

## 11. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### PORTACIÓN DE ELEMENTOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITOS DE ROBO

PORTE DE UN DESTORNILLADOR Y DOS ALICATES NO PERMITE CONFIGURAR EL DELITO PENAL. AUSENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ANEXAS NO PERMITE CARACTERIZAR LOS INSTRUMENTOS COMO ELEMENTOS DESTINADOS A ROBAR. INSUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR ILÍCITO.

### HECHOS

*Juzgado de Garantía dicta sentencia condenatoria por el delito de portar elementos conocidamente destinados a cometer delitos de robo, previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal, en grado de consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido y dicta sentencia de reemplazo.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *1197-2018, de 27 de abril de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con Cristián Gutiérrez Morales*

MINISTROS: *Sr. Mireya Eugenia López M., Sra. María Riesco L. y Abogado Integrante Sr. Guerrero Pavez*

### DOCTRINA

*El hecho establecido en la sentencia fue “que al interior de la mochila el imputado porta las especies que son materia de este procedimiento”. Tales especies son un destornillador y dos alicates, y tales herramientas, a falta del establecimiento de otras circunstancias fácticas, no pueden entenderse subsumidas en el tipo penal por el cual se ha dictado la sentencia condenatoria, y que requiere que se trate de “instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo”; tanto es así que el Código Penal cita a vía ejemplar las llaves falsas y la ganzúa, de manera que el solo porte de las herramientas descritas no permite configurar el delito penal en ausencia de circunstancias anexas que permitan caracterizar los instrumentos como elementos destinados a robar. Por tanto, la calificación de los hechos que la*

*sentenciadora estableció conforme a la prueba rendida en la causa resulta errónea al establecer la existencia del delito contemplado en el artículo 445 del Código Penal, por cuanto no se reúnen los presupuestos o exigencias que la norma establece para darlo por establecido, habiéndose incurrido en una errónea aplicación del derecho en el fallo impugnado (considerandos 4° y 5° de la sentencia de nulidad). Cita online: CI/JUR/1968/2018*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 445 del Código Penal.*

### CONSIDERACIONES SOBRE TIPO OBJETIVO DEL DELITO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 445 DEL CÓDIGO PENAL

DANIEL LEMA ALBORNOZ  
*Universidad de Chile*

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad presentado por la defensa del imputado en contra de la sentencia condenatoria. Esta última se dictó en juicio oral simplificado por el delito de porte de elementos conocidamente destinados a cometer robo (contemplado en el artículo 445 del Código Penal). En este caso, el tribunal de alzada dio lugar a la causal de impugnación contemplada en artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esto es, “*cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”.

Concretamente, el recurso impetrado discute la interpretación jurídica realizada sobre el hecho base dado por probado en la sentencia condenatoria: “*al interior de la mochila el imputado porta especies que son materia de este procedimiento [un desatornillador y dos alicates]*”. La corte directamente ataca la falta de aptitud de los objetos señalados para considerarlos como *conocidos para efectuar el delito de robo*, enfatizando en la falta de elementos de contexto que pudieran enmendar dicha aptitud propia que debiesen detentar. En definitiva, los sentenciadores establecen derechamente que dichos instrumentos carecen de la aptitud que el artículo 445 exige, pero deslizan que podría haberse enmendado dicha falencia acompañando circunstancias accesorias que les otorgasen dichas características.

A mi entender, la exigencia señalada y sugerida en el párrafo anterior, que veladamente realiza la corte, implicaría *abrir* el tipo penal, incurriendo en interpretación analógica *in malam partem*. Esto lo señalo sin perjuicio de que dicha mención no afecta el resultado del fallo, pero sí da pie para análisis como el que se presenta. Por ello, frente a estas concepciones, que parecen inadecuadas de cara al ordenamiento jurídico penal, es necesario establecer la postura de que el legislador

buscó en este tipo penal que los sentenciadores desarrollaran un examen estrictamente objetivo sobre las características de estos instrumentos. De esta manera, una interpretación conjunta con circunstancias de contexto, como la que propone la corte de forma hipotética, adolecería necesariamente de ilegalidad. Dicho de otra manera, la *destinación conocida* de los instrumentos debe ser de tal manera ostentosa que no deben ser necesarios ninguna clase de complementos para cumplir con los requisitos del tipo objetivo. Es cierto que toda situación fáctica entrega los antecedentes relevantes para una comprensión global de los elementos interpretativos, pero en este caso debe hacerse de forma severamente restrictiva. En efecto, se ha interpretado que la redacción del artículo 445 exige que la destinación de los objetos sea notoria y exclusiva<sup>1</sup>, es decir, que los instrumentos tengan únicamente por fin la perpetración de robos.

Una interpretación diversa a la que se propone en este análisis podría llevar a criminalizar una multiplicidad de situaciones de hecho que son inverosímiles en cuanto al fin de la norma y que claramente no se encuentran comprendidas dentro de su *ratio juris*: Por ejemplo, en conformidad a la interpretación de la corte, parecerían acordes al tipo penal las detenciones a ciudadanos por portar tarjetas de crédito y clips, ambos elementos que conocidamente sirven para abrir puertas y cerraduras, siempre que los acompañen las circunstancias de contexto. De esta manera, en el debido contexto, cualquier instrumento puede aparecer como destinado a la comisión de robos.

La interpretación de las circunstancias anexas a las que hace referencia la corte se deben desarrollar en lo que llamaremos como *la segunda etapa o fase de la conducta del tipo penal*, y no en *la primera fase*, como se explicará a continuación.

Para un debido ejercicio exegético del tipo objetivo del delito en análisis, debo plantear la conducta punible como doble<sup>2</sup>. La primera parte de ella consiste en relación o vínculo de carácter material que el sujeto debe guardar con el objeto (fabricarlo, tenerlo, etc.) y en el destino conocido que debe detentar este último. Una vez que esta primera fase queda debidamente establecida, es decir, que no hay duda para el sentenciador de la existencia del “vínculo más destino”, puede pasar a veri-

---

<sup>1</sup> Sobre el elemento de la exclusividad, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de octubre de 2016, rol N° 3165-2016, cita online CL/JUR/7596/2016. En su considerando 3° señala: “*Que la circunstancia de haber sido los imputados sorprendidos [...] 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 éste 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*”.

<sup>2</sup> Véase en detalle esta distinción en OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, (Santiago, 2013), p. 270.

ficar la segunda fase de la conducta punible: la incapacidad del sujeto para explicar el fin lícito de su relación (vínculo) con el objeto destinado a la comisión de delitos.

Lo analizado es relevante para efectos de entender dos aportes que entrega este análisis: (i) en estas dos etapas de la conducta punible, el orden de los factores sí altera el producto, y (ii) las circunstancias de contexto deben desarrollarse en la segunda fase de la conducta y en relación con la prueba del imputado. Respecto de (i), en cuanto al fallo, queda patente que erróneamente en la sentencia del Juzgado de Garantía se le dio mayor importancia al hecho de que el imputado no dio explicación alguna de por qué llevaba los instrumentos, más que a la conocida aptitud de ellos para cometer robos. En cuanto a (ii), el imputado debe descargar su prueba para establecer que la situación en la que se encuentra es atípica, en cuyo caso se hallan a su disposición las circunstancias anexas a las que se ha hecho referencia.

#### CORTE DE APELACIONES:

Santiago, veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

#### VISTOS:

En estos autos RIT O-8949-2017, RUC 1700942388-5, del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia de diecinueve de febrero de dos mil dieciocho, dictada en procedimiento simplificado por la juez titular doña Verónica Andrea Toledo López, se condenó a Cristián David Gutiérrez Morales a la pena de ciento veinte días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de portar elementos conocidamente destinados a cometer delitos de robo, previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal, en grado de consumado; a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y al comiso y destrucción de las especies.

En contra de esta sentencia, el abogado don Christian Alejandro Basualto Olivares, por el condenado, dedujo recurso de nulidad por las causales que se indican:

a) La causal del artículo 374, letra e), en relación con el artículo 342, letra c), y el 297 del Código Procesal Penal, y

b) En subsidio, la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, por errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Termina pidiendo que, acogiendo el recurso por la primera causal, se invalide el juicio oral y la sentencia y, en subsidio, para el evento en que ello no ocurra, se acoja por la segunda, dictando sentencia de reemplazo.

La vista de la causa, para conocer el recurso por las causales señaladas, se llevó a efecto el día diez de abril del año en curso, oportunidad en que alegaron ante esta corte por el recurso el abogado don Pedro Narváez y la abogada doña Andrea Barraza por el Ministerio Público.

Con lo relacionado y oídos los intervinientes:

*Primero:* Que el recurrente, para solicitar la nulidad de la sentencia y juicio, invoca la causal de nulidad absoluta de

la letra e) del artículo 374, en relación con los artículos 342, letra c), y 297, todos del Código Procesal Penal, por cuanto, a su entender, para tener por configurado el [delito del] artículo 445 del Código Penal, el *a quo* transgredió las reglas de la lógica y en concreto el principio de la razón suficiente, principio que Esser postula señalando que “todo conocimiento debe estar suficientemente fundado” y Zabaleta, que “todo juicio necesita fundamento suficiente para ser verdadero”. El juez tiene el deber de valorar la prueba conforme a ella y debe fundamentar su análisis, lo que es esencial para arribar a lo dispositivo del fallo, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, lo que no ocurre en el fallo que se impugna, ya que el sentenciador no se hace cargo de justificar por qué los elementos que portaba el imputado, esto es, dos alicates y un destornillador, son para efectos del artículo 445 del Código Penal instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo, y, además, una vez probado lo anterior, por qué no existen en este proceso descargos suficientes sobre su porte o tenencia.

Se contraviene el principio de la razón suficiente cuando en el considerando 4° indica escuetamente que el imputado es “una persona que portaba una mochila con especies que son conocidamente destinadas a efectuar delitos de robo sobre todo en tiendas del *retail* como es la tienda Easy y que, además, no dio justificación respecto del porte de las mismas...” y, en este caso, no se

encuentra comprobado el destino de los elementos que portaba el condenado.

En efecto, el tipo penal de la citada disposición del Código Penal exige que esos instrumentos tengan una desviación de su destino natural hacia la comisión del delito y, habiendo sido exhibidos al *a quo*, no quedó constancia en orden a que hayan sido objeto de una transformación que cambie su destino, que es servir como herramientas de trabajo y, así, por esa circunstancia, servir para la perpetración del delito de robo empleando la fuerza.

Añade que el único testigo que declaró en el juicio, que es el carabinero César Vargas de la Paz, no dio información sobre este aspecto.

No es baladí señalar que los elementos que portaba el imputado se adquirieron lícitamente en el comercio y se usan como herramientas de trabajo en diferentes oficios y labores domésticas y lo que la jurisprudencia exige para calificar dos alicates y un destornillador como conocidamente destinados a cometer el delito de robo es que tengan una deformación en su estructura para tener la idoneidad suficiente para ejercer la fuerza en los dispositivos de protección, sin que exista prueba sobre el particular y, por el contrario, en la exhibición de la especie en el tribunal y de lo declarado por el carabinero Vargas de la Paz no hay antecedentes para cumplir con la exigencia anotada.

Agrega que las máximas de la experiencia indican que, en los establecimientos del *retail*, es frecuente el hurto y no el robo y, por ello, no se explica la utilización de dos alicates y

un destornillador en pleno horario de funcionamiento para cometer este delito sin que el tribunal dé razón suficiente de por qué asevera que esos elementos están destinados al robo.

Refiere también que el *a quo*, en el considerando 4° del fallo, infringe el principio de la razón suficiente por falta de corroboración, cuando da por establecido el hecho de haber sido sorprendido el imputado por guardias de seguridad de Easy en el sector de bodegas portando los elementos, ya que éstos no declararon en el juicio oral y el carabiniero que declaró como testigo no vio la videograbación de la detención en esa dependencia, ya que no fue presentada como medio de prueba.

Asimismo, en el fallo hay transgresión al principio de la razón suficiente e incluso máximas de la experiencia cuando no explica razonadamente sobre lo señalado por el imputado al carabiniero, señalándole que los elementos que portaba los usaba para trabajar, sin explicar razonadamente por qué un vendedor ambulante no podría utilizar en sus actividades elementos de esas características en el comercio informal en que se desenvuelve.

*Segundo:* En relación con el fundamento de la primera causal de nulidad, lo que se reprocha es la valoración de la prueba, lo que más bien sirve de fundamento para un recurso de apelación desde que el planteado cumple un objetivo jurisdiccional distinto y para su procedencia no basta exponer la insatisfacción con lo resuelto o una distinta opinión con la forma de valoración de la jueza. En este sentido, lo que

el recurrente hace es fundar su recurso sosteniendo que su interpretación a partir de la prueba rendida es distinta que la de la sentenciadora, y que, según su parecer, no es suficiente para producir convicción, pero no dilucida de qué manera el fallo ha incurrido en la causal planteada, que se desestimarán, porque la sentencia recurrida cumple con lo que exige la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal.

*Tercero:* Que, en forma subsidiaria, el recurrente impugna también la sentencia y pide se declare su nulidad, por haberse incurrido en su dictación en la causal absoluta de nulidad prevista en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, norma que dispone: (sic) “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

El recurrente funda la causal señalando que, en el considerando cuarto de la sentencia, el *a quo* da por probado el hecho denunciado, calificando el actuar del imputado como constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal, sin razonar aquello que la doctrina y jurisprudencia entiende que es el elemento normativo del tipo objetivo, esto es, tratarse de “instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo”.

*Cuarto:* Que en lo que interesa a la causal de nulidad invocada subsidiariamente, el hecho establecido en la sentencia en su considerando cuarto fue “que

al interior de la mochila el imputado porta las especies que son materia de este procedimiento”. Previamente se consignó en el fallo que tales especies son un destornillador y dos alicates cuyas características se especifican, y tales herramientas, a falta del establecimiento de otras circunstancias fácticas, no pueden entenderse subsumidas en el tipo penal por el cual se ha dictado la sentencia condenatoria, y que requiere que se trate de “instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo”; tanto es así que el Código Penal cita a vía ejemplar las llaves falsas y la ganzúa, de manera que el solo porte de las herramientas descritas no permite configurar el delito penal en ausencia de circunstancias anexas que permitan caracterizar los instrumentos como elementos destinados a robar.

En consecuencia, ha habido infracción de ley, en cuanto se ha condenado al acusado por un delito penal que en los hechos no aparece configurado.

*Quinto:* Que, conforme lo que se viene reseñando, la calificación de los hechos que la sentenciadora estableció conforme a la prueba rendida en la causa resulta errónea al establecer la existencia del delito contemplado en el artículo 445 del Código Penal, por cuanto no se reúnen los presupuestos o exigencias que la norma establece para darlo por establecido, habiéndose incurrido en una errónea aplicación del derecho en el fallo recurrido, razón por la que se acogerá el recurso por la causal subsidiaria de nulidad, procediendo a anular el fallo recurrido, absolviendo al imputado del delito y dictando, sin

nueva audiencia, la respectiva sentencia de reemplazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 374, 376, 384, 385, 388, y 399 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad contra la sentencia de fecha diecinueve de febrero del año en curso, dictada por la jueza Verónica Toledo López en los autos RIT O-8949-2017 del Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, fundado en la causal de nulidad subsidiaria, la que, consecuentemente, es nula, procediéndose a dictar en su reemplazo la que se indica a continuación.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Guerrero Pavez, quien no firma por ausencia.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C. A. de Santiago integrada por Ministra Mireya Eugenia López M. y Ministra Suplente María Riesco L.

Rol N° 1197-2018.

## II. SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia recurrida con excepción del considerando cuarto.

Y se tiene en su lugar presente:

*Primero:* Que se reproducen los considerandos tercero, cuarto y quinto de la sentencia de nulidad.

*Segundo:* Que, no concurriendo los presupuestos y exigencias para dar por establecido el delito previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal y la participación de Cristián David

Gutiérrez Morales en el hecho ocurrido el día 8 de octubre de 2017 en el establecimiento de *retail* Easy ubicado en calle Vicuña Mackenna N° 7110 de la comuna de La Florida, se dicta en su favor sentencia absolutoria en la presente causa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 374, 376, 384, 385, 388, y 399 del Código Procesal Penal, se absuel-

ve encausado Cristián David Gutiérrez Morales del delito previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Abogado Integrante señor Guerrero Pavez, quien no firma por ausencia.

Rol Reforma Procesal Penal N° 1197-2018