

18. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

DETERMINACIÓN DEL GRADO DE DESARROLLO DEL ILÍCITO. TRASPASAR LA ESFERA DE CUSTODIA DEL PROPIETARIO DE LA ESPECIE AL SACARLA DEL LUGAR EN QUE ÉSTE LA TENÍA ORIGINALMENTE, HUIR CON ELLA EN SU PODER Y DISPONER DE ELLA AL OCULTARLA DE SU DUEÑO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Concepción*

ROL: *865-2018, de 16 de noviembre de 2018*

PARTES: *Ministerio Público con Guillermo González Parra*

MINISTROS: *Sr. Camilo Alejandro Álvarez O., Sra. Humilde del Carmen Silva G. y Sr. Abogado Integrante Francisco Javier Santibáñez Y.*

DOCTRINA

En la especie, lo discutido es si el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, lo fue en grado de desarrollo de consumado o frustrado. Tal como se consigna en el fallo recurrido el condenado, mediando fuerza en la comisión del ilícito, sustrajo una especie desde un vehículo que estaba estacionado en la vía pública, se alejó del lugar llevando la especie consigo y la ocultó en un lugar distinto de aquel desde donde la había sustraído. Si bien es cierto el sujeto fue seguido por el hijo de la víctima, no es menos cierto que todo el accionar del encartado demuestra que logró traspasar la esfera de custodia del propietario de la especie al sacarla del lugar en que este la tenía originalmente, huir con ella en su poder y disponer de ella al ocultarla de su dueño. Entonces, cabe concluir que el fallo en revisión ha aplicado

correctamente las normas legales (considerandos 4° a 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/6427/2018

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 433 del Código Penal.*

RUPTURA Y GENERACIÓN DE NUEVA CUSTODIA EN EL ROBO

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI

Universidad de Chile

En septiembre de 2017 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán dictó sentencia condenatoria contra Guillermo González por el delito de robo con fuerza en las cosas, en calidad de consumado. De acuerdo con el fallo recurrido, González “sustrajo una especie desde un vehículo que estaba estacionado en la vía pública, se alejó del lugar llevando la especie consigo y la ocultó en un lugar distinto de aquel desde donde la había sustraído”, habiendo sido seguido por el hijo de la víctima antes de ser detenido (considerando 5°).

La defensa presenta recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que el robo se encontraría en calidad de frustrado y no consumado, ya que el condenado fue observado y perseguido por el legítimo poseedor desde el inicio de la ejecución del robo, lo que le habría impedido “formar una esfera de custodia eficiente, en la cual el sujeto activo pudiese tener la posibilidad de ejercer las facultades del dominio al menos en apariencia” (considerando 1°). La Corte rechaza el recurso, bajo el (único y brevemente enunciado) fundamento de que “todo el accionar del encartado demuestra que logró traspasar la esfera de custodia del propietario de la especie al sacarla del lugar en que este la tenía originalmente, huir con ella en su poder y disponer de ella al ocultarla de su dueño” (considerando 5°). La disputa, entonces, versaría acerca del momento de consumación del robo. En tanto delito de apropiación mediante sustracción, el robo requiere para su consumación la completa ruptura de custodia del titular y la formación de una nueva custodia sobre la cosa por parte del autor, instante en el que el autor se “apropia” en los términos del artículo 432 del objeto mueble. Se exceptúa de esta interpretación la teoría de la disponibilidad, planteada por Garrido, que agrega como exigencia para la consumación que el autor se encuentre en posición de disponer del objeto hurtado¹. La teoría de la disposición ha sido ampliamente criticada, principalmente porque implicaría una

¹ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, (Santiago, 2008), p.175.

confusión entre consumación y agotamiento del delito, perteneciendo la posibilidad de disposición a esta última etapa². Es esta posición la que parece ser afirmada tanto por el recurrente como por la Corte en su sentencia, negando el primero que el autor haya tenido “posibilidad de ejercer las facultades del dominio al menos en apariencia”, mientras que la Corte afirmaría que de hecho el autor dispuso del objeto, al ocultarlo de su dueño.

Ambas posturas resultan problemáticas, ya porque les son plenamente aplicables las críticas que se han planteado a la teoría de la disposición como una que “(...) erosiona la base de la distinción sistemática entre delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena y delitos de apropiación sin ruptura de la custodia ajena”³, al agregar el requisito de “posibilidad de disposición” como marca de éxito para la consumación, requisito propio de los delitos de apropiación sin ruptura de custodia ajena. Resulta igualmente problemático el indicio que utiliza la Corte para dar cuenta de que el delito se encontraría consumado, a saber, el que el sujeto haya ocultado la cosa de su dueño contaría como “disponer” de ésta. Precisamente, y dejando de lado las críticas sustantivas que pueden hacerse a la teoría de la disposición como momento de consumación del delito de hurto (y, por ello, del robo), la necesidad que tiene el sujeto de esconder el objeto sustraído habla a favor de su *imposibilidad* de disponer libremente de éste, precisamente porque se encuentra siendo perseguido por el dueño.

La determinación del momento de la consumación del hurto resulta particularmente problemática porque el concepto mismo de custodia (y, por lo tanto, el análisis de su extensión, momento de constitución y momento de ruptura), es uno eminentemente práctico, referido a una relación fáctica de dominación entre sujeto y objeto, relación que dependerá de la interpretación de los hechos que se den por establecidos para determinar cuándo el delito se encuentra consumado, a saber, aquel momento de completa ruptura de la custodia del dueño o quien legítimamente detente el objeto, y la generación de una nueva custodia por parte de quien, por vía de sustracción, quebrantó la custodia anterior⁴. El reconocimiento del carácter eminentemente fáctico de la custodia, como uno cuyo reconocimiento depende tanto de reglas sociales como jurídicas, tiene como consecuencia el rechazo a las teorías que fijan el momento de consumación en algún instante del proceso de remoción del objeto, teorías cuyo enfoque principal está puesto en la variante

² POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, (Santiago, 2004), pp. 23 y nota 44.

³ BASCUÑÁN, Antonio, “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez I*, (2004), pp. 99-100.

⁴ Para una defensa de este modelo de ruptura de custodia y constitución de una nueva, véase OLAVE, pp. 175-207, con ulteriores referencias.

espacial de la relación del sujeto con la cosa. Así, las teorías que establecen ya *ex ante* que el momento de la consumación se da, por ejemplo, cuando el autor toca la cosa (*contractatio*), cuando remueve el objeto del lugar donde se encontraba (*ablatio*), o cuando la cosa arriba al lugar que el autor se proponía (*ilatio*), descansan en la errónea suposición de que por custodia se debe entender un espacio físico conmensurable, literalmente una “esfera” que rodea al objeto. Si bien el espacio físico sí constituye un indicio importante para dilucidar en qué momento la custodia se quebranta, éste es uno y no siempre el más importante de los indicios que permitirán determinar el momento de la consumación.

Dentro de los indicios que deberán tenerse en consideración para determinar el momento de consumación, se encuentran, por ejemplo, los mecanismos de custodia establecidos por el titular para resguardar el objeto, en el caso de la sentencia acá comentada, el vehículo cerrado. La custodia del titular se quebranta venciendo la totalidad de mecanismos de seguridad establecidos por éste, los que también incluyen el que el titular mismo se encuentre vigilando el objeto. Tomando en cuenta lo anterior y principalmente a causa de la sucinta descripción de los hechos que la Corte considera para su resolución, resulta especialmente difícil resolver si en el caso en cuestión el delito se encuentra ya consumado, al haberse quebrantado completamente la custodia del titular y, por esa vía, generado una nueva, o si el titular del objeto mantuvo un control suficiente sobre éste luego de que fuera removido del vehículo, como para asegurar que su custodia no alcanzó a ser quebrantada. A favor de la primera opción habla el que el autor haya alcanzado a ocultar el objeto, lo que da cuenta, en principio, de que alcanzó a burlar su resguardo, quebrantando la custodia del titular. Ahora bien, no deja de ser preocupante que una disputa sobre si un delito se encuentra o no consumado (disputa cuya resolución puede dar lugar a una importante rebaja sobre la pena impuesta) efectúe un análisis así de breve de los hechos tenidos en consideración, análisis que, de acuerdo a lo acá afirmado, resulta central para la determinación del momento de la consumación del hurto y, por lo tanto, del robo en la sentencia comentada.

CORTE DE APELACIONES:

Concepción, dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTO:

En esta causa RUC 1500492326-7 y agrupada RUC 1501012612-3, RIT N° O-288-2018 del ingreso del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, rol Corte N° 865-2018 se ha interpuesto recurso de nulidad por

el abogado defensor penal público, don Marco Hinostraza Mardones, en contra de la sentencia definitiva dictada el 26 de septiembre último, sólo respecto a que condenó a su representado Guillermo Andrés González Parra, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de consumado, perpetrado el día 22 de mayo de 2015 en

la comuna de Coronel, a sufrir la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Se fundamenta el recurso en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

El recurso fue declarado admisible y habiéndose procedido a su vista el 29 de octubre en curso, con la intervención del representante del Ministerio Público y la Defensa del condenado el asunto quedó en acuerdo y los intervinientes fueron citados a la audiencia del día de hoy para la lectura de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1°.- Que el abogado defensor penal público don Marco Hinostriza Mardones, ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, sólo respecto a que condenó a su representado Guillermo Andrés González Parra, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de consumado fundado en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Sostiene, que se ha incurrido en una errada aplicación del artículo 443 inciso primero del Código Penal, toda vez que a su juicio en la especie no se consumó el elemento normativo de la apropiación; sostiene el recurrente que el sentenciado no logra la apropiación atendido a que el legítimo poseedor (o en este caso en comentario el dueño) de la cosa mueble al tener a la vista al he-

chor y dar inicio a la persecución, evita formar una esfera de custodia eficiente, en la cual el sujeto activo pudiese tener la posibilidad de ejercer las facultades del dominio al menos en apariencia, así las cosas el delito no puede estar consumado. Señala que si el sentenciado no estuvo en posibilidad fáctica de ejercer las facultades de dominio como aparente poseedor legítimo, no se está en presencia de la consumación.

El error de derecho ha influido sustancialmente en lo resolutivo de la sentencia, toda vez que de no existir el error antes indicado, habiéndose estimado por el tribunal que el delito se encontraba frustrado, la pena legalmente aplicable se rebaja en forma importante, conforme a las reglas de determinación de la pena, se debe rebajar en un grado, debiendo imponerse una pena de presidio menor en su grado mínimo, es decir, entre 61 a 540 días de cárcel.

Pide que se acoja el recurso invalidando la sentencia en la parte pertinente y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo en la que se sustituya el grado de desarrollo del delito de robo con fuerza en bienes nacionales de uso público de consumado a frustrado, imponiéndose por tanto, una pena rebajada en un grado al mínimo señalado por la ley, esto es, se imponga una pena de presidio menor en su grado mínimo, proponiendo la Defensa, una cuantía de sesenta y un días.

2°.- Que, el motivo de nulidad invocado por el recurrente, contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dispone: “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”.

3°.- Que para una mejor comprensión y resolución del asunto es conveniente consignar que son hechos no discutidos por los intervinientes los siguientes:

a) Que el encartado Guillermo Andrés González Parra fue acusado y condenado como autor de dos delitos, a saber, robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en grado de consumado, perpetrado el día 22 de mayo de 2015 en la comuna de Coronel y robo de vehículo motorizado, en grado de consumado, ocurrido en Coronel el 22 de octubre de 2015.

b) Que la Defensa no cuestiona la existencia de los delitos sino que su recurso solo se endereza contra la calificación jurídica del primer delito referido en el párrafo precedente, en cuanto a su grado de desarrollo sosteniendo que la conducta punible se cometió en grado de desarrollo de frustrado y no consumado como señala el fallo recurrido.

4.- Que, lo discutido entonces es si el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público cometido en Coronel el día 22 de mayo de 2015, lo fue en grado de desarrollo de consumado o frustrado.

5.- Que tal como se consigna en el Fundamento Duodécimo del fallo recurrido el condenado, mediando fuerza en la comisión del ilícito, sustrajo una especie desde un vehículo que estaba

estacionado en la vía pública, se alejó del lugar llevando la especie consigo y la ocultó en un lugar distinto de aquel desde donde la había sustraído. Si bien es cierto el sujeto fue seguido por el hijo de la víctima, no es menos cierto que todo el accionar del encartado demuestra que logró traspasar la esfera de custodia del propietario de la especie al sacarla del lugar en que este la tenía originalmente, huir con ella en su poder y disponer de ella al ocultarla de su dueño.

6.- Entonces, de lo ya referido, cabe concluir que el fallo en revisión no ha vulnerado lo dispuesto en las disposiciones legales invocadas.

7.- Que conforme a lo ya razonado el pretendido vicio que sirve de fundamento a la nulidad en estudio no es tal, todo lo cual impide que el recurso intentado por la defensa del encausado pueda prosperar.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo establecido en los artículos 372, 373 b), y 384 del Código Procesal Penal, se declara: Que se rechaza, el recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Marco Inostroza Mardones, en contra de la sentencia de veintiséis de septiembre del año en curso, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, la que en consecuencia, no es nula.

No se condena en costas al recurrente por estimarse que tuvo motivo plausible para recurrir.

Regístrese, notifíquese, incorpórese a la carpeta judicial virtual, léase en la audiencia fijada al efecto y devuélvase.

Redactó la Ministro Suplente Humilde Silva Gaete.

RUC 1500492326-7 y agrupada RUC 1501012612-3 y RIT 288-2018 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción.

Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Concepción integrada por

Ministro Camilo Alejandro Álvarez O.,
Ministra Suplente Humilde Del Carmen
Silva G. y Abogado Integrante Francisco
Javier Santibáñez Y.

Rol N° 865-2018.