



Defensoría

Sin defensa no hay Justicia

Minuta N° 3

**El delito de robo de Cajeros Automáticos del Art. 443 BIS
del Código Penal**

**Unidad de Estudios
Defensoría Regional Metropolitana Sur**

Abril 2014

EL DELITO DE ROBO DEL ARTICULO 443 BIS DEL CODIGO PENAL

I.-Introducción

El 14 de Julio de 2012 se publicó en el diario oficial la ley N° 20.601, bajo el título “Aumenta las penas del delito de robo de cajeros automáticos”, normativa proveniente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría del Interior, que contiene 3 artículos del siguiente tenor:

“**Artículo 1°.-** Agrégase el siguiente artículo 443 bis al Código Penal:

"Artículo 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. Artículo 2°.- El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante un decreto supremo, regulará las medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de los cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie, denominados en adelante e indistintamente "cajeros automáticos" o "cajeros". Estarán obligadas al cumplimiento de las referidas normas que dicte el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, las entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y las empresas de apoyo al giro bancario que reciban o mantengan dineros en sus operaciones, y sean propietarias o administradoras, a cualquier título, de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie. Las medidas de seguridad de los cajeros automáticos deberán incorporarse en los estudios de seguridad de las entidades obligadas de acuerdo al inciso anterior, propietarias o administradoras de los mismos.

La fiscalización de las medidas de seguridad aplicables a los cajeros automáticos corresponderá a Carabineros de Chile o a la autoridad respectiva, de acuerdo con lo

establecido en el inciso tercero del **artículo 1° del decreto ley N° 3.607, de 1981.** ¹ **Artículo 3°.-** El decreto supremo a que se refiere el artículo precedente deberá, a lo menos, regular materias relativas a la ubicación y entorno de los dispensadores de dinero, a los sistemas de anclaje, de alarma, de grabación de imágenes, de protección contra elementos cortantes o fundentes, de empotramiento y blindaje y al sistema disuasivo de seguridad de entintado de billetes.

El incumplimiento de las medidas de seguridad establecidas conforme a lo dispuesto en este artículo dará lugar a las sanciones previstas en el inciso octavo del artículo 3° del decreto ley N° 3.607, de 1981."

Esta ley tuvo su iniciativa en el Ministerio del interior, dentro del contexto de una agenda de trabajo conjunta con los bancos y la Subsecretaría de Prevención del Delito, y es la respuesta del Gobierno al hecho de que, a mayo del año 2011, habrían ocurrido más de 300 intentos de robo de cajeros automáticos en Chile, situación que estaría causando alarma pública y provocando en la ciudadanía la opinión, al parecer, de que los delincuentes no tienen miedo de robar cajeros y que lo hacen a cualquier hora, por lo que le pareció correcto al gobierno proponer este delito, con pena aumentada respecto del tipo penal de robo en bienes nacionales de uso público del artículo 443 del Código Penal.

Como puede advertirse, la ley 20.601 incorpora una nueva modalidad de robo de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, que se suma a una serie de modificaciones legales realizadas últimamente en el ámbito penal, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, inspiradas en satisfacer las exigencias de seguridad y resguardo que la ciudadanía requiere del gobierno de turno, como es el caso de la presente ley.

Una vez más, la tendencia en la formulación y definición de la política criminal se orienta a crear leyes reactivas a situaciones específicas, utilizando entonces la vía penal para la resolución de un determinado conflicto social, constituyendo per se el camino más transitado para satisfacer los requerimientos o inquietudes de la ciudadanía.

La idea de esta minuta es, primeramente, indagar en la ratio legis y luego comentar sucintamente el tipo penal, para luego formular algunas ideas y o argumentos que la defensa pueda razonablemente sustentar en un audiencia, frente a la imputación de comisión del delito contenido en el nuevo artículo 443 bis del Código Penal, en apoyo a la gestión del defensor.

¹ DL 3607 del año 1981 fija normas relativas al funcionamiento de vigilantes privados.

II.- La historia fidedigna de la ley.²

El mensaje del proyecto de la ley 20.601.

Según el mensaje N° 014-359 del proyecto de ley de 11 de abril de 2011, “la existencia de cajeros automáticos responde a una necesidad fundamental como es el acceso de los particulares a los recursos financieros de manera expedita y segura; en consecuencia, los delitos contra estos dispensadores implican la interrupción de un servicio relevante para la población. Adicionalmente, los dispensadores de dinero permiten el acceso a servicios financieros en sectores que, por su ubicación geográfica, la condición socio económica de sus habitantes, o su escasa población, no son atractivos para la instalación de sucursales bancarias. De esta manera, los cajeros automáticos se constituyen como una herramienta eficaz en pos del acceso igualitario a los servicios financieros, permitiendo además que las personas transiten sin portar grandes cantidades de dinero, disminuyendo la posibilidad en los particulares de ser víctimas de robo.”

Mas adelante, el proyecto agrega: “En atención a la baja pena asociada al robo en lugar no habitado, el análisis costo beneficio del delincuente al momento de plantearse la opción de cometer el delito resulta altamente favorable, pues puede obtener grandes cantidades de dinero arriesgando ser condenado, eventualmente, a una pena muy baja”

En vista y considerando los antecedentes ya enunciados, el Gobierno ha decidido establecer un plan de acción general en contra del robo de cajeros automáticos. Este plan involucra, tanto la adopción masiva de medidas de seguridad para los cajeros automáticos ya instalados, como un perfeccionamiento de la normativa que incluya medidas de seguridad estandarizadas de acuerdo al nivel de riesgo de cada cajero por instalar. Asimismo, se desarrollarán campañas comunicacionales disuasivas en relación con la implementación de nuevas tecnologías de seguridad y un aumento de la pena.

Entendiendo que el robo que se realiza a los cajeros automáticos, corresponden a un tipo penal de robo con fuerza, y no al hurto o robo en lugar no habitado como se tipifica actualmente, el mensaje señala: “En este sentido, el referente que mejor refleja el injusto cometido por quienes roban cajeros automáticos es la pena existente para el robo con fuerza en las cosas cometido en cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación cuando con ocasión del delito se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario (...) se propone que la agravación se establezca en función

² BCN, historia de la ley 20.601 páginas 1 a 199.

del objeto material (cajeros automáticos y dinero contenido en ellos), y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento. Lo anterior porque: (i) normalmente el robo con fuerza de estos cajeros conlleva que ellos dejen de funcionar; (ii) se pueden presentar problemas a la hora de determinar las causas del no funcionamiento del cajero, como por ejemplo, el robo de uno que ha dejado de operar antes por un desperfecto mecánico; (iii) puede resultar complejo asimilar la función social asociada a los suministros públicos y domiciliarios con la utilidad que presta un cajero.”

Como es fácil de advertir **la ratio legis de la ley tiene una manifiesta connotación “economicista”**, un sentido utilitario mercantilista al reconocer que el sujeto activo obtiene con la comisión del delito, entendido como un robo en lugar no habitado, **un gran beneficio monetario y a cambio recibe una baja retribución penal**, lo que motiva al legislador a agravar la pena en función del objeto material, que no es otra cosa que el “dinero contenido dentro de los cajeros automáticos”. En otras palabras, lejos de fundar la mayor sanción del ilícito en cuestiones vinculadas al fin de la pena, el nuevo delito centra su protección en el dinero de los cajeros automáticos, con exclusión de la interrupción de su funcionamiento, lo que explicaría por qué en la configuración del tipo penal la ley requiere de la implementación de medidas mínimas de seguridad, de lo cual comentaremos mas adelante.

La tramitación y la discusión parlamentaria.

El proyecto comenzó a discutirse en la cámara en julio de 2011 de lo cual resulta relevante destacar algunas consideraciones útiles a la tipificación del delito.

Un aspecto que se planteó en la discusión³ fue que una política seria significa establecer penas proporcionales a los bienes jurídicos dañados o puestos en peligro y no aumentarlas para dar protección a máquinas que son propiedad de la banca privada, y que no ponen en peligro la vida o integridad física de las personas y lo que procedía era que esas empresas invirtieran en dispositivos de seguridad, dado que el cajero automático es un espacio arrendado que se asimila a la sucursal de un banco y por ende debe cumplir con las medidas mínimas de seguridad para evitar el robo.

También se indicó que la banca percibe altas utilidades, y que, por tanto, es la principal responsable de aplicar medidas de seguridad y de anclaje de los dispensadores de dinero para que

³ Historia de la ley 20601, página 15.

no ocurran este tipo de delitos es la banca,⁴ en tanto que respecto de la pena propuesta al delito, por un lado hay una reforma carcelaria que trata de usar racionalmente la cárcel y por otro, se tramita este proyecto que, en la práctica, busca meter más gente en la cárcel.⁵

Por estas razones se manifestó en un sentido el interés de aprobar el proyecto pero verificando bien la tipificación del delito,⁶ y en otro proponían que no era necesario en base a que ya existe un tipo penal pertinente este es la figura del robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado.⁷

De acuerdo a esto, se explicitó durante la tramitación que con el proyecto de ley se pretendía desplazar la aplicación de las reglas generales en materia de delitos de apropiación, de manera que no resulte pertinente el tipo de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, ni tampoco la hipótesis básica del robo con fuerza de cosas en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, de los artículos 442 y 443, inciso primero del Código Penal,⁸ con la consecuencia práctica más relevantes de la pena propuesta, de excluir del goce de la remisión condicional de la pena y de la reclusión nocturna, dejando sólo la posibilidad de obtener la libertad vigilada de la Ley 18.216.

Se argumentó también durante la discusión parlamentaria que la pena se construye sobre dos elementos: por una parte está el espacio físico donde se lleva a cabo la conducta de apropiación, y por la otra el despliegue de una específica y típica fuerza destinada a vencer los resguardos dispuestos sobre la cosa objeto de la apropiación, y al generar este nuevo tipo penal generaría una inconsistencia en el cómo se ha llevado adelante la política criminal respecto a los delitos contra la propiedad.

Se sugirió estudiar una fórmula que permita abordar los dos temas que han guiado el debate, esto es, estudiar una penalidad específica para esta clase de delitos y tipificar el delito de manera independiente, sin asimilarlo a la interrupción del suministro de un servicio público,⁹ y por otro lado, la dictación de normas mínimas de seguridad que debiera tomar la banca para evitar ser víctima de estos delitos, acordándose finalmente aprobar un nuevo texto del proyecto. :

⁴ Historia de la ley 20601, página 32.

⁵ Historia de la ley 20601, página 57.

⁶ Historia de la ley 20601, página 110.

⁷ Historia de la ley 20601, página 119.

⁸ Historia de la ley 20601, página 127.

⁹ Historia de la ley 20601, página 132.

III.- Comentarios al tipo penal.

Hasta antes de la dictación de la ley 20.601, el robo de cajeros automáticos era sancionado como robo en lugar no habitado del artículo 442 del Código Penal, con pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

En el Código Penal Español encontramos el artículo 238 que se asemeja al robo de cajeros automáticos. Dicha norma habla del robo con fuerza en las cosas, cuyo número 3 señala como modalidad de ejecución lo siguiente: “Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo”.

En esta modalidad la fuerza no incide sobre protecciones, sino directamente sobre el mueble u objeto que contiene la cosa.¹⁰ Se observa aquí que la fractura se equipara al “desmontado”, en el sentido de sacar de lugar al objeto, caja o mueble que contiene la cosa. La acción comprende la posibilidad de que el rompimiento se verifique fuera del lugar del robo, lo que lo emparenta con el robo de cajeros de acuerdo a la forma como son extraídos usualmente, esto es, mediante tracción y retiro del lugar en que se encuentra instalado.

En cuanto a la estructura objetiva y subjetiva del delito de robo de cajeros automáticos del artículo 443 bis del Código Penal, atendido su texto no encontramos mayores novedades de tipificación, por lo que valen para ello las alegaciones que respecto del robo con fuerza en general se pueden plantear.

No obstante, como ya se dijo, el nuevo tipo penal abandona el criterio rector de la distinción espacial del lugar como modelo de asignación de la pena: del tenor del tipo penal se desprende que sea donde se encuentre el cajero automático, esto es, un supermercado, un banco, una farmacia, etc, se impondrá la sanción asignada.

IV.- Argumentaciones sobre el tipo penal.

A.- Sobre la construcción o estructura objetiva del delito.

De acuerdo a la configuración del delito de robo de cajeros automáticos ya comentado, es posible sustentar razonablemente al menos 2 alegaciones:

La frase del artículo 443 bis del Código Penal: “si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o **sus dispositivos de protección o sujeción** mediante el uso de

¹⁰ QUNTEROS OLIVARES, GONZALO: *Comentarios al nuevo Código Penal*; Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2005, 4º edición, p. 1229.

instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción”, en relación al artículo 2° de la ley 20.601 que señala: “El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante un Decreto Supremo, regulará las medidas **mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de los cajeros automáticos**, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie, denominados en adelante e indistintamente “cajeros automáticos” o “cajeros”, lleva a plantear un problema en la tipicidad o configuración del delito, en el sentido de que mientras no se dicte el citado reglamento o decreto supremo y por tanto, pendiente la regulación de las medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos, **no se puede saber o determinar que es o en que consiste el elemento objetivo del tipo penal de “fracturar”, “destruir” o “dañar” los dispositivos de protección o sujeción de un dispensador de dinero.**

Avala lo anterior el artículo 3° de la ley 20.601 que prescribe que dicho reglamento regulará, entre otras materias, lo relativo al sistema de anclaje, empotramiento y blindaje de los cajeros automáticos, por lo que no se sabe cuales son esos mecanismos de protección y si son parte o no del concepto “seguridad” a que estarán sujetos tales dispensadores.

En consecuencia, la determinación de lo que es fracturar un dispositivo de protección del cajero dependerá de lo que establezca dicho decreto supremo aún no dictado, encontrándose el interprete en la situación de no contar con lo necesario para el encuadre de la conducta.

Luego, **faltando este elemento del injusto penal se puede optar, según sea la sede judicial correspondiente, por las siguientes alegaciones:**

1.- Solicitud de sobreseimiento definitivo.

Se basa en las letras f) y a) de los artículos 93 y 250 del Código Procesal Penal, esto es, cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito.

Esta argumentación, en caso de ser desestimada por el juez de garantía, queda cubierta con el correspondiente recurso de apelación del artículo 253 del Código Procesal penal.

2.- Solicitud de sentencia absolutoria.

Esta petición de absolución a plantear en juicio oral se funda en los artículos 1, 296 y 340 del mismo código procedimental, por falta de convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación o requerimiento.

Su rechazo puede ser elevado al superior jerárquico mediante el correspondiente recurso de nulidad, cuya causal o motivo estando vinculada a una cuestión netamente jurídica de

construcción del delito, se relacionaría entonces con la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

B.- Sobre el principio de legalidad en el delito.

Este aspecto del injusto penal sirve de apoyo a las alegaciones antedichas y permite construir **otra argumentación posible o alternativa a las anteriores.**

Según lo antes razonado, la remisión del tipo penal a un decreto supremo para la configuración de su estructura objetiva relacionada con la fractura, destrucción o daño de mecanismo de protección o seguridad de los cajeros, permite cuestionar el cumplimiento del principio de legalidad en la configuración de este tipo penal. Si bien este cuestionamiento se vincula con la constitucionalidad del delito, no es ello impedimento para utilizarlo como parte de una teoría del caso de la defensa.

La idea central de esta alegación consiste en sostener que un reglamento o decreto supremo no puede cumplir la función de configurar los elementos objetivos del tipo penal, es decir, es la propia ley la que debe cumplir esa labor no un reglamento. En efecto, podemos señalar que esta falta de precisión o determinación del mencionado elemento de la estructura del ilícito, es lo que se denomina doctrinalmente “*tipos penales abiertos*”,¹¹ que son aquellos que contienen elementos que deben ser definidos según el criterio del juez, quién como intérprete se enfrenta ante un tipo penal incompleto que deberá llenar o complementar

La interpretación y valoración que realiza el juez se relaciona con el mandato constitucional de determinación o certeza de la ley penal,¹² es decir, con el Principio de Legalidad o Reserva y el Principio de *Lex certa* contenidos en los incisos 7 y 8 del artículo 19°, número 3 de la Constitución Política de la República, a cuyos preceptos debe ajustarse la descripción legal de toda conducta penal para facilitar su subsunción a un tipo criminal determinado.

El Principio de legalidad que constituye un límite al “*ius puniendi*” del Estado busca dar seguridad jurídica absoluta a los ciudadanos sujetos a la ley penal, esto implica que la conducta típica sea promulgada con anterioridad a la realización del hecho, que la ley sancionadora debe

¹¹ LARA GALLEGOS, DANIELA; *El objeto material en el delito de microtráfico establecido en la ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La voz “pequeñas cantidades”*. Memoria de grado, Universidad de Talca, Talca, 2008, p. 16. En el mismo sentido, CARMONA SALGADO, C; GONZALEZ RUZ, J; MORILLAS CUEVA, L; POLAINO NAVARRETE, M; PORTILLA CONTRERAS, G; SEGRELLES DE ARENAZA, I; *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II*; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 159.

¹² Sobre esto, véase LARA GALLEGOS, DANIELA; *El objeto...*, p. 12-14.

estar escrita, ya que sólo por ley puede crearse un delito y debe además ser cierta. El presupuesto básico es que se sepa de antemano por quién está sujeto al mandato de la norma y cuál es en forma precisa la conducta prohibida. Estos conceptos indeterminados¹³ son compatibles con el principio de reserva si se subordinan a ciertos límites que permitan al ciudadano prever con seguridad las características de la conducta constitutiva de la infracción.

Enfrentada esta dificultad de adecuación de un supuesto factico a otro de naturaleza normativa, sustentado legalmente en la falta de formulación del delito comentado, en cuanto a la conducta relacionada con fracturar, destruir o dañar el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción, **ello permite reconducir el comportamiento al tipo penal de daños de los artículos 484 y siguientes del Código Penal, por aplicación de su carácter subsidiario enunciado en el artículo 488 de dicho código**, en tanto el hecho no podrá considerarse como un robo de cajero automático que merece mayor pena que la asignada a las diversas hipótesis de daños.

¹³ NAVARRO DOLMESTCH, ROBERTO; “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley N° 20.000”; en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’ Higgins Ars Boni et Aequi*, N° 3, Santiago, 2007, p. 114, que señala que los fundamentos entregados por la Corte Suprema son coincidentes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha relativizado las exigencias que se derivan del derecho a la legalidad penal, ya que en la doctrina de este tribunal, la garantía de la legalidad penal no le exige al legislador la definición exhaustiva de la conducta típica de la naturaleza y cuantía de la pena aplicable, sino que sólo establezca el “núcleo esencial” de la conducta, es decir, unos márgenes dentro de los cuales un acto administrativo posterior pueda completar el contenido de la incriminación y de sus consecuencias. Agrega que la jurisprudencia interna en Chile parece haber recogido la perspectiva garantista del principio de legalidad o, al menos, lo han entendido en un sentido relativo. A propósito de lo anterior, el autor cita sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 30/05/1999 caso *Castillo Petruzzi y otros* la que declaró: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.”

Fuentes bibliográficas.

1.- CARMONA SALGADO, C; GONZALEZ RUZ, J; MORILLAS CUEVA, L; POLAINO NAVARRETE, M; PORTILLA CONTRERAS, G; SEGRELLES DE ARENAZA, I; “Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II”; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

2.- LARA GALLEGOS DANIELA; “El objeto material en el delito de microtráfico establecido en la ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La voz “pequeñas cantidades”. Memoria de grado, Universidad de Talca, Talca, 2008.

3.- NAVARRO DOLMESTCH, ROBERTO; “El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley N° 20.000”; en Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’higgins Ars Boni et Aegui, N° 3, Santiago, 2007.

4.- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO: “Comentarios al nuevo Código Penal”; Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2005.