

## 7. DERECHO PENAL - CORTE DE APELACIONES

### DELITO DE PORTAR ELEMENTOS CONOCIDAMENTE UTILIZADOS PARA EFECTUAR DELITO DE ROBO

I. RECURSO DE NULIDAD PENAL. II. INSTRUMENTOS PARA COMETER EL DELITO DE ROBO. III. DESTORNILLADOR NO PUEDE SER ASIMILADO A UN ELEMENTO QUE CONOCIDAMENTE SEA UTILIZADO PARA REALIZAR UN DELITO DE ROBO. IV. FIGURA PENAL INDEPENDIENTE. V. SENTENCIA CONDENATORIA DEBE DICTARSE CON CONVICCIÓN MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE

#### HECHOS

*Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de portar elementos conocidamente utilizados para efectuar el delito de robo. Analizado lo expuesto, la Corte advierte que, en la especie, se configura la infracción de ley aludida, por lo que acoge el deducido de nulidad. A continuación se dicta la sentencia de reemplazo que absuelve al imputado.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso*

ROL: *51-2015, de 20 de febrero de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Manuel Lobos Otaiza”*

MINISTROS: *Srta. Eliana Quezada M., Sra. Gloria Torti I. y Sr. Pablo Droppelmann C.*

#### DOCTRINA

- I. El recurso de nulidad se ha definido como aquel que se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia, o solamente ésta, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, o cuando se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho; o concurran los motivos absolutos de nulidad que expresamente señala la ley; siempre que en estos últimos dos casos la infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado (considerando 1° de la sentencia de nulidad).*

- II. *Lo único acreditado es que el imputado tenía en su poder esta herramienta (destornillador), pero de ello no puede colegirse que se pretendería cometer un delito con él y que dicho artefacto, que no es de los mencionados en el artículo 445 del Código Penal, como llaves falsas y ganzúas, pueda ser considerado como uno de los instrumentos que tuvo el legislador en mente al dar por configurado este tipo penal, tendría que presumirse que dicho elemento se utilizaría para cometer un delito, razonamiento que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio, como el que rige. Con lo razonado se procederá a acoger el recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal (considerandos 8° y 9° de la sentencia de nulidad).*
- III. *Estos sentenciadores estiman que la herramienta –destornillador– no puede ser asimilado a un elemento que conocidamente sea utilizado para realizar un delito de robo, sino por el contrario, es un elemento de uso común en labores domésticas, máxime que se ha acreditado que el referido destornillador no ha sido modificado para ocuparlo en abrir cerraduras y así cometer algún ilícito (considerando 3° de la sentencia de reemplazo).*
- IV. *Estamos frente a una figura penal independiente, en la que se describe como conducta ilícita la fabricación, expendio o tenencia de determinados instrumentos, que por características que les son propias, se utilizan para robar, por lo que, el lugar o la forma en que éstos se elaboren, negocien o porten resulta penalmente irrelevante. En efecto, la ilicitud del tipo penal se centra en la naturaleza del instrumento y no en relación a un delito de robo en concreto, como es el caso del artículo 444 del Código Penal (considerando 4° de la sentencia de reemplazo).*
- V. *Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiera más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la sanción y que en él le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley, lo que en el presente caso estos sentenciadores no han adquirido la convicción que la situación se encuadre en la disposición establecida en el artículo 445 del Código Penal (considerando 5° de la sentencia de reemplazo).*

Cita online: *CL/JUR/968/2015*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 444 y 445 del Código Penal; 373 letra b) del Código Procesal Penal.*

#### SENTENCIA

Valparaíso, veinte de febrero de dos mil quince.

VISTO:

En estos autos Rit O-7901-2014, Ruc 1400692321-7, la abogada de-

fensora Fabiola Vilches Salinas, en representación de don Manuel Lobos Otaiza, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia mal datada dos de enero de dos mil catorce, debiendo señalarse, dos de enero de dos mil

quince, dictada por la Jueza Suplente del Juzgado de Garantía de Viña del Mar, doña Astrid Veninga Fergadiott, en virtud de la cual se condena a Lobos Otaiza a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y suspensión de cargo u oficio público por igual período, por su responsabilidad como autor del delito de portar elementos conocidamente utilizados para efectuar delito de robo, previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal, se le otorga el beneficio de la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna por el tiempo de sesenta y un días.

Se le absolvió del delito de robo en bienes nacional de uso público en grado de tentativa previsto y sancionado en el artículo 443 del Código Penal.

Funda su recurso como causal principal en la del 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 hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Invoca como causal subsidiaria, la del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c), por la falta de valoración de la prueba rendida en juicio.

Declarado admisible el recurso, se procedió a su vista el día 4 de febrero de 2015, con la comparecencia de doña Fabiola Vilches, por el condenado Lobos Otaiza y de doña Ana Quilodrán por el Ministerio Público, fijándose la lectura del fallo para el día 20 de febrero de 2015, a las 13:00 hrs., en la Secretaría de esta Corte.

#### CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

*Primero:* Que el recurso de nulidad se ha definido como aquel que se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia, o solamente ésta, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, o cuando se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho; o concurren los motivos absolutos de nulidad que expresamente señala la ley; siempre que en estos últimos dos casos la infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado.

*Segundo:* Que la recurrente funda su recurso en la causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por cuanto en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haber respetado las normas que se estiman infringidas, se habría absuelto al condenado, que en atención a la errada aplicación de la disposición legal del artículo 445 del Código Penal, su representado deberá soportar la aplicación de una condena.

*Tercero:* Que en el considerando décimo de la sentencia impugnada se da por acreditado el siguiente hecho: Que analizada la prueba rendida y valorada de acuerdo a las normas de la sana crítica, es posible tener por acreditado que el día 18 de julio de 2014, a las 15:00 hrs.,

aproximadamente, en circunstancias que personal de Carabineros realizaba un patrullaje en el sector de Reñaca, divisaron a los requeridos Manuel Lobos Otaiza y Nelly Godoy Estay, en las cercanías de un vehículo. El requerido Lobos Otaiza fue visto con un par de “guantes negros y portando un destornillador...”.

Luego, en el considerando duodécimo, el Tribunal hace la calificación jurídica de los hechos, sosteniendo que la conducta de Lobos Otaiza al portar en la pretina del pantalón un destornillador constituye la acción establecida en el artículo 445 del Código Penal, por cuanto estima la juez *a quo* que los destornilladores serían elementos conocidos para la comisión de un delito de robo.

*Cuarto:* Que previo a analizar lo determinado por la juez *a quo* para encuadrar la conducta del imputado en la disposición legal del artículo 445 del Código Penal es conveniente transcribir la referida norma: artículo 445 del Código Penal “El que fabricare, expendiere o tuviera en su poder llaves falsas, ganzúas u otros elementos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diera descargo suficiente sobre su fabricación, expendio, adquisición o conservación será castigado con presidio menor en su grado mínimo”. En concepto de la abogada defensora, estima que un destornillador común, que toda persona tiene en su casa para realizar arreglos domésticos, no puede ser considerado como un elemento destinado a realizar un delito de robo. En efecto, estima que constituye un error jurídico grave la determinación que en

este fallo le ha dado la juez *a quo*, en razón de ello, considera que se ha hecho una errada aplicación del derecho al dar tal interpretación a la disposición legal del artículo 445 del Código Penal.

Solicita en atención a lo expresado que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que determine la absolución del imputado.

*Quinto:* Que haciendo un estudio de la sentencia recurrida, en el considerando duodécimo se señala en cuanto al delito de porte de elementos conocidamente utilizados para efectuar el delito de robo, la juez *a quo* lo da por acreditado respecto de Lobos Otaiza, por cuanto los funcionarios policiales coinciden en haberlo visto en el estacionamiento del restaurante San Marino portando un destornillador, el cual después le fue encontrado en la pretina de su pantalón, sin aceptar la explicación que el destornillador pertenecía a un set de herramientas, no dando fundamento alguno respecto a que el elemento –destornillador– deba ser considerado un elemento conocidamente para cometer un delito de robo y que en el presente caso se portaba con ese fin.

*Sexto:* Que en relación al elemento destornillador en primer lugar se debe dejar establecido que en la disposición legal del artículo 445 del Código Penal, no se menciona entre los elementos que se dan como ejemplo de servir para cometer un ilícito de robo. Por otra parte, es un elemento totalmente de utilidad casera, que se ocupa para realizar labores domésticas.

Además, al acreditarse los hechos que permitirían dar por configurado el

delito de portar elementos de esa característica, se debe señalar que las declaraciones de los funcionarios policiales no son concordantes en el sentido que el imputado Lobos Otaiza tenía un destornillador en su mano y luego dicen que lo tenía en el pantalón, el otro funcionario sólo menciona los elementos que tenían en sus ropas. Se debe tener presente que el destornillador no tenía ninguna modificación que hiciera presumir que lo habían arreglado para cometer un delito, cuestión que se puede verificar de las fotografías acompañadas el juicio.

*Séptimo:* Que en estas condiciones, se desprende que la jueza *a quo* para determinar que el porte del destornillador configuraba el delito sancionado y previsto en el artículo 445 del Código Penal, no realizó un estudio sobre la calidad del destornillador y si el mismo reunía las características para poder ser usado en un posible delito de robo, como a la vez no se recopilaron antecedentes que permitirían ubicar esta herramienta como un elemento para ser usado en un delito.

*Octavo:* Que en todo caso, lo único acreditado es que el imputado tenía en su poder esta herramienta, pero de ello no puede colegirse que se pretendería cometer un delito con él y que dicho artefacto, que no es de los mencionados en el artículo 445 del Código Penal, como llaves falsas y gonzos, pueda ser considerado como uno de los instrumentos que tuvo el legislador en mente al dar por configurado este tipo penal, tendría que presumirse que dicho elemento se utilizaría para cometer un delito, razonamiento que vulnera principios

básicos de un sistema acusatorio, como el que rige.

*Noveno:* Que con lo razonado se procederá a acoger el recurso de nulidad deducido por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que afecta sólo la sentencia impugnada, más no al juicio, por cuanto sólo se aplicó una pena cuando no procedía aplicar pena alguna.

*Décimo:* Que atendido lo determinado en el considerando que antecede, se hace innecesario hacer un estudio sobre la otra causal de nulidad también invocada, establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal.

*Undécimo:* Que conforme lo señalado en el artículo 375 del Código Procesal Penal, se corrige la presente sentencia en el sentido que su fecha de dictación corresponde a la de dos de enero de dos mil quince y que el segundo apellido de Manuel Antonio Lobos es “Otaiza” y no “Otaya”, como se menciona en la parte considerativa de la referida sentencia.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 375, 376 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que SE ACOGE el recurso de nulidad deducido por la Defensora Sra. Fabiola Vilches Salinas, en representación del imputado Manuel Antonio Lobos Otaiza y, en consecuencia, se anula parcialmente la sentencia de dos de enero de dos mil quince, debiendo dictarse a continuación, sin nueva vista pero

separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra Sra. Gloria Torti Ivanovich, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por los Ministros de la Illtma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Srta. Eliana Quezada Muñoz, Sra. Gloria Torti Ivanovich y Sr. Pablo Droppelmann Cuneo.

Incluida la presente resolución en el estado diario del día de hoy.

Nº Reforma Procesal Penal-51-2015.

#### SENTENCIA DE REEMPLAZO

Valparaíso, veinte de febrero de dos mil quince.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTO:

Se reproduce la sentencia de dos de enero de “dos mil catorce”, rectificada de “dos mil quince”, pronunciada por el Juzgado de Garantía de Viña del Mar, con excepción del considerando duodécimo en la parte que se da por acreditado el delito señalado en el artículo 445 del Código Penal y como autor del mismo a Lobos Otaiza, que se suprime.

Se reproducen los considerandos tercero al octavo del fallo de nulidad que antecede.

CONSIDERANDO:

*Primero:* Que de los hechos relacionados en la sentencia impugnada, aparece

que el elemento que se ha encontrado en poder del imputado Lobos Otaiza y que se ha calificado como un instrumento destinado conocidamente para efectuar un delito de robo, es un destornillador.

*Segundo:* Que, por su parte, un destornillador puede ser definido como instrumento de hierro u otra materia, que sirve para destornillar y atornillar, esto es, manipular un tornillo haciéndolo girar sobre su eje, para introducirlo o sacarlo de un determinado bien al que puede adherirse. Por su diferente finalidad, este instrumento, no puede ser asimilado a aquél destinado naturalmente a abrir cerraduras, máxime si no se ha acreditado, como en la especie, que éste ha sido modificado al efecto.

*Tercero:* Que, en estas condiciones, estos sentenciadores estiman que la herramienta –destornillador– no puede ser asimilado a un elemento que conocidamente sea utilizado para realizar un delito de robo, sino por el contrario, es un elemento de uso común en labores domésticas, máxime que se ha acreditado que el referido destornillador no ha sido modificado para ocuparlo en abrir cerraduras y así cometer algún ilícito.

*Cuarto:* Que, por último, estamos frente a una figura penal independiente, en la que se describe como conducta ilícita la fabricación, expendio o tenencia de determinados instrumentos, que por características que les son propias, se utilizan para robar, por lo que, el lugar o la forma en que éstos se elaboren, negocien o porten resulta penalmente irrelevante. En efecto, la ilicitud del tipo penal se centra en la naturaleza del instrumento y no en relación a un delito

de robo en concreto, como es el caso del artículo 444 del Código Penal.

*Quinto:* Que, nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriera más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la sanción y que en él le hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley, lo que en el presente caso estos sentenciadores no han adquirido la convicción que la situación se encuadre en la disposición establecida en el artículo 445 del Código Penal, por lo que deberá absolverse al condenado de la acusación que se le ha formulado, de ser autor de dicho delito.

*Sexto:* Que de acuerdo a los razonamientos dados en la sentencia impugnada y que se han dado por reproducidos en este fallo, se mantendrán las decisiones razonadas en los numerandos III y IV de la parte resolutive.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que SE ABSUELVE a Manuel Antonio Lobos Otaiza, de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autor del delito de portar elementos conocidamente utilizados para efectuar delito de robo,

previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal.

Asimismo, se declara que se mantiene la decisión de absolución de Manuel Antonio Lobos Otaiza del requerimiento por el delito de robo en bienes nacionales de uso público, en grado de tentado, al igual que se absuelve a doña Nelly del Carmen Lobos Estay, del requerimiento por el delito de robo en bienes nacionales de uso público en grado de tentado, previsto y sancionado en el artículo 443 del Código Penal y del delito de portar elementos conocidamente utilizados para efectuar delito de robo, previsto y sancionado en el artículo 445 del Código Penal.

Que no se condena en costas a los requeridos.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la Ministra Sra. Gloria Torti Ivanovich, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por los Ministros de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Srta. Eliana Quezada Muñoz, Sra. Gloria Torti Ivanovich y Sr. Pablo Droppelmann Cuneo.

Incluida la presente resolución en el estado diario del día de hoy.

Nº Reforma Procesal Penal-51-2015.