el chofer acababa de adquirir y que estaban en el asiento del copiloto del vehículo, tampoco se aplica la disposición del 443 inciso tercero.
- Debe tratarse de una maniobra distractora. Es esta una exigencia del tipo penal.

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, “maniobra” es: “1 Operación material que se ejecuta con las manos. 2 Artificio y manejo con que alguien interviene en un negocio”. Por su parte, “distracción” es “Acción y efecto de distraer”, y “distraer”, en su tercera acepción, es “Apartar la atención de alguien del objeto a que la aplicaba o a que debía aplicarla”

En consecuencia, una maniobra distractora es una operación material que se ejecuta con las manos o un artificio con que alguien interviene y que aparta la atención de otro del objeto al que la aplicaba o al que debía aplicarla”.

- La maniobra distractora debe tener por objeto que la víctima abandone el vehículo motorizado.

El tipo penal del 443 inciso tercero del Código Penal, va más allá de la definición que proporciona la R.A.E. sobre el concepto “distraer”. No basta sólo con que la maniobra generada por el autor tenga el efecto de que la víctima aparte su atención del vehículo motorizado. Es necesario que la víctima abandone el vehículo motorizado.

Ello supone que la víctima ya se encontraba al interior de ese vehículo motorizado cuando se genera la maniobra distractora por parte del autor. Si la víctima acaba de estacionar su automóvil en el estacionamiento de un Mall (donde no trabaja), olvida dejarlo cerrado con llave y lo deja con las puertas sin seguro, camina hacia el interior del Mall, y dos imputados que pasaban por el lugar, dándose cuenta del error de la víctima, se separan dirigiéndose, uno de ellos al vehículo para apropiarse de él, y el segundo se acerca a la víctima, para verificar que no se devuelva a su vehículo y, en ese momento, frente a un gesto de la víctima que parece querer retornar al vehículo, el segundo imputado lo distrae con una maniobra, por ejemplo, finge una enfermedad o desmayo para que la víctima lo auxilie y no alcance a retornar a su vehículo, entonces, a este caso, no será aplicable la norma del inciso tercer del 443, porque la maniobra distractiva no tuvo por objeto que la víctima abandonara el vehículo motorizado.

El concepto de “abandonar” el vehículo motorizado también puede ser problemático en otras situaciones. ¿Bastará, para que se configure tal abandono, que la víctima salga del vehículo? ¿Qué ocurre si la víctima se baja del vehículo, pero con la clara intención de enfrentar al hechor y evitar la apropiación de su vehículo? En otras palabras, el abandono ¿requiere la voluntad de dejar el vehículo a merced del hechor (manifestar la cosa)? Más aún, si consideramos la posibilidad de que la víctima se baja de su vehículo, confronta al hechor y, como

consecuencia de esta resistencia (sin que el autor ejerza violencia o intimidación) se frustra el delito, pero el autor es detenido a continuación (es decir, estamos frente a un delito frustrado), ¿se podrá afirmar que se configuró el abandono del vehículo?

No puede dejar de llamar la atención la complejidad que introduce la reforma de la ley 21.170, al considerar en la tipificación las modalidades de ejecución sumadas al tiempo – lugar en que se verifica el hecho. Así, un examen de las modificaciones a los artículos 436 y 443 del Código Penal, nos da la siguiente situación:

Art. 436 CP	Modalidad	Momento - lugar	DELITO
	Sorpresa	Abandono/Ingreso lugar habitado/de trabajo	Robo por sorpresa
	Distracción de la víctima	Abandono/Ingreso lugar habitado/de trabajo	Robo por sorpresa
	Autor genera maniobra distractora para que la víctima abandone el vehículo	Abandono/Ingreso lugar habitado/de trabajo	Robo por sorpresa

Art. 443 CP	Modalidad	Momento - lugar	DELITO
	Maniobra distractora para que la víctima abandone el vehículo	Cualquiera que no sea al momento de ingresar/abandonar lugar habitado/de trabajo	Robo de vehículo motorizado
	Sorpresa	Cualquiera que no sea al momento de ingresar/abandonar lugar habitado/de trabajo	Hurto
	Distracción de la víctima	Cualquiera que no sea al momento de ingresar/abandonar lugar habitado/de trabajo	Hurto

Si se utilizan medios de tracción

Esta modalidad opera respecto del robo con fuerza en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación (art. 443 C.P.) y del robo de cajeros automáticos (art. 443 bis C. P.)

Por primera vez se señala una forma de fuerza en las cosas que en los demás tipos de robo no se había indicado. Los medios de tracción son los que permiten arrastrar una cosa para llevársela. En este caso no siempre la fuerza es ejercida sobre la protección de la cosa, ya que bien puede a veces ejercerse directamente sobre esta última, como cuando se usa la tracción para remolcar un vehículo estacionado en la vía pública³³. El término utilizado alude al concepto “arrastrar”, y para hacerlo cualquier medio ajeno al cuerpo mismo es suficiente, así una cuerda, una cadena, un tractor. No se conocen fallos relativos a esta modalidad.

Tipo penal calificado por el objeto material del delito: robo de cajeros automáticos

El robo de cajeros automáticos ha sido introducido recientemente dentro de nuestro ordenamiento jurídico por la ley 20.601 publicada el 14 de julio del año 2012. La doctrina ha señalado que este nuevo delito “configura una nueva hipótesis de robo con fuerza en las cosas desvinculada del criterio regulatorio del Código Penal relacionado con el espacio de comisión”³⁴. En definitiva se ha entendido que esta nueva norma rompe con la lógica intrasistémica de la regulación del robo con fuerza siendo irrelevante el lugar de comisión del delito.

³³ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 248-249

³⁴ Ramos, César. “Comentario al nuevo artículo 443 bis del Código Penal, que sanciona el robo de fuerza de cajeros automáticos” p.133

El objeto de la acción, u objeto material, corresponde a determinados bienes muebles, definidos en la norma legal: cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o bien, el dinero y valores contenidos en cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero³⁵.

Las modalidades de comisión, especialmente contempladas por el artículo 443 bis del Código Penal son las siguientes:

- a) Escalamiento. Al respecto, ver en modalidades de comisión.
- b) Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo. Al respecto, ver en modalidades de comisión.
- c) Si se utilizan medios de tracción. Al respecto, ver en modalidades de comisión.
- d) Fractura, destrucción o daño del 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.

Respecto de esta última modalidad, lo más relevante es la referencia explícita a instrumentos contundentes, cortantes y medios químicos. Indudablemente, el legislador, a partir de la experiencia reciente pensaba en martillos tipo combos, mediante los cuales se intenta abrir un dispensador de dinero, la llamada técnica del “oxicorte” y la técnica de “saturación por gas”. Así se ha resuelto que *“los acusados dieron principio de ejecución a actos con el fin de apropiarse de cosa corporal mueble ajena, esto es, de dinero que supuestamente se hallaba al interior de un cajero automático, con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño y **empleando para ello la fuerza, la cual se verificó sobre la estructura metálica externa del referido cajero, mediante el empleo de proceso de la técnica de oxicorte y de otras herramientas, con el fin de vencer así el sistema de seguridad y resguardo,** acción que finalmente no logró concretarse”*. T.O.P. Valdivia; RIT 120-2015 en <https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/143466/index.do>

El otro aspecto que se discute en doctrina es la exigencia de la modalidad del N° 2 del artículo 440 del Código Penal en orden a que esa modalidad de fuerza empleada en el robo de cajeros automáticos debe ser “para entrar al lugar del robo”. Así, se ha dicho que “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 interno - en el art. 442”³⁶. Recordemos que los cajeros suelen ubicarse en los espacios comunes de centros comerciales o instituciones con afluencia de público, o en habitáculos cerrados que constituyen en sí mismos un lugar no habitado o bien, cuando se encuentran integrados en una edificación, al menos la dependencia de un lugar no habitado, la fuerza en las cosas sólo será innegable cuando la tarjeta se usa como llave de acceso para ingresar al eventual habitáculo o al lugar donde éste se encuentra³⁷. No obstante, si la modalidad de ingreso no es la del N° 2 del artículo 440 del C. P., todavía resta descartar la modalidad de la fractura, destrucción o daño del cajero automático. Sólo cuando se descarten todas las modalidades del robo de cajeros automáticos, deberá examinarse si el hecho puede ser capturado por la tipicidad del robo en lugar no habitado o, finalmente, por la tipicidad del hurto. Las diferencias de penas justifican este ejercicio.

Agravante especial por el objeto material del delito: Art. 443 inciso segundo C. P.

En el caso en comento la agravante se verifica cuando la apropiación reúne los requisitos de lugar y modalidad del robo en bienes nacionales de uso público o no destinado a la habitación y lo sustraído es el vehículo motorizado completo, es decir, se ha desplazado el vehículo completo, y no se verifica cuando se hace uso de alguna de las modalidades para ingresar a él y sustraer una parte del mismo, como por ejemplo cuando se ingresa y se apropia de la radio del móvil.

Agravante especial de responsabilidad en el robo en bienes nacionales de uso público o no destinado a la habitación: interrupción o interferencia de servicio público o domiciliario: Art. 443 inciso tercero C. P.

Según Garrido³⁸, la Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, sustituyó el primitivo texto del art. 443, que en su inciso segundo sancionaba expresamente el robo de alambres de tendidos eléctricos y cosas semejantes, con una redacción extremadamente casuística; pero junto con eliminar esa disposición, creó en el actual art. 447 bis un tipo especial de hurto cuyo objeto material son “cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios”. De suerte que si en el apoderamiento de tales objetos concurre alguno de los medios de fuerza

³⁵ Ramos, César; Op. Cit.; p. 136

³⁶ Ramos, César; Op. Cit.; p.149

³⁷ Hernández, Héctor. “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves” p. 12

³⁸ Garrido Montt; Op. Cit.; p. 249-250

propios del robo descritos en el art. 443, tal hecho queda reprimido por esta última norma y no como hurto, agravándose la sanción en la forma que se expresa en el inciso transcrito en el inicio, si con ocasión de la ejecución del delito se interrumpe o interfiere el suministro del servicio de que se trate. La pena señalada al delito, de consiguiente, ha de imponerse al autor en su grado máximo. Es útil señalar que no se trata de establecer una responsabilidad por la mera concreción de tal efecto, el mismo debe quedar abarcado por el dolo del agente. Este último aspecto pasa a ser esencial, pues lo que la agravante persigue sancionar es la interrupción o interferencia efectivos del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía. Así lo ha establecido la jurisprudencia al señalar “*que de los antecedentes señalados ...se desprende que el delito materia de la acusación ocurrió a las 8.50 horas aproximadamente del día 13 de junio del año en curso, hora en que el lugar donde ocurrieron los hechos estaba con luz natural, en consecuencia **las máximas de la experiencia indican que el suministro de energía eléctrica pública había sido apagado por la empresa encargada de prestarlo y no se produjo interrupción ni interferencia de suministro del servicio**, conclusión a la que se arriba por no existir prueba que acredite lo contrario, no encuadrándose en consecuencia la acción realizada por el imputado en el tipo penal ya señalado, motivo por el cual se procederá a recalificar el delito al del inciso primero de la norma ya citada...se confirma, la sentencia apelada ... con declaración que H.A.M.C queda condenado como autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, cometido en grado de frustrado, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo”.* Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 1174-2010 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/135963/index.do>

Presunción de tentativa de robo: art. 444 del C.P.

El art. 444 estableció una presunción legal de tentativa de robo en lugar habitado, que presenta las siguientes características³⁹:

- a) Se trata de una presunción legal; de consiguiente puede desvirtuarse rindiendo prueba en contrario;
- b) Sólo opera tratándose de lugares habitados o destinados a la habitación, y las dependencias de éstos, que corresponde calificarlos de tales según los criterios que se indicaron en los párrafos precedentes, relativos al alcance de las expresiones lugar habitado o destinado a la habitación y no habitados. Quedan fuera de esta presunción los lugares no habitados, los sitios no destinados a la habitación y los bienes nacionales de uso público;
- c) La presunción, según las circunstancias concretas del hecho, se refiere a los delitos de robo con fuerza en las cosas descritos en el art. 440 exclusivamente, no podrá presumirse una tentativa de delito de robo con violencia en las personas, no obstante tratarse de lugares habitados. También quedan excluidos los robos en lugares no habitados o en bienes nacionales de uso público; d) Para que opere la presunción, el sujeto debe ser sorprendido dentro del lugar habitado, o sea haber penetrado materialmente al recinto de que se trate, que puede ser un aposento, una casa, un edificio o en sus dependencias, y e) Para introducirse al lugar debe haber empleado alguno de los siguientes medios de ejecución: forado, escalamiento, fractura, llaves falsas o verdadera sustraída o ganzúas. Así, “*para que pueda operar este tipo de complementación que conforma la tentativa de robo del artículo 444 del Código Penal, el sujeto debe ser sorprendido dentro del lugar habitado, en el caso de autos, haber ingresado materialmente al edificio y departamento de la víctima e introducirse al lugar con forado, fractura, escalamiento, uso de la llave falsa o de verdadera sustraída o de ganzúa. Los hechos mencionados en el acápite quinto precedente, **no configuran propiamente delito frustrado, por cuanto, al ser detenido el inculcado, éste no había realizado todo lo necesario para consumir el delito de autos, desde el momento en que las especies que se aprontaba robar se encontraban aún en poder de su dueña, por lo que aún no se había producido la apropiación que hubiese permitido al inculcado efectuar los actos de dominio en relación a ellos***”.

Corte Suprema; Rol 3077-2005 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234416/index.do?r=AAAAAQAJMzA3Ny0yMDA1AQ>. Si el inculcado no logra desvirtuar

la presunción que obra en su contra, procede que se le condene como autor de tentativa de robo, pero no es aplicable en este caso el inciso primero del art. 450, que establece que la tentativa en algunos tipos de robo, entre ellos el descrito en el art. 440, se castigará como delito consumado. Esta tesis la confirma la jurisprudencia al señalar que “*los procesados fueron sorprendidos al interior de un inmueble, al que ingresaron mediante la fractura de la puerta principal, la que violentaron con un elemento contundente, y que el mismo día estos individuos ingresaron a un inmueble que se encuentra ubicado en la misma manzana que el anterior, y rompieron el vidrio de una ventana, circunstancia que aprovecharon para cocinar, comer, beber y tomarse unas fotografías con una cámara de propiedad de los afectados y desordenar una serie de especies ubicadas al interior de estos inmuebles. Estos hechos son constitutivos del ilícito previsto en el artículo 444 del Código Penal, designado en dicho cuerpo legal como tentativa de robo, por haberse introducido con fractura en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, y que **es sancionado de acuerdo con las reglas, generales, es***

39

decir, conjugando las normas del artículo 440 del Código Penal en concordancia con el artículo 52 o sea, con dos grados menos que la pena señalada en la primera de las disposiciones mencionadas; lo que equivale a presidio menor en su grado medio, sin que sea aplicable en este caso la norma del artículo 450 del Código Penal, conclusión que es avalada por la opinión del profesor don Mario Garrido Montt en su obra *Derecho Penal*, tomo IV, páginas 240 y 241". Corte Suprema; Rol 2652-2003 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234413/index.do?r=AAAAAQAJMjY1Mi0yMDAzAQ>.

También se ha dicho que "cada uno de los presupuestos de la figura especial del artículo 444 del Código Penal se cumplieron y debió condenárseles a ambos como autores de tentativa de robo sin que resulte aplicable para el caso concreto de que se trata en estos autos el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, por cuanto, **los hechos descritos de por sí dan origen a una presunción que ya resulta ser algo excepcional y como tal, estos hechos imperativamente han de ser tratados como tentativa para todos los efectos legales, incluso su penalidad. De lo anterior se desprende la segunda infracción consistente en la aplicación del artículo 450 del Código Penal en su inciso primero, toda vez que dicha norma no resulta aplicable por la excepcionalidad del encuadramiento de los hechos en la presunción referida anteriormente.** Así lo han sostenidos tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema". Corte de Apelaciones de Concepción; Rol 895-2005 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234385/index.do?r=AAAAAQAIODk1LTIwMDUB>

Tenencia o fabricación de implementos aptos para robar: Art. 445 C. P. (portar elementos...)

La fabricación y tenencia de esos utensilios no son actos preparatorios ni menos ejecutivos del delito de robo; simplemente se describe una figura penal independiente, de *peligro abstracto*. Lo que se prohíbe, de hecho, es la existencia de instrumentos que por naturaleza sirven para cometer delitos de robo, que tienen ese destino. Por ello se prohíbe fabricarlos, expenderlos (distribuirlos) o tenerlos, aunque se ignore si van o no a ser usados para perpetrar un delito. Entre esos implementos peligrosos se mencionan, por vía ejemplar, las llaves falsas y las ganzúas, cuyo alcance y sentido se ha explicado con anterioridad⁴⁰. Interesante es la tesis de que las especies a que se refiere el artículo 445 no deben encontrarse en el comercio tradicional. Así, "el sentenciador de la instancia discurre sobre el hecho que **las especies destinadas conocidamente para cometer el delito de robo, deben ser tales, que no se encuentren en el comercio tradicional, sino que son fabricadas con el fin de cometer robos, punto respecto del cual estos sentenciadores concuerdan,** puesto que la norma del artículo 445 del Código Penal, coloca en un mismo nivel al enumerar ejemplos de elementos destinados conocidamente a cometer un robo a las llaves falsas, que no son especies que se vendan regularmente en locales establecidos, como las ganzúas.... en relación al elemento denominado "napoleón", tal como lo señala el sentenciador del grado, en las ferreterías se vende este elemento que presenta distintas dimensiones, vale decir se encuentran de 14 pulgadas, de 18 y aún de 24 pulgadas, por lo que una persona que lo porta, en principio no se encontraría en la necesidad de justificar su procedencia, porque el legislador en la descripción del tipo contenido en el citado artículo 445 del Código Penal lo que tenía en vista eran instrumentos similares a las llaves falsas, esto es, elementos elaborados o confeccionados con el único propósito de utilizarlos para cometer un delito de robo". Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 200-2013 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140188/index.do>. Aunque sobre el punto no hay unanimidad, como se desprende de que "a juicio de esta Corte, el error de derecho denunciado no es tal, porque **la norma que contiene el artículo 445 del Código Penal es genérica y atiende a las máximas de experiencia, en cuanto los "instrumentos destinados conocidamente" a facilitar la comisión de delitos contra la propiedad son todas las herramientas que se utilizan para los trabajos de mecánica y de construcción, siendo justamente el caso del destornillador de paleta que portaba el sentenciado.** Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 1230-2013 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140241/index.do>. Relacionado a lo anterior, se discute sobre si determinadas especies pueden constituir este tipo de elementos. Respecto de los destornilladores el punto no es unánime en la jurisprudencia. El mismo fallo recién citado, 1213-2013 considera el destornillador como tal. En contrario, se ha dicho que "la circunstancia de haber sido los imputados sorprendidos por Carabineros de Chile en la Avenida Walker Martínez en la comuna de La Florida, manteniendo ambos en su poder tres destornilladores de paleta, una pistola plástica y dos guantes, no permite arribar a la sentencia condenatoria dictada por la jueza recurrida, toda vez, que contrariamente a lo expuesto por este en el considerando segundo de la sentencia que se revisa, **los objetos en cuestión no resultan ser instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo, vale decir, sólo por su exclusiva utilización para la perpetración de esa clase de ilícitos;** que si a lo anterior agregamos la circunstancia de la prohibición de establecer tipos penales abiertos, realizada por la dogmática penal, sumado al hecho que no resulta válido interpretar por analogía un tipo penal cualquiera, necesariamente esta Corte va a llegar a la conclusión de que en el fallo recurrido se ha incurrido en la causal de nulidad". Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 3165-2016 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/182118/index.do>. Más específico es señalar que "los elementos con fue sorprendido el imputado no constituyen "instrumentos destinados conocidamente para robar"

⁴⁰ Garrido Montt, p. 252

mediante el vencimiento de resguardos, toda vez que **el destornillador es un dispositivo cuya función normal o natural es la de ser una herramienta que se utiliza para destornillar y atornillar (en diversas actividades laborales manuales), en circunstancias que de acuerdo a la prueba rendida no se justificó que el destornillador incautado presentara algún tipo de modificación o alteración que facilitara un uso ilícito para cometer robos (como suele suceder en otros casos, en que se incautan destornilladores con punta adaptada, limada o doblada, precisamente para usarlos como instrumentos para violentar los resguardos)**. Y en cuanto a los guantes, el uso normal o natural de los mismos es la de ser prendas que fueron concebidas para proteger las manos (del frío, de ciertas superficies, etc.). **Caso contrario, cualquier persona (como por ejemplo el trabajador que circula con sus herramientas de trabajo por la vía pública) debiere soportar ser controlado o fiscalizado y justificar el origen de esas pertenencias, así como la persona que cubre sus manos con guantes para protegerse del frío; al mismo control –incluso- podría ser sometido la persona que fabrica herramientas**". 8° de Garantía de Santiago; RIT 10.075-2013 en <https://decisia.lexum.com/dppc/tg/es/item/140976/index.do>. En el mismo sentido, 4° de Garantía de Santiago; RIT 15.130-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/139788/index.do>. Tampoco parece posible que un arma a fuego pueda constituir un elemento que dé lugar a este delito. Así, "tanto de la ubicación del precepto como de su tenor literal es posible advertir que, tal como lo señala la parte recurrente, está referido a la fabricación o porte de elementos para la comisión de robos habitados o no habitados...De hecho el párrafo de los delitos de robo con fuerza en las cosas termina con esta disposición, y comienza luego el párrafo cuarto, denominado "Del hurto". Además **la norma enumera elementos como llaves falsas y ganzúas, ambos instrumentos que se utilizan normalmente en la perpetración de los robos con fuerza en las cosas, de manera que cuando se refiere a "otros elementos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo" lo hace refiriéndose a instrumentos que, al igual que los anteriores, se utilizan normalmente en la comisión de tales robos, como napoleones, desatornilladores, etc... en el caso de autos no es posible sancionar al acusado como autor del delito contemplado en el artículo 445 del Código Penal, por un hecho que no se encuentra tipificado en dicha norma, como lo es el porte de un arma de fuego, de manera que al hacerlo la sentencia incurrió en el error de derecho denunciado**". Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 665-2017 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/231542/index.do>

Para liberarse de la sanción, el inculpado debe dar explicaciones suficientes (descargos) sobre la fabricación, expendición, adquisición o conservación; la suficiencia debe ser apreciada por el tribunal. Ello implica que el imputado tuvo la posibilidad real de ofrecer una explicación. Si alguno de esos implementos es empleado efectivamente para cometer un robo, se estaría en el caso de la *fabricación o expendición* ante un concurso material de delitos, siempre que el fabricante o el vendedor sea una persona diferente al autor del robo, porque este último hecho no consumiría la tenencia o fabricación que constituyen conductas ilícitas autónomas⁴¹. La pena señalada para este delito es presidio menor en su grado mínimo. La independencia y benignidad de ella en relación a la pena del delito de robo, confirma la naturaleza de delito de peligro abstracto de esta figura.

El robo en lugar habitado y la violación de morada del artículo 144 del Código Penal

Recordemos que el inciso primero del artículo 144 del Código Penal establece que "El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales". Muchas veces se da la discusión entre calificar el hecho como tentativa de robo en lugar habitado (particularmente a partir de la norma del artículo 144 del Código Penal) o de violación de morada. La importancia radica en la diferencia sustancial en las penas asignadas. Finalmente, la mayoría de las veces, la decisión quedará radicada en si se ha acreditado el elemento subjetivo de la apropiación, esto es, el ánimo de apropiación (ver ficha del hurto). Son los elementos externos, acreditados en el juicio los que determinan, caso a caso, la procedencia de la calificación. Así, "el imputado ingresó al domicilio de la víctima escalando, y luego a la casa habitación propiamente tal, por la puerta de la cocina, la cual estaba sin llave según declara la víctima, siendo detenido entre el dueño de casa y vecinos, quienes lo revisan y le encuentran en sus vestimentas un celular y una cámara fotográfica, especies que el dueño de casa declara se encontraban en la cocina encima de un frutero... **En ningún caso pueden calificarse los hechos como violación de morada, tanto por el lugar donde fue sorprendido -en el interior del domicilio-, como por las especies encontradas en su poder y reconocidas por su propietario**" las cuales pretendió sustraer del interior y de no haber sido sorprendido, hubiera huido con éstas. Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 3188-2016 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234391/index.do?r=AAAAAQAJMzE4OC0yMDE2AQ>. También se ha dicho que "para los efectos de ingresar al antejardín de la propiedad se utilizó un destornillador con el que se efectuó palanca al portón eléctrico, taparon con unos paneles la reja para impedir la vista hacia el interior, procediendo posteriormente a quebrar un vidrio desde el exterior hacia el interior...concluyendo que las conductas desplegadas por los hechos excedieron con creces las exigencias del tipo penal invocadas por la defensa (violación de morada)

41

Garrido Montt; Op. Cit.; p. 252

pues... **los hechos no sólo ingresaron, sino que previo a ello se cercioraron que nadie viniera, ni estuviera en la propiedad, lo que ya es discordante sólo con el ánimo de esconderse cualquiera sea la razón de ello, vulnerando la inviolabilidad del hogar...menos aún que decidan guarnecerse en el inmueble que mayores dificultades presentaba para ingresar, sobre todo si para hacerlo emplearon fuerza en las vías de acceso portón y ventana en la forma ya descrita**". Corte de Apelaciones de Antofagasta; Rol 322-2011 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234391/index.do?r=AAAAAQAJMzE4OC0yMDE2AQ>. Por la inversa, cuando se ha acogido la alegación de recalificar a violación de morada, se han considerado, precisamente, los elementos externos acreditados y no acreditados en torno al ánimo apropiatorio. Así, se ha dicho que "además de los requisitos analizados en el considerando anterior, el delito materia de la acusación, requiere para estimarlo acreditado, que se compruebe la intención de apropiarse de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño. Al respecto, de la prueba rendida, expuesta y analizada conforme lo dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, la que debe ser valorada en su conjunto, **no es posible a estos sentenciadores lograr la convicción, más allá de toda duda razonable, de que se encuentra acreditada la existencia del elemento objetivo como tampoco del elemento subjetivo del tipo penal que nos ocupa, esto es, la existencia del elemento apropiatorio**. En efecto, de los dichos de la víctima y de los testigos anteriormente individualizados, se desprende que no hubo elemento apropiatorio, es decir, **no hubo acopio de especies u objetos en el antejardín del inmueble, en sus dependencias o en su interior, no se pudo apreciar que hubo una revisión de dependencias o del patio de la casa como tampoco hubo indicios de registro y desorden que dieran cuenta de la búsqueda de especies o de dinero, tal como lo afirmó la víctima, quien señaló en forma tajante que no le robaron nada** el día 22 de enero del año en curso, lo que aparece confirmado además con la declaración del Sargento O., quien fue la persona que detuvo al imputado saliendo del inmueble en cuestión, habiendo sido muy enfático en indicar **que no portaba ninguna especie en su poder, además en el interior no faltaba nada y finalmente la testigo directa, doña P.Y.M fue también clara al indicar que no lo vio sacando especies del antejardín. A ello se suma que tal como se indicó, al acusado no le encontraron especies en su poder, tampoco existían objetos trasladados desde su lugar habitual de permanencia hacia otro sitio, ni tampoco signos de fuerza en puertas y ventanas, indicativo del intento de ingreso al interior del inmueble**. En consecuencia, no se acreditó por el ente persecutor la presencia del elemento objetivo del tipo penal la sustracción y apropiación de especies ajenas- toda vez que no hay indicios suficientes que den cuenta de aquello". 6° T.O.P de Santiago RIT 368-2011 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/136830/index.do?r=AAAAQAWcm9ibyBlbiBsdWdhciBoYWJpdGFkbwE>. También, en el mismo sentido se ha dicho que los "hechos, no permiten estimar configurado el delito imputado en la acusación, al no haberse acreditado los elementos del citado tipo penal considerando que **no fue establecido que hubiera existido apropiación alguna de especies, ni intento de apropiación de especies, sea en grado de frustrado o en grado de tentativa**...Habiéndose acreditado el ingreso al inmueble de Maipú, domicilio de la ofendida C.J.B., utilizando para ello una vía no destinada al efecto, como lo constituyó el escalamiento, evidentemente contra la voluntad de su moradora, el tribunal estimó, habiendo escuchado a los intervinientes al respecto, que los hechos anteriormente establecidos eran susceptibles de recalificar como constitutivos del delito de violación de morada" 5° T.O.P. de Santiago; RIT 46-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138385/index.do?r=AAAAQAWcm9ibyBlbiBsdWdhciBoYWJpdGFkbwE>

BIBLIOGRAFIA.

Etcheverry, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 1997

Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007

Hernández, Héctor; Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves

Ministerio Público; Manual Primeras Diligencias, “Instrucciones Generales: Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos”.

Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Tomo II

Ramos, César; Comentario al nuevo artículo 443 bis del Código Penal, que sanciona el robo de fuerza de cajeros automáticos