

### 3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

#### ROBO EN LUGAR HABITADO

ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN SIMPLEMENTE LEGAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO PENAL. DIFERENCIAR ENTRE LOS ACTOS PREPARATORIOS –NO PUNIBLES– Y EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN –PUNIBLE–. FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA RECALIFICAR LOS HECHOS.

#### HECHOS

*Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de robo con fuerza en lugar habitado. La Corte, del análisis de los antecedentes, concluye el rechazo del recurso.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Temuco.*

ROL: *68-2016, de 19 de febrero de 2016.*

PARTES: *Ministerio Público con Fernando Pulgar Cárcamo.*

MINISTROS: *Sr. Luis Troncoso L., Sr. Julio César Grandón C. y Sra. Cecilia Aravena L.*

#### DOCTRINA

- I. *La doctrina –Etcheberry– enseña que el efecto práctico de la presunción simplemente legal del artículo 444 del Código Penal es más bien el de limitar el ámbito de los actos preparatorios del que ya corresponde a la tentativa –comienzo de ejecución–; en otras palabras, aquella norma distingue entre actos preparatorios, que son impunes, y los principios de ejecución que son punibles y propios de la tentativa, en lo que dice relación con el delito de robo con fuerza. De ello se desprende que no ha existido, en la especie, por parte de los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal una errónea aplicación del derecho y, por lo demás, la problemática referida a la aplicación o no del artículo 444 del Código Penal no fue una cuestión planteada en el juicio respectivo, así que mal pudieron aquellos magistrados hacer una errónea aplicación de esa disposición, no obstante que el artículo 341 inciso 2° del Código Procesal Penal autoriza al tribunal para dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o apreciar*

*la concurrencia de causales modificatorias agravantes de responsabilidad penal no incluidas en la acusación, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia, y su inciso 3° expresa que si durante la deliberación uno más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabirla, con el objeto de permitir a las partes debatir sobre ella. Situaciones todas que no se advierten en la sentencia recurrida. (Considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CI/JUR/1237/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 444 del Código Penal; 341 incisos 2° y 3° del Código Procesal Penal.*

### HACER UN FORADO: ¿TENTATIVA O ACTO PREPARATORIO DEL DELITO DE ROBO? COMENTARIO A LA SCA, DE TEMUCO, ROL N° 68-2016

ANDREA ROJAS ACUÑA  
*Universidad de Chile*

En la sentencia comentada, la Corte de Apelaciones de Temuco rechaza el recurso de nulidad fundado en la causal prevista en el artículo 373 b) del CPP, que fuese interpuesto por la defensa de uno de los dos imputados, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de esa ciudad el 9 de enero de 2016, que condenó a su representado, como autor del delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado, a la pena de 5 años y un día, más las accesorias legales.

Los hechos acreditados consistieron –en lo sustancial– en que los dos imputados, junto a un tercero no identificado, desde un sitio eriazco colindante al patio posterior de la vivienda de la víctima, “con diversos elementos metálicos efectuaron (...) un forado en la pandereta”, inmediatamente fueron sorprendidos por Carabineros, sin haber ingresado al inmueble de la víctima, siendo finalmente detenidos mientras huían del lugar.

En la especie, la controversia radica en determinar si los hechos referidos son o no constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en la modalidad de escalamiento (art. 440 N° 1 CP), y particularmente, si para dar inicio a la ejecución del delito basta con hacer un forado, que es en definitiva la postura de la Corte, o bien, como argumenta la defensa, se requiere al menos el *ingreso* por vía no destinada al efecto, cual sería el forado. Dicho de otro modo, la discusión gira en torno a establecer si hacer un forado es un acto preparatorio y por tanto impune,

o si con esta acción entendemos que se da inicio a la ejecución del delito de robo con fuerza, punible cuando menos en grado de tentativa.

Convendremos en que las acciones descritas en el art. 444 no son más que vulneraciones de resguardos o hitos posesorios que demuestran actuaciones contrarias a los designios del afectado. Como plantea la doctrina y gran parte de la jurisprudencia en la materia, si el destino de la realización de alguna de estas conductas no era apropiarse de las especies del afectado, bien podrá acreditarse. La presunción de la norma, en términos muy sencillos, sólo altera la carga de la prueba<sup>1-2-3</sup>.

En consecuencia, se podrá establecer que hubo principio de ejecución cuando no se han afectado las facultades de dominio de la víctima, y además, el acto se encuentre encaminado directamente, más allá de toda duda razonable, a tal afectación. Siempre existe la posibilidad del arrepentimiento antes de la consumación, con lo que se da pie a la teoría del desistimiento de la tentativa como excusa legal absolutoria<sup>4</sup>.

Sin embargo, tal y como lo anticipamos, lo llamativo del caso en comentario radica en el (no) *ingreso* de los imputados a la vivienda de la víctima, y que, a partir del único hecho acreditado consistente en hacer un forado, que por sí mismo no es constitutivo más que de un delito de daños, la sentencia de por sentado “que se está en presencia de un robo tentado” y que “no cabe duda que la intención del condenado era sustraer especies desde el interior del patio del ofendido y no otra”, habiendo dado principio a la ejecución por cuanto su conducta representaba un peligro concreto para el bien jurídico. No se indica en la sentencia cómo el daño a uno de los medios de resguardo del inmueble como es el muro perimetral que, insistimos, no fue sobrepasado, pudo revestir un peligro *concreto* para la propiedad de la víctima, no se indica tampoco si el bien jurídico que peligraba era la propiedad en sentido amplio, o lo era respecto de un bien en específico que hubiese estado en peligro inminente de ser sustraído de la esfera de resguardo de la víctima, lo que tendría algún mayor asidero.

---

<sup>1</sup> Una explicación más acabada sobre la discusión doctrinaria en la materia puede verse en: YÁÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo, Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter críminis en los delitos de robo y hurto”, en *Política Criminal* N° 7, (2009), pp. 2-36.

<sup>2</sup> CA Copiapó, 28 octubre 2008. LegalPublishing N° CL/JUR/3918/2008; Corte Suprema, 25 de mayo de 2006. LegalPublishing N° CL/JUR/7673/2006.

<sup>3</sup> Una visión crítica a la regulación prevista en el art. 444 puede revisarse en: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo, en *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar* N° 8 (2012), pp. 15-44.

<sup>4</sup> Véase POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, (Santiago, 2009), pp. 383 y ss.

Bastantes reparos merece el razonamiento antedicho, y más aún si se tiene en vista lo resuelto por la Corte Suprema a propósito de la aplicación del art. 444 en un caso donde no se discutió el ingreso a la vivienda, en orden a que junto con la presunción es necesario tener en consideración el elemento psicológico, la *intención* del agente encaminada a cometer un delito determinado, la que *debe exteriorizarse en hechos objetivos*, y si esto no ocurre, no se puede resolver exclusivamente por la presunción, ya que ella por sí sola no es suficiente para atribuir responsabilidad en el ilícito, debiendo ir unida a otros elementos de juicio que no admitan discusión<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> C. Suprema, 9 de mayo de 2002. LegalPublishing N° CL/JUR/1880/2002.

#### CORTE DE APELACIONES

Temuco, diecinueve de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En los antecedentes RIT 276-2015 y RUC 1500744166-2 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, con fecha 9 de enero de 2016 se dictó sentencia definitiva por la cual se condenó a Fernando Andrés Pulgar Cárcamo a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias legales respectivas en su condición de autor de un delito tentado de robo con fuerza en lugar habitado, perpetrado en esta comuna el día 5 de agosto de 2015, sanción que deberá cumplir en forma efectiva.

En contra de esta sentencia don Iván Alberto Espinoza Ugarte, Defensor Penal Público, por el sentenciado mencionado deduce recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal y solicita la nulidad del fallo, se dicte sin nueva audiencia la sentencia de reemplazo que absuelva al encausado por no constituir un delito los hechos que se dan por establecidos.

Se llevó a efecto la audiencia para conocer del recurso de nulidad planteado con la asistencia de los abogados de la defensa y del Ministerio Público los que alegaron de acuerdo a sus respectivas pretensiones, quedando los antecedentes en acuerdo.

Considerando:

1°.- Que la defensa del condenado Pulgar Cárcamo dedujo en contra de la sentencia dictada en los antecedentes recurso de nulidad fundando su pretensión en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, en relación con lo expuesto en el artículo 385 de este cuerpo legal.

Señala quien recurre que los sentenciadores del tribunal oral en aquella sentencia calificaron un hecho como delito que la ley no considera como tal, aplicando una pena que no era procedente aplicar.

Los hechos que se acreditaron no son constitutivos de delito y por lo tanto la conducta del acusado debe ser estimada como una conducta atípica y que no merece reproche social alguno. Y no era aplicable el artículo 7°, inciso 3°, del Código Penal, y por lo mismo

no debió aplicarse el artículo 440 de este Código.

2°.- Que los hechos que fueron acreditados, de acuerdo con lo razonado en el considerando 10°, son “que en esta ciudad el día 5 de agosto del año 2015 aproximadamente a las 09:00 horas, Jairo Enrique Valenzuela Meza y Fernando Andrés Pulgar Cárcamo en compañía de un tercero, concurrieron al domicilio emplazado en calle Las Marantás N° 02492, entre Los Ganaderos y Altamira, en el cual se encontraba la víctima de iniciales D.D.A.V., y cuyo patio posterior colinda con un sitio eriazo, procediendo a desplazarse hasta el cerco perimetral del patio del domicilio de la víctima, lugar en el cual con diversos elementos metálicos efectuaron, desde el sitio despoblado, un forado en la pandereta, como también un orificio en la base de la misma, una vez efectuados aquellos, fueron sorprendidos por Carabineros, huyendo del lugar en diversas direcciones, siendo aprehendidos sólo los mencionados en las inmediaciones del lugar. En su fuga el acusado Valenzuela Meza se desprendió de una mochila que contenía en su interior un formón y una barretilla”.

En el fundamento 13° se calificaron esos hechos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar destinado a la habitación.

3°.- Que en cuanto a la forma como se ha producido el error denunciado, se señala que el artículo 440 N° 1 dispone que “El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus de-

pendencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito: 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”.

Continúa con su argumentación el recurrente señalando que el tipo penal exige para la consumación del delito referido de la apropiación de cosa mueble ajena (sin la voluntad de su dueño) y el ingreso por escalamiento en el caso de que se trata, lo que es importante para la determinación de las formas imperfectas del delito como son la tentativa y la frustración que arrancan del análisis del tipo penal consumado, todo ello además, de acuerdo con la definición que el Código Penal entrega de la tentativa.

De este modo, entonces, se debe analizar la concurrencia o exclusión de la tentativa en base al tipo penal específico que se pretende aplicar, por lo que debe existir a lo menos la realización de una parte de la acción típica, que en el caso concreto se traduce en la apropiación de cosa mueble ajena mediante fuerza, lo que en el presente caso se refiere al ingreso por vía no destinada al efecto, lo que no ha ocurrido en los hechos que se acreditaron en los antecedentes.

Al no haber ingreso a la propiedad la acción desplegada por el acusado no alcanza a constituir un hecho directo para la consumación del delito, sino que se está en presencia de un acto preparatorio los que se han definido según el profesor Künsemüller como “aquellos mediante los cuales el delincuente dispone de los medios o las circunstancias

apropiados para cometer el delito, pero que jurídicamente no alcanzan a constituir actos de ejecución”. Por lo que la conducta del condenado de efectuar un forado no es un acto de ejecución debiendo absolverse a aquél.

4°.- Que arguye quien recurre que para determinar cuándo se está en presencia de un hecho directo, se consideran diversos criterios respecto de la tentativa, pero no obstante el legislador nacional ha establecido una presunción simplemente legal cuando se trata de la tentativa en un delito de robo con fuerza y aparece la norma contenida en el artículo 444 del Código Penal que exige que el sujeto activo del delito se introduzca por forado y ése es el primer hecho directo punible de acuerdo al legislador y en el caso de autos no se estableció como hecho el ingreso del acusado por forado, sólo que efectuó un forado en la pandereta y un orificio en la base de ella, pero no el ingreso a la propiedad de la víctima.

Expone el defensor que el solo hecho de efectuar un forado y un orificio en la pandereta y huir, sin haber ingresado al lugar, constituye un acto preparatorio, pero no un principio de ejecución.

5°.- Que conforme los hechos que se dieron por acreditados, según se dijo en el considerando 12°, se está en presencia de un robo tentado y de acuerdo con lo razonado en la motivación 13ª no cabe duda que la intención del condenado era sustraer especies desde el interior del patio del ofendido y no otra, quedando la conducta de aquella persona en la hipótesis de que dio “principio a la ejecución de un crimen o simple delito por

hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”, como quiera que la conducta desplegada por el sujeto activo del delito representaba un peligro concreto para un bien jurídico, siendo idóneos aquellos hechos para lograr un resultado típico.

6°.- Que tal como lo señala el profesor Etcheberry el efecto práctico del artículo 444 del Código Penal es “más bien el de limitar el ámbito de los actos preparatorios del que ya corresponde a la tentativa (comienzo de ejecución)”, en otras palabras aquella disposición distingue entre actos preparatorios, que son impunes, y los principios de ejecución que son punibles y propios de la tentativa.

Por lo expuesto no ha existido por parte de los sentenciadores orales penales una errónea aplicación del derecho y, por lo demás, la problemática referida a la aplicación o no del artículo 444 del Código Penal no fue una cuestión planteada en el juicio respectivo, así que mal pudieron aquellos jueces hacer una errónea aplicación de esa norma, no obstante que en inciso 2° del artículo 341 del Código Procesal Penal autoriza al tribunal para dar al hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de responsabilidad penal no incluidas en la acusación, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia, y el inciso 3° de aquella norma expresa que si durante la deliberación uno más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en

la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir la, con el objeto de permitir a las partes debatir sobre ella.

Aquellas situaciones que determina la norma procesal penal citada no aparecen de la sentencia recurrida.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 b) y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el abogado defensor penal público don Iván Alberto Espinoza Ugarte en representación del condenado Fernando Andrés Pulgar Cárcamo, en contra de la sentencia de fecha 9 de enero de 2016

dictada en los antecedentes RIT 276-2015 y RUC 1500744166-2 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, sentencia que, en consecuencia, no es nula.

Regístrese, notifíquese e incorpórese a la respectiva carpeta digital.

Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro.

Pronunciada por la Primera Sala, Presidente Ministro Sr. Luis Troncoso Lagos, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Ministra Sra. Cecilia Aravena López.

Rol Reforma Procesal Penal N° 68-2016.