

COMENTARIO AL NUEVO ARTÍCULO 443 BIS DEL CÓDIGO PENAL, QUE SANCIONA EL ROBO CON FUERZA DE CAJEROS AUTOMÁTICOS

Review the new article 443 bis of the criminal code, wich punishes burglary ATMS

*César Ramos Pérez**

Resumen: El artículo ofrece una interpretación del artículo 443 bis del Código Penal, incorporado por la Ley N° 20.601, que estableció un marco penal autónomo para el delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos. La modificación legal establece un especial tratamiento punitivo al atentado a ciertos objetos cuyas características específicas los hacen funcionales a la satisfacción de intereses individuales vinculados al acceso expedito y seguro a servicios y recursos financieros. Desde esa perspectiva, el artículo pretende determinar la estructura delictiva de la figura y precisar el sentido de los términos alusivos al objeto material del delito y las específicas modalidades de fuerza en las cosas descritas en la disposición.

Palabras clave: delitos contra la propiedad – robo con fuerza en las cosas – cajeros automáticos.

Summary: The paper provides an interpretation of article 443 bis of the Chilean Penal Code, incorporated under Law 20.601, which established a separate sentencing framework for burglary of automated teller machines, dispensers or containers of money, or the money and securities held within. The legal amendment provides a special punitive treatment for the attack of certain objects whose particular functional characteristics serve to satisfy individual interests related to the unobstructed access to financial services. According to this perspective, the paper aims to determine the structure of this crime, as well as to specify the meaning of legal terms regarding the material object of the offense and specific modalities of force described in article 443 bis.

Key words: crimes against property – burglary – automatic teller machines.

* Profesor invitado de Derecho Penal Universidad Adolfo Ibáñez, y de Clínica Penal Universidad Alberto Hurtado. Abogado del Departamento de Estudios y Proyectos, Defensoría Penal Pública. Correo electrónico : cesar.ramos@live.cl

Los argumentos principales de este artículo fueron expuestos en un texto elaborado para la Defensoría Penal Pública, en enero de 2013, posteriormente desarrollado para esta versión definitiva y actualizado en razón de la publicación del Decreto Supremo N° 222, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado el 30 de octubre de 2013, que regula medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie.

Este artículo fue recibido el 2 de septiembre de 2013, siendo aprobada su publicación con fecha 3 de octubre de 2013.

1. Introducción

Con fecha 14 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.601, que introdujo un nuevo artículo 443 bis al Código Penal, en los siguientes términos:

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.

El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.601 ingresó mediante Mensaje del Ejecutivo N° 014-359, de 11 de abril de 2011. La propuesta original y el texto definitivo difieren no solo en su texto, sino también en su ubicación: la primera pretendía un aumento del marco penal a través de la incorporación de un nuevo inciso final en el artículo 443 –que sanciona el robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación– castigando el robo con fuerza de cajeros automáticos con la misma pena que la establecida para la figura calificada por la interrupción o interferencia de un servicio público o domiciliario, según disponía el antiguo inciso segundo del referido art. 443, actual inciso tercero según redacción otorgada por la Ley N° 20.639.¹

Las diferencias entre la propuesta original y el texto definitivo son manifiestas: la primera no solo exhibe una determinación de la conducta sancionada menos precisa que el segundo, sino que además plantea serios problemas interpretativos respecto de su correspondencia con los criterios regulativos del robo con fuerza en las cosas en el Párrafo 3° del Título IX del Libro II del Código Penal.

El objetivo de este artículo es identificar dos criterios sistemáticos contrapuestos en la evolución del texto finalmente aprobado, y afirmar que la nueva regulación configura una hipótesis autónoma a la tripartición tradicional del robo con fuerza en las cosas según el lugar o espacio de comisión, cuyo mayor

¹ La Ley N° 20.639, de 11 de diciembre de 2012, introdujo un nuevo inciso segundo al artículo 443, con el fin de establecer un marco penal más severo para el robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación, cuando su objeto material es un vehículo motorizado. Esta modificación dejó como inciso tercero el antiguo inciso segundo que regula la figura calificada por la interrupción o interferencia de suministro de servicio público o domiciliario.

desvalor de injusto se asocia a la protección de un bien jurídico adicional a la afectación de la propiedad.

2. El robo con fuerza en las cosas en la regulación anterior a la modificación de la Ley N° 20.601

Según el art. 432, comete robo quien se apropia de cosa mueble ajena sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, usando fuerza en las cosas. La opinión dominante entiende que la expresión “fuerza en las cosas”, en este contexto regulativo, no constituye un concepto genérico descriptivo referente al medio comisivo. Por esta razón, para que concurra dicha “fuerza en las cosas”, es necesario que se realice uno de los medios comisivos establecidos expresamente por el legislador en los arts. 440, 442 y 443. En este sentido, Labatut, señala que “no toda fuerza en las cosas es estimada por la ley, sino únicamente la que se concreta en algunos recursos previstos por ella”.²

Si la gravedad del injusto del robo con fuerza en las cosas, en comparación al injusto del hurto, depende en alguna medida del medio comisivo “fuerza en las cosas”, es necesario determinar en qué consiste ese adicional factor agravatorio. Al respecto, Bascuñán afirma que “fuerza en las cosas no significa energía desplegada sobre la cosa que es objeto de la apropiación, sino vencimiento de un mecanismo de resguardo de su custodia. En el vencimiento del mecanismo de resguardo se expresa una intensificación del ataque a la propiedad”.³ Y solo desde esa perspectiva, que desvincula la fuerza en las cosas del despliegue de energía física sobre un objeto, es comprensible la regulación de actos de destreza o habilidad y astucia o engaño como hipótesis de fuerza en las cosas.⁴

Esta identificación entre fuerza en las cosas y vencimiento de mecanismos de resguardo de la custodia de la cosa, permite resolver la pregunta por el fundamento de la agravación del marco penal de esta modalidad de robo, en comparación con el injusto del hurto. Según Bascuñán, dicho fundamento corresponde a una “intensificación del injusto de la apropiación, concretado en el modo específico de ruptura de la custodia ejercida sobre la cosa. Lo que caracteriza a las cosas objeto de apropiación en estos supuestos es que respecto de ellas hay expresión de una voluntad intensificada de custodia, que se concreta en el uso de mecanismos de resguardo”.⁵ En consecuencia, objeto de protección del

² LABATUT (2006), p. 206. Vid. tb. ETCHEBERRY (1998), pp. 316-317; GARRIDO (2008), p. 231; OLIVER (2013), p. 201.

³ BASCUÑÁN (2004), p. 302. Vid. tb. ETCHEBERRY (1998), p. 316; LABATUT (2006), p. 206; GARRIDO (2008), p. 231; OLIVER (2013), pp. 202, 206-207. En el mismo sentido, en España, BAJO; PÉREZ y SUÁREZ (1993), p. 154, han señalado que la fuerza en las cosas es un concepto normativo, distinto del vulgar, “en que el autor se ve abocado a desplegar una mayor energía criminal para vencer los obstáculos o defensas que el propietario de la cosa haya colocado para custodiarla”.

⁴ LABATUT (2006), p. 206; OLIVER (2013), p. 206.

⁵ BASCUÑÁN (2004), p. 302.

robo con fuerza en las cosas es la propiedad, y su penalidad agravada se fundamenta en una intensificación del injusto del hurto, que se vincula a la modalidad específica en que se ejerce la acción de sustracción, pues en este caso la ruptura de custodia se logra mediante el vencimiento de un mecanismo de resguardo de ella, que impide el acceso a la cosa custodiada o su remoción.⁶

La distinción fundamental en el modelo regulativo anterior a la Ley N° 20.601, se vincula al espacio físico en que se comete el robo: “lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias”; “lugar no habitado”; y “sitio no destinado a la habitación” o “bien nacional de uso público”. Su importancia no solo radica en distinguir las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, sino que es esencial para la determinación del marco penal abstracto, la aplicación de la regla del art. 450 inc. 1°, y la pena más severa establecida en los actuales incisos segundo y tercero del art. 443.

a) Marco penal aplicable, en la regulación anterior a la Ley N° 20.601, al robo con fuerza en las cosas: Dependiendo del espacio en que se comete el robo con fuerza en las cosas, la pena aplicable a las figuras básicas corresponde a presidio menor en sus grados medio a máximo (lugar no habitado; sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público) o presidio mayor en su grado mínimo (lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias).

b) Conductas constitutivas de fuerza en las cosas según el espacio en que se realiza la apropiación: A diferencia del art. 440, que solo regula como fuerza en las cosas la vulneración de mecanismos de resguardo que impiden la entrada al lugar del robo, las circunstancias 2ª y 3ª del art. 442 regulan también hipótesis de ruptura de mecanismos de resguardo internos.⁷

El art. 443 se refiere a bienes nacionales de uso público y sitios no destinados a la habitación, que a diferencia del “lugar”, tienen en común ser extensiones de terreno, delimitadas o no físicamente, carentes de resguardos expresivos de una voluntad intensificada de custodia, que impidan la entrada no autorizada.⁸ Ello explica que el art. 443 no comprenda conductas cuyo fin sea el ingreso no autorizado al bien nacional de uso público o al sitio no destinado a la habitación.

c) La aplicación de la regla del artículo 450 inciso 1°: Solo en el caso del robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación, o sus dependencias,

⁶ *Ibid.*, pp. 304-305.

⁷ GARRIDO (2008), pp. 237, 241; LABATUT (2006), p. 206. La regulación de los mecanismos de resguardo interno expresa un casuismo importante: solo comprende la fractura interna de puertas y no de ventanas, no se considera el rompimiento o forado de paredes o techos interiores, y respecto de las llaves, solo se regula su uso para abrir muebles y no puertas o ventanas interiores.

⁸ BASCUÑÁN (2004), pp. 305-306. Vid. tb. GARRIDO (2008), p. 243, quien señala que “lugares son, en consecuencia, aquellos recintos cerrados, con ciertas protecciones que impiden el libre acceso, en tanto que sitios son espacios abiertos, sin protecciones especiales”; POLITOFF; MATUS Y RAMÍREZ (2005), p. 353; OLIVER (2013), p. 215.

regulado en el artículo 440, el hecho se castiga como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa.

d) Las figuras calificadas de los incisos 2° y 3° del artículo 443: En este caso, la agravación del marco penal a presidio menor en su grado máximo, por la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, producidas con ocasión del robo, o por la apropiación de un vehículo motorizado, solo se aplica respecto de conductas subsumibles en el delito de robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público, regulado en el inciso primero del artículo 443.

3. El nuevo artículo 443 bis, introducido por la Ley N° 20.601

El proyecto original del Ejecutivo pretendió agravar el marco penal abstracto del delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores automáticos de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, mediante la introducción de un nuevo inciso final en el art. 443. La técnica legislativa empleada en la agravación fue la remisión al inciso anterior del mismo artículo, en la redacción anterior a la Ley N° 20.639, que castigaba con presidio menor en su grado máximo el robo en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, cuando se produce interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario:

Art. 443. Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción.

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará también al robo con fuerza de cajeros automáticos o dispensadores automáticos de dinero o del dinero y valores contenidos en ellos.

El carácter deficitario de la propuesta, en cuanto técnica legislativa, fue advertido en la sesión de las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización y de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, unidas, por Juan Pablo Cox, profesor de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez, quien señaló que la homologación con la interrupción de suministro pierde fundamento si la regulación propuesta expresa que el objeto de protección coincide con el objeto material, no conteniendo el proyecto una idea clara de lo que se pretende proteger. Desde el punto de vista del sistema de los delitos contra la propiedad,

Cox señaló que la propuesta desplazaba la aplicación de las reglas generales, y que su justificación en la protección del objeto material “supondría desconocer las bases sobre las cuales se asienta la regulación legal del robo con fuerza”. La agravación propuesta, en función del objeto material, indica Cox, es contraria al modelo regulatorio, que combina dos elementos para configurar la regulación: espacio y despliegue de “fuerza”. En este sentido, la entidad del objeto material carece de relevancia. Pero la propuesta del Ejecutivo, continúa Cox, agrava según el objeto material, abandona la distinción espacial y diluye el modelo de fuerza típica, no haciendo alusión a qué constituye fuerza.⁹

Durante el plazo de indicaciones ampliado, solicitado por dichas comisiones unidas, el Ejecutivo ingresó una nueva propuesta, la que, desde su punto de vista, “se hace cargo de las observaciones y reparos formulados al iniciarse el debate en particular [...]”.¹⁰ La propuesta incorporó un nuevo artículo 443 bis en el Código Penal, que corresponde al texto finalmente aprobado por el Congreso.

El nuevo texto presenta las siguientes características:

- a) *Marco penal autónomo:* A diferencia de la propuesta original, el texto aprobado, sin variar la cuantía de la pena abstracta asignada al hecho –presidio menor en su grado máximo–, no la determina remitiéndose a otra figura, sino que la establece directamente en la misma disposición.
- b) *Determinación de las conductas constitutivas de fuerza en las cosas:* El nuevo artículo 443 bis identifica las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, a diferencia del texto original que nada señalaba al respecto, sin perjuicio de remitirse, en concreto, a dos numerales del artículo 440.
- c) *Inaplicabilidad de la regla del art. 450 inciso 1º, y de las hipótesis calificadas de los incisos segundo y tercero del artículo 443.* La calificación del robo de vehículo motorizado es evidentemente incompatible con un tipo penal cuyo tratamiento más severo responde al específico objeto material que regula: el cajero automático. Las otras reglas son incompatibles con la aplicación del art. 443 bis, pues se trata de normas que suponen la aplicación del artículo 440 o el inciso primero del artículo 443, según corresponda. Sin perjuicio de ello, en relación con la regla del art. 450, en el extraño caso que un hecho sea subsumible tanto en el art. 440 como en el art. 443 bis, esto es, un robo de cajero automático en lugar habitado, destinado a la habitación, o en sus dependencias, al no ser aplicables los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción, la solución de ese concurso aparente se rige por la regla del art. 453, que prescribe la aplicación de la disposición que

⁹ Vid. Historia de la Ley N° 20.601, pp. 127 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 138.

asigne la pena más grave, en este caso, el art. 440, procediendo a su respecto, la regla del art. 450.¹¹

d) *Desvinculación del modelo espacial*: El texto original no vinculaba expresamente la punibilidad a un espacio determinado, a diferencia del sistema general del robo con fuerza. Pero su ubicación y accesoria regulatoria permitía sostener que se trataba de una figura calificada del robo con fuerza en las cosas en sitio no destinado a la habitación o bien nacional de uso público. La ineptitud de esa regulación era manifiesta: si se trataba de una conminación más intensa del marco penal correspondiente a la apropiación de cajeros automáticos, mediante una agravación del umbral mínimo, lo que correspondía era establecer la agravación en el contexto del artículo 442, esto es, en la regulación del robo en lugar no habitado. Sin perjuicio de ello, la razón por la que el proyecto original establecía el aumento de pena en el contexto del artículo 443 remitiéndose a su inciso segundo (interrupción de suministros), según la redacción anterior a la Ley N° 20.639, es una idea fundamental para la correcta identificación del plus de injusto que justifica la nueva figura.

El nuevo artículo 443 bis no se vincula a espacio alguno, por lo tanto, sustituye la lógica intrasistémica de la regulación del robo con fuerza, basada en la combinación de espacio y “fuerza”, por un modelo que combina definición de hipótesis de fuerza, junto a una referencia al objeto material. El espacio, para el artículo 443 bis, es irrelevante.¹² De este modo, el texto definitivo resuelve las críticas de inconsistencia interna llevándolas al extremo: rompe con el modelo regulatorio general y origina una nueva disposición sistemáticamente desvinculada.

En consecuencia, el artículo 443 bis configura una nueva hipótesis de robo con fuerza en las cosas desvinculada del criterio regulatorio del Código Penal relacionado con el espacio de comisión. Pero dicha modificación no resuelve la interrogante sobre el fundamento de la agravación. En este sentido, la indicación del Ejecutivo resolvió las críticas a la técnica legislativa del modelo, pero de ello no se deriva una toma de postura frente al problema del objeto de protección del nuevo tipo penal.

3.1. Bien jurídico protegido y estructura del tipo

Originalmente el Ejecutivo equiparó el robo con fuerza de cajeros automáticos con la interrupción o interferencia de suministro de algún servicio público provocada por un robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público o

¹¹ En relación con esto, HERNÁNDEZ (2008), p. 12, nota 35, ha señalado que “no puede pensarse que el habitáculo constituya la dependencia de un lugar habitado o destinado a la habitación, aunque esté integrado, por ejemplo, en un edificio de departamentos, porque por su propia naturaleza, no está al servicio –no es una dependencia– de las viviendas, lo que se expresa además en la circunstancia de encontrarse necesariamente en espacios de relativo libre acceso al público”.

¹² En el mismo sentido, vid. OLIVER (2013), pp. 254-255.

sitio no destinado a la habitación, equiparando la pena asignada a la hipótesis del artículo 443 inciso 2º (según la redacción anterior a la Ley N° 20.639), al inciso 3º propuesto. Sin embargo, tal como indicó Cox, “ese sería aparentemente el fundamento del proyecto, pero luego, el mismo mensaje declara que el objeto del proyecto es la protección del objeto material del delito, esto es, el cajero, por lo que [...] el proyecto pierde fundamento y no contiene una idea clara respecto de lo que efectivamente se quiere proteger desde la consideración político-criminal del mismo”.¹³

El problema planteado exige determinar el objeto de protección de la nueva figura del artículo 443 bis, para luego interpretar el tipo penal de un modo coherente con la definición de lo que el legislador pretende proteger.

Una alternativa es asumir que frente a la falta de claridad respecto del interés protegido por la nueva figura, el legislador renunció a consideraciones adicionales al objeto material del delito. Es decir, afirmar que el plus de injusto que justifica la figura agravada corresponde al objeto de la acción, esto es, el cajero automático o el dinero contenido en él. Y que frente a las críticas expuestas durante la tramitación parlamentaria, el legislador prefirió eliminar toda referencia a la homologación con la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, renunciando a la dimensión pluriofensiva que esa equiparación expresa.

La segunda alternativa es entender que la indicación del Ejecutivo solo modificó el proyecto original a efectos de resolver la crítica de inconsistencia, creando un tipo autónomo desvinculado de los criterios sistemáticos de la regulación del robo con fuerza en las cosas, sin alterar los fundamentos del proyecto original.

El Mensaje que acompaña el proyecto de ley, en su apartado “Fundamentos del proyecto”, expresa las razones que pretenden justificar la agravación sugerida:

“La actividad que gira en torno a los cajeros automáticos tiene ciertas particularidades que la convierten en una actividad de especial importancia no sólo para la actividad bancaria sino que para la población en general. En este sentido, el funcionamiento pacífico y ajeno de externalidades que puedan incidir en la distribución de dinero a través de los cajeros automáticos instalados en todo el país, implica un beneficio social que asegura a los usuarios la satisfacción de sus necesidades mediante un sistema de pago aceptado por todo el comercio como lo es el dinero. En este contexto, 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.”

¹³ Historia de la Ley N° 20.601, p. 127.

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.

La función que cumplen los cajeros automáticos cobra relevancia al constatarse las limitaciones a las que se encuentra sujeta la actividad bancaria, toda vez que éstos permiten operar en horarios distintos a los de funcionamiento de las oficinas de los bancos, de manera que los usuarios pueden girar dinero sin dirigirse a una sucursal y pueden efectuar transacciones en los fines de semana o durante las noches”¹⁴.

En síntesis, el Mensaje justifica la agravación según las siguientes consideraciones:

- a) Acceso de particulares a recursos financieros de manera expedita y segura (servicio relevante para la población en general).
- b) Acceso de particulares a servicios financieros en sectores no atractivos para sucursales bancarias (acceso igualitario a un servicio relevante para la población en general).
- c) Posibilidad de los particulares de transitar sin grandes sumas de dinero, disminuyendo la posibilidad de ser víctimas de robo.
- d) Posibilidad de realizar transacciones fuera de horarios bancarios.

Desde esta perspectiva, el Mensaje otorga relevancia fundamental a un interés adicional a la protección de la propiedad, señalando que los delitos contra estos dispensadores se relaciona con la interrupción de un servicio relevante para la población, justificando de ese modo la equiparación del robo de cajeros automáticos al robo con fuerza en las cosas que provoca interrupción o interferencia de un suministro de algún servicio público o domiciliario.

Sin embargo, se podría sostener que la relevancia de un bien jurídico adicional a la propiedad resulta descartada en el propio texto del Mensaje, toda vez que expresamente señala que “se propone que la agravación se establezca en

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 4-5. A esta fundamentación del injusto del robo con fuerza de cajeros automáticos, el mensaje agrega una justificación disuasiva del aumento de la pena: “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” (p. 5).

función del objeto material (cajeros automáticos y dinero contenido en ellos) y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento”.¹⁵ Ello se justifica, en el texto del Mensaje, por tres razones: “(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”.¹⁶

¿Implica lo anterior que el objeto de protección de la nueva figura es exclusivamente la propiedad y que la agravación depende de la afectación de su específico objeto material? La respuesta exige distinguir previamente dos planos de análisis distintos: el objeto de la acción y el objeto de protección.

El objeto de la acción, u objeto material, corresponde al concreto objeto de ataque del delito.¹⁷ En el nuevo artículo 443 bis, el objeto material corresponde a determinados bienes muebles, esto es, “cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos”. Ello debe ser distinguido del objeto de protección, esto es, el bien jurídico que el legislador pretende proteger como fin legítimo perseguido mediante la creación de un tipo penal. Este fin legítimo no corresponde a un bien ideal *encarnado* o incorporado en el objeto concreto atacado por la conducta delictiva,¹⁸ sino que corresponde, siguiendo a Mañalich, a “una determinada propiedad o característica que se da en un objeto particular que determina que este objeto sea valioso, esto es, una propiedad o característica que es valorada como buena en tanto se da en un objeto particular”.¹⁹ Según Kindhäuser, “los bienes jurídicos son características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”.²⁰

En este sentido, debe entenderse que la característica que concurre en el objeto de la acción del artículo 443 bis, es la de permitir el *acceso a los individuos a los recursos y servicios financieros de manera segura y expedita*. Esta característica constituye la razón para estimar a dichos objetos como valiosos, y por tanto, constituye el bien jurídico protegido del nuevo artículo 443 bis, junto a la propiedad.

Al ser este bien jurídico susceptible de titularidad individual, pues todo individuo cumpliendo ciertas exigencias puede acceder a los recursos y servicios

¹⁵ *Ibid.*, p. 6

¹⁶ *Ibid.*, pp. 6-7. La denunciada complejidad de asimilar la función social asociada a los suministros públicos y domiciliarios con la utilidad que presta un cajero, deviene irrelevante una vez que el texto definitivo no se vincula a la interrupción de suministros del inciso tercero del actual artículo 443.

¹⁷ ROXIN (1997), p. 63.

¹⁸ En este sentido, *Ibid.*, p. 63.

¹⁹ MAÑALICH (2006), p. 506.

²⁰ KINDHÄUSER (2009), p. 15.

financieros que constituyen la característica valiosa de los cajeros automáticos, su naturaleza corresponde a la de un bien jurídico individual. Dicha conclusión se ve corroborada al constatar la no concurrencia de dos atributos específicos de los bienes jurídicos colectivos;²¹ en primer lugar, no concurre la “no exclusión en el uso”, toda vez que los titulares pueden legítimamente excluir a otros en su relación con el bien, en la medida en que su utilización mediante un mismo objeto material impide su utilización conjunta. Por otro lado, tampoco concurre una “no rivalidad en el consumo”, ya que el aprovechamiento del bien puede perjudicar o impedir el aprovechamiento de otros titulares, al disminuir o agotar, p.ej., el dinero contenido en el único cajero disponible en una localidad.

Desde otra perspectiva, las razones señaladas anteriormente no implican una toma de postura sobre la estructura del delito, en tanto no precisan el grado requerido de afectación del servicio prestado por el cajero automático, en términos de constituir una lesión o puesta en peligro –concreta o abstracta– de dicho bien jurídico.

El nuevo artículo 443 bis no exige supresión del acceso expedito y seguro a recursos y servicios financieros, como característica valiosa atribuida al objeto de la acción, y por tanto bien jurídico protegido, ni tampoco la producción de un resultado de puesta en peligro (concreta) de esa propiedad. Desde esta perspectiva, si el mensaje señala que “normalmente el robo con fuerza de estos cajeros conlleva que ellos dejen de funcionar”, no hace más que referir a la peligrosidad potencial del robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos para el acceso a recursos y servicios financieros. Por su parte, la segunda razón aludida en el Mensaje, implica que no se exige para la punibilidad de la conducta, acreditar que el cajero ha dejado de funcionar *a causa* del ejercicio de “fuerza en las cosas”, bastando en consecuencia, la apropiación del objeto material utilizando alguno de los medios comisivos que la propia disposición legal configura, y no la pérdida de utilidad o falta de funcionamiento del cajero, lo que nuevamente descarta la comprensión de la figura como un delito de lesión o de peligro concreto.²²

En otras palabras, “que la agravación se establezca en función del objeto material y no de la interrupción o interferencia en su funcionamiento”, no hace más que referir al hecho de que el ataque al cajero no implica necesariamente una lesión o puesta en peligro concreta del interés individual que fundamenta complementariamente esta nueva figura. Más bien, el robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos implica la erosión de condiciones de seguridad necesarias

²¹ Vid. al respecto, HEFENDEHL (2002), pp. 4 y ss.

²² Ello no impide afirmar, sin embargo, que si el objeto material no reúne dicha característica o propiedad valiosa *ex ante*, por ejemplo, si el cajero tiene un desperfecto que implica su inutilidad para permitir el acceso a servicios financieros, su sustracción no realiza la nueva figura del art. 443 bis, pues la razón esgrimida en el Mensaje se refiere únicamente a la dificultad de acreditar que el mal funcionamiento es un resultado del robo con fuerza en las cosas, razón que justificó eliminar su exigencia explícita en la redacción de la disposición.

para la utilización y disposición despreocupada del bien jurídico, aspecto que caracteriza, según Kindhäuser, a los delitos de peligro abstracto.²³

En este punto es necesario descartar una aproximación al problema de los delitos de peligro abstracto, que en el caso del robo con fuerza de cajeros automáticos tendría, aparentemente, un aventajado potencial de rendimiento explicativo. Los estudios sobre legitimación de estructuras de delitos de peligro abstracto, ha reformulado esta categoría para diferenciar tres supuestos que manifiestan perfiles bien delimitados y problemáticas propias orientadas a su legitimación como figuras que anticipan la punibilidad a etapas anteriores a la lesión y puesta en peligro (concreta) de bienes jurídicos: delitos cumulativos, delitos de preparación y delitos de peligrosidad concreta.²⁴ Sin embargo, el art. 443 bis no responde a la estructura de los delitos de preparación –pues su realización no implica necesariamente que el fundamento del injusto sea la creación de condiciones que puedan ser aprovechadas por el mismo autor o un tercero autorresponsable para la comisión de un hecho ilícito posterior–, ni a la estructura de los delitos cumulativos –pues el fundamento del injusto, esto es, la afectación relevante del bien jurídico, no requiere necesariamente la realización acumulativa del tipo por parte de sujetos no coordinados–. Ambas estructuras resultan descartadas al comprender que la apropiación de un cajero automático es idónea para lesionar por sí misma el bien jurídico protegido, sin necesidad de un acto posterior o la realización acumulativa por parte de terceros. En la propia historia fidedigna de la disposición se menciona reiteradamente un ejemplo de ello: la apropiación de un único cajero automático ubicado en una localidad rural apartada de centros urbanos con oferta diversificada de servicios financieros, puede privar a los habitantes de esa localidad, de sus remuneraciones y pensiones de forma expedita, a través del acceso a servicios y recursos financieros.²⁵

En síntesis, el robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos no exige para su consumación que un individuo se vea realmente impedido de acceder a recursos y servicios financieros (lesión del bien jurídico), ni tampoco que un individuo se haya encontrado efectivamente en riesgo de no acceder a dichos servicios y recursos por la apropiación de un cajero automático idóneo para permitir ese acceso, impedimento que en definitiva no se produjo por mera casualidad, p. ej., porque otro cajero cercano se encontraba con fondos disponibles (peligro concreto). Tampoco exige que la apropiación del cajero genere condiciones que puedan ser aprovechadas por el autor o un tercero autorresponsable para la comisión de un ulterior delito, ni tampoco su idoneidad lesiva requiere la realización acumulativa del tipo, pues bajo determinadas circunstancias, la apropiación del cajero será idónea por sí misma para impedir el acceso expedito y seguro a servicios y recursos financieros. El robo con fuerza de cajeros automáticos es, en lo que respecta a la protección de este bien jurídico, un delito de peligro abstracto, que expresa un potencial de riesgo

²³ Vid. al respecto, MAÑALICH (2006), p. 509.

²⁴ Vid. al respecto, VON HIRSCH y WOHLERS (2007), pp. 285-308.

²⁵ Historia de la N° 20.601, pp. 43, 80, 109, 156, 186.

al erosionar condiciones de seguridad (disponibilidad del cajero automático) necesarias para la utilización y disposición despreocupada de ese bien jurídico (el acceso expedito y seguro a recursos y servicios financieros). En otros términos, el robo del cajero produce inseguridad respecto de la evitabilidad intencionada del posible daño a ese bien.²⁶

Una interpretación distinta a la desarrollada, esto es, afirmar que el fundamento de la agravación depende del objeto material como objeto intrínsecamente valioso, y por tanto, merecedor de una protección penal intensificada, no es una interpretación compatible con la prohibición de discriminación arbitraria que emana del derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. Establecer un tratamiento más represivo mediante un estatuto legal que refiere exclusivamente como criterio de diferenciación el específico objeto de la acción –cajeros automáticos o el dinero contenido en ellos–, no es más que un tratamiento desigual en la protección jurídico-penal de la propiedad privada, pues se concede un tratamiento agravado a los atentados en contra de ciertas cosas, sin una fundamentación que involucre consideraciones adicionales a la protección de la propiedad cuya titularidad corresponde a entidades vinculadas al sistema financiero, lo que constituye una discriminación arbitraria en el tratamiento jurídico-penal de la conducta constitutiva de un robo con fuerza en las cosas, dada la inexistencia de razones para un tratamiento desigual, distintas a consideraciones basadas en condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.²⁷

Por el contrario, si se pretende asignar a la modificación legal, razonabilidad político-criminal respecto del tratamiento diferenciado que realiza de los autores del delito de robo con fuerza en las cosas, el injusto de la conducta debe expresar un plus de desvalor que se sustente en algo adicional al atentado en contra del bien jurídico propiedad mediante vulneración de mecanismos de resguardo de la custodia de la cosa. Desde esta perspectiva, el sentido de la disposición puede ser ilustrado mediante el análisis de la discusión parlamentaria, que como se indicó, justificó en el Mensaje del Ejecutivo la afectación de un bien

²⁶ Vid. al respecto, KINDHÄUSER (2009), pp. 11 y ss., quien afirma que “se pueden caracterizar como puestas en peligro abstractas aquellos casos en los que ejemplarmente se habrían dado todas las condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiera encontrado en el mismo lugar. A este respecto, el hecho de que en el mismo lugar no se encontrara un bien es algo que nuevamente tiene que depender de la casualidad” (p. 13).

²⁷ En este sentido, véase la STC Rol N° 1.414, de 14 de septiembre de 2010, que en su considerando décimo quinto señala que “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario (Rol N° 986/2008)”.

jurídico adicional a la propiedad. Esta connotación pluriofensiva del nuevo artículo 443 bis reúne, en consecuencia, una lesión a un bien jurídico individual –la propiedad– junto a la peligrosidad abstracta en contra de otro bien jurídico individual –el acceso expedito y seguro a recursos y servicios financieros–.

La indicación del Ejecutivo, que dio origen al texto definitivo y que desvinculó la agravación de la nueva figura de la interrupción o interferencia de suministros del art. 443, no contradice lo expuesto, toda vez que ella tuvo por objetivo resolver las inconsistencias intrasistemáticas y deficiencias de técnica legislativa:

- a) En el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados adhirieron a la justificación pluriofensiva de la propuesta original, contenida en el Mensaje del Ejecutivo, orientada a la protección de un interés individual consistente en el acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, la mayoría de los diputados intervinientes que apoyaron el proyecto, tanto en la Comisión de Seguridad Ciudadana como en la discusión en Sala. Excepcionalmente, se esgrimieron razones que, desvinculadas del objeto de protección del delito, justificaron la agravación en la intención de producir efectos disuasivos –diputados Rene García, Cristián Letelier, Cristián Monckeberg y Matías Walker– en la protección de la tranquilidad y seguridad de la población –diputados René Saffirio, Arturo Squella y Mónica Zalaquett– y en la conexión del robo con la apropiación de vehículos motorizados –diputado René García–.²⁸
- b) En el segundo trámite constitucional en el Senado, antes de la indicación del Ejecutivo que introdujo el art. 443 bis definitivo, también adhirieron a la justificación pluriofensiva del texto original la mayoría de los senadores intervinientes que apoyaron el proyecto en la discusión en Sala. Marginalmente se esgrimieron razones que justificaron la agravación en la producción de eventuales efectos disuasivos –senadores José García, Jaime Orpis y Hosain Sabag– y en un posible destino del dinero a la compra y venta de droga –senador Alberto Espina–.²⁹
- c) Una vez incorporada a la discusión parlamentaria la indicación que propuso el texto definitivo, los senadores en Sala reafirmaron mayoritariamente el fundamento pluriofensivo de la nueva figura, según consideraciones vinculadas a la protección del acceso a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura. Excepcionalmente, se esgrimieron razones desvinculadas del objeto de protección del delito, relacionadas con efectos disuasivos del aumento de pena –senadores Hernán Larraín y Jaime Orpis–, con el temor de la población –senador José García–, con la baja pena asociada al delito “frustrado” de robo de cajeros automáticos –senadores

²⁸ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 4 y ss.

²⁹ *Ibid.*, pp. 68 y ss.

Alberto Espina, José García, Gonzalo Uriarte, y Andrés Zaldívar– y la vinculación del robo de cajeros con otras conductas ilícitas –senadores Alberto Espina, Hernán Larraín, Gonzalo Uriarte y Andrés Zaldívar (apropiación de vehículos motorizados, crimen organizado y tráfico de drogas)–.³⁰

- d) En el tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, también adhirieron a la justificación pluriofensiva del texto original la mayoría de los diputados intervinientes que apoyaron el proyecto en la discusión en Sala. Marginalmente se aludió al efecto disuasivo del aumento de pena –diputado Gabriel Silber– la necesidad de tratamiento psicológico de los trabajadores de estaciones de servicio víctimas del delito –diputado Cristián Letelier–, el vínculo con el crimen organizado –diputado Jorge Ulloa–, la alarma pública y el temor de la población –diputados Arturo Squella y Carlos Vilches–, el riesgo para los funcionarios policiales y la ciudadanía en general, producto de balaceras –diputado Carlos Vilches–, y el vínculo con el robo con vehículos motorizados –diputado Matías Walker–.³¹

En consecuencia, se observa que la aprobación del texto definitivo no obedece a un cambio de criterio respecto del fundamento de la propuesta de agravación del delito de robo con fuerza de cajeros automáticos. Por el contrario, la peligrosidad abstracta de la conducta, para un interés individual, en la especie, el acceso seguro y expedito a recursos y servicios financieros, constituye el objeto de protección de la nueva figura incorporada al Código Penal conjuntamente con el bien jurídico propiedad.³²

3.2. Consideraciones relevantes para el análisis del tipo objetivo del robo con fuerza de cajeros automáticos

3.2.1. Objeto de la acción

El artículo 443 bis describe el objeto material sobre el que recae la acción de apropiación, constituyendo este elemento uno de los criterios diferenciadores de la nueva figura respecto de la regulación general del delito de robo con fuerza en las cosas. En este sentido, la “cosa mueble ajena” identificada en el artículo 432 como

³⁰ *Ibíd.*, pp. 133 y ss.

³¹ *Ibíd.*, pp. 169 y ss.

³² El Decreto Supremo N° 222, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del 30 de octubre de 2013, que regula medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie, confirma en su considerando primero el interés adicional a la propiedad que persigue proteger la Ley N° 20.601, señalando expresamente que “el funcionamiento pacífico y ajeno de externalidades que puedan incidir en la distribución de dinero a través de los cajeros automáticos instalados en todo el país, implica un beneficio social que asegura a los usuarios la satisfacción de sus necesidades de servicios financieros en lugares y horarios distintos a aquellos en los que operan las sucursales bancarias”.

objeto material de los delitos de apropiación con ruptura de custodia, es precisada por la nueva disposición expresando que la acción de “robo con fuerza” debe recaer sobre “cajeros automáticos”, “dispensadores de dinero”, “contenedores de dinero”, o sobre el “dinero” y “valores” contenidos en ellos.

El Diccionario de la Real Academia Española define “cajero automático” como una “*máquina que, accionada por el cliente mediante una clave, realiza algunas funciones del cajero*”, entendiéndose por tal, “*en los comercios, bancos, etc., persona encargada de la caja*”, definida a su vez, en la acepción relevante a estos efectos, como “*pieza, sitio o dependencia destinada en las tesorerías, bancos y casas de comercio a recibir o guardar dinero o valores equivalentes y para hacer pagos*”.³³

En consecuencia, “cajero automático” hace referencia a una máquina que exige para su funcionamiento el ingreso de una clave por parte de un tercero, y que realiza funciones de pago y recepción o depósito de dinero o valores equivalentes.

Los términos “dispensador de dinero” y “contenedores de dinero” no expresan inequívocamente un determinado objeto material, sino que *prima facie*, aluden a operaciones realizadas con dinero: “dispensar”, esto es, “*dar, conceder, otorgar, distribuir*”, y “contener”, es decir, “*dicho de una cosa: llevar o encerrar dentro de sí a otra*”.³⁴ Sin embargo, la interpretación del sentido de la disposición debe restringirse a la definición del objeto material realizada por el artículo 432, que exige que se trate de una cosa mueble ajena.

La pregunta es entonces determinar si toda cosa mueble que dispensa o contiene dinero o valores puede ser objeto material de esta figura agravada. La cuestión es relevante, pues una lectura extensiva de la disposición, dentro del sentido literal posible, comprendería objetos que cumpliendo dichas operaciones (p. ej., máquinas expendedores de alimentos o en general, cualquier objeto que contenga dinero) se alejan del sentido de la expresión “cajero automático” ya referido.

Sin embargo, una interpretación teleológica de la figura agravada permite descartar esa interpretación extensiva de las expresiones “dispensador y contenedor de dinero”. Determinado el fin de la regulación, en términos de ofrecer una estructura pluriofensiva cuyo fin de protección es la propiedad, esto es, según Bascuñán, el contenido de poder fáctico correlativo a la posición jurídico-formal de propietario,³⁵ y el acceso de particulares a recursos y servicios financieros de manera expedita y segura, se debe reconstruir teleológicamente el sentido de la disposición, configurando dicha norma punitiva como un medio para el cumplimiento de dicho fin de protección.³⁶ Desde esa perspectiva, el objeto que dispensa o contiene dinero debe estar vinculado a la realización de operaciones

³³ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. [en línea], disponible en www.rae.es.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ BASCUÑÁN (2004), p. 295.

³⁶ Vid. al respecto, SILVA (2006), pp. 373 y ss.

financieras por parte del público, como depositar dinero o realizar giros y, por tanto, constituyen términos especiales estrechamente relacionados con el concepto general de cajero automático referido.

Lo señalado es corroborado por la historia de la ley. Durante la discusión parlamentaria se observa que la utilización de la expresión “dispensador”, se utilizaba de modo fungible respecto del término “cajero automático”. Ya en el Mensaje del Ejecutivo, ambas expresiones se utilizan indistintamente, sin diferenciar un significado determinado:

“En este contexto, 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”.*³⁷

Esta vinculación entre cajero automático y dispensador se observa, asimismo, en el Decreto Exento N° 1.122, sobre medidas mínimas de seguridad para las empresas consideradas en el art. 3° del Decreto Ley N° 3.607, de 19 de octubre de 1998, que en su artículo 19, utiliza indistintamente ambas expresiones:

Artículo 19° Para los efectos de lo establecido en el presente decreto, se entenderá por oficinas, agencias o sucursales de alto riesgo, las que sean calificadas como tales por los Ministerios del Interior y de Defensa, mediante decreto notificado por la Autoridad Fiscalizadora al Representante Legal de la entidad afectada. Para proceder a esta calificación, los Ministerios, deberán oír a la entidad, a carabineros de Chile y/o a la policía de investigaciones. Para ello se considerará las características urbanas del área circundante, las vías de acceso, sistemas de comunicaciones, la arquitectura del recinto, y el comportamiento histórico delictual. Por su parte, para calificar a un cajero automático como de Alto Riesgo, la Autoridad Fiscalizadora, deberá considerar, además de los parámetros señalados en el inciso anterior, las características físicas de la dependencia donde está instalado. Asimismo dicha Autoridad deberá oír previamente a la entidad propietaria del dispensador.

³⁷ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 4-5.

La expresión “contenedores de dinero”, que fue incorporada mediante la indicación del Ejecutivo en el segundo trámite constitucional, no fue objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria. La única mención en que aparece expresamente un desarrollo del término, fue el primer trámite constitucional, en que Jorge Encina, asesor de la Subsecretaría de Prevención del Delito, hace referencia a la “gaveta contenedora”, a propósito de las medidas de seguridad que debe implementar un banco en estas materias, y por tanto, referencia a la estructura propia de un cajero o dispensador automático:

*“Entintado de billetes: El trabajo coordinado entre el Gobierno, el Banco Central, Carabineros y las entidades financieras, alcanzó un acuerdo que permitirá la instalación masiva de dispositivos de entintado. El mecanismo permite inutilizar los billetes una vez que la gaveta contenedora es sometida a movimientos o calor al manipular el cajero”.*³⁸

Esta interpretación de las expresiones “dispensador” y “contenedor” de dinero, vinculada estrechamente al concepto genérico de cajero automático y al acceso a recursos y servicios financieros, se infiere además de las restantes disposiciones de la Ley N° 20.601. En este sentido, el artículo 2°, que vincula el objeto material del delito y la actividad de entidades bancarias y financieras, prescribe que los únicos obligados al cumplimiento de medidas de seguridad establecidas por decreto supremo, respecto de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, serán entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y las empresas de apoyo al giro bancario que reciban o mantengan dinero en sus operaciones, propietarios o administradores de tales bienes.

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.

³⁸ *Ibid.*, p. 16.

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.

Finalmente el Decreto Supremo N° 222, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado el 30 de octubre de 2013, reafirma lo anterior al disponer lo siguiente:

Artículo 1°: Ámbito de aplicación. El presente decreto supremo tiene por objeto regular 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”.

En consecuencia, el objeto material del delito contemplado en el artículo 443 bis corresponde genéricamente a “cajeros automáticos”, es decir, máquinas que exigen para su funcionamiento el ingreso de una clave por parte de un tercero, y que permiten realizar giros o depósitos de dinero o valores entre otros servicios financieros, o exclusivamente giros si se trata de un “dispensador de dinero”, y que también incluye la gaveta contenedora del cajero, aludida mediante la expresión “contenedor de dinero”.

Finalmente, el artículo 443 bis establece también como objeto del robo con fuerza del cajero automático, el “dinero y valores contenidos en ellos”, lo que implica que tanto el contenedor como el contenido, “dinero y valores”, pueden ser objeto material del delito contemplado en el artículo 443 bis.

3.2.2. La “fuerza en las cosas”

La regulación del robo con fuerza en las cosas en el Párrafo 3° del Título IX del Libro II del Código Penal, no describe expresamente la acción de “robo”, pues ella se encuentra en el artículo 432 que describe el núcleo de injusto de los delitos de apropiación con ruptura de custodia. En este sentido, la acción típica, en el contexto regulativo del artículo 443 bis corresponde a una apropiación de cosa mueble ajena, usando fuerza en las cosas.

Según la opinión dominante en doctrina, la acción de apropiación consiste en la sustracción de una cosa con ánimo de señor y dueño, reuniendo en consecuencia dos elementos: por un lado, un elemento objetivo que corresponde a

la sustracción o apoderamiento de la cosa, y otro de carácter subjetivo que consiste en la intención de comportarse como propietario (*animus rem sibi habendi*).³⁹

Lo característico de la regulación del robo con fuerza es la especificación de las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, exigiéndose para su punibilidad la realización de alguno de los medios comisivos establecidos por el legislador, expresivos de un vencimiento de un mecanismo de resguardo de la cosa custodiada. El ejercicio de “fuerza en las cosas” se exige como medio funcional y subjetivamente vinculado a la sustracción.⁴⁰

En el artículo 443 bis la conducta constitutiva de fuerza en las cosas es regulada en los siguientes términos:

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 1º y 2º; 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.

Los cuatro casos regulados de fuerza en las cosas son los siguientes:

- 1.- Si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440 N° 1º: *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.*
- 2.- Si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440 N° 2: *Haciendo uso de llaves falsas, o verdaderas que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.*

La remisión a algunos medios constitutivos de fuerza en las cosas del robo en lugar habitado, comprende el *escalamiento estricto sensu* –entrada *por vía no destinada al efecto*–; entrada *por forado* –agujero u orificio producido por el autor que atraviesa alguna defensa del lugar–;⁴¹ entrada *con rompimiento* de pared o techo –destrucción violenta mediante aplicación de energía física–;⁴² y entrada *con fractura* de puertas o ventanas –rotura o separación violenta de una parte de una cosa–.⁴³ Según

³⁹ Al respecto, vid. ETCHEBERRY (1998), p. 296; LABATUT (2006), pp. 195-196; POLITOF; MATUS y RAMÍREZ (2005), pp. 305-306; OLIVER (2013), pp. 68-71.

⁴⁰ POLITOF; MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 334, 339; GARRIDO (2008), p. 232; OLIVER (2013), p. 207.

⁴¹ ETCHEBERRY (1998), p. 325; GARRIDO (2008), p. 238.

⁴² ETCHEBERRY (1998), p. 325.

⁴³ *Ibid.*, p. 325. En un sentido más amplio, GARRIDO (2008), p. 238, entiende que el rompimiento de pared o techo comprende la “destrucción” mediante remoción, y que la fractura de puerta o ventana comprende también su remoción por medios no violentos; vid. tb., en este sentido, POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 341; en contra, OLIVER (2013), pp. 227-228, afirmando que “mover no es lo mismo que romper” y que “fracturar significa según el Diccionario de la

Politoff/Matus/Ramírez, la rotura de candados y semejantes también constituye fractura de tales dispositivos.⁴⁴

La remisión al artículo 440 N° 2 comprende también el *uso de llave falsa, ganzúas y otros instrumentos semejantes*, y el *uso de llave verdadera que hubiere sido sustraída*. En este caso, no existe ruptura física de los medios de resguardo, sino que se ingresa burlando cerraduras, esto es, según Politoff/Matus/Ramírez, un “artificio construido para ser fijado en puertas, ventanas, tapias o paredes, que impide que ellas se abran si no se usa el dispositivo mecánico diseñado al efecto: la llave”.⁴⁵ Según Labatut, “por llave falsa se entiende tanto el duplicado de la verdadera, que se fabrica sin el consentimiento del dueño, como la que siendo de una cerradura sirve para abrir otra”,⁴⁶ incluyendo además Etcheberry el caso de las “llaves maestras”.⁴⁷ Ganzúa es un “alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras”.⁴⁸ Por otros instrumentos semejantes, no se entiende un parecido morfológico, sino una semejanza funcional: “los que permiten abrir sin violencia una cerradura, poniendo en movimiento su mecanismo”.⁴⁹ En el caso de la *llave verdadera*, ella debe haber sido *sustraída* (lo que comprende el hurto de uso),⁵⁰ excluyendo la llave extraviada u olvidada encontrada por un tercero, y la llave retenida indebidamente.⁵¹ Finalmente, en relación con las tarjetas magnéticas, parte de la doctrina y jurisprudencia ha afirmado su correspondencia con el elemento *llave*, o al menos como *instrumento semejante a ganzúas*, toda vez que accionan “el mecanismo

Lengua de la Real Academia Española, ‘romper o quebrantar con violencia algo’ [...] No puede decirse que se fractura una puerta o una ventana cuando no se la rompe”. La punibilidad a título de robo con fuerza en las cosas de la remoción no violenta de estos elementos depende de la interpretación de la hipótesis de entrada *por forado* y *por vía no destinada al efecto*, respectivamente, y no de la interpretación de las hipótesis de *rompimiento* y *fractura*.

⁴⁴ POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 340.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 342.

⁴⁶ LABATUT (2006), p. 207, agrega que “la llave verdadera, esto es, la perteneciente a la cerradura, perdida o extraviada por el propietario, no pierde por eso su carácter de tal, y el delito que con ella se cometa no será robo con fuerza en las cosas, sino hurto”. En contra, POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 343, entienden que “llave verdadera es la que corresponde, en su origen, al mecanismo de la cerradura de que se trata y se encuentra destinada por los habitantes del lugar a dicho efecto”. Vid. tb. en ese sentido GARRIDO (2008), p. 239 y OLIVER (2013), p. 231, quienes entienden comprendidas en la expresión llave falsa, tanto la llave retenida por quien ya no está autorizado a tenerla y la llave extraviada. Estas opiniones son discutibles, toda vez que, como señala ETCHEBERRY (1998), p. 327, el código ha regulado separadamente el caso de la llave sustraída, supuesto subsumible sin problemas en una definición de llave falsa como “la que se usa sin autorización del titular” o que “no está destinada a dicho efecto por los habitantes del lugar en el momento del uso”, pero que el legislador consideró necesario regular expresamente, sin que la pérdida de su destinación actual por parte de los habitantes altere su carácter de llave verdadera.

⁴⁷ ETCHEBERRY (1998), p. 328.

⁴⁸ Por todos, LABATUT (2006), p. 207.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 208. Vid. también ETCHEBERRY (1998), p. 326.

⁵⁰ GARRIDO (2008), p. 240; OLIVER (2013), p. 231.

⁵¹ ETCHEBERRY (1998), pp. 328-329; LABATUT (2006), p. 207.

de la cerradura”;⁵² argumento cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad en tanto desconoce la operatividad mecánica de tales dispositivos.

Ambas hipótesis regulan supuestos de fuerza en las cosas vinculados a la *entrada al lugar del robo*:

- a) La exigencia de entrada implica un ingreso al lugar en que se encuentra el cajero; no hay fuerza en las cosas si los medios se utilizan para salir.⁵³
- b) La exigencia típica de “entrar ejerciendo fuerza en las cosas” excluye su aplicación a extensiones de terreno, delimitadas o no físicamente, que carezcan de mecanismos de resguardos de la custodia de la cosa que impidan un ingreso no autorizado.⁵⁴ En consecuencia, no comprende “sitios”, ni bienes nacionales de uso público, que constituyen los espacios de comisión descritos en el artículo 443, que, por esta razón, no comprende dichas conductas constitutivas de fuerza en las cosas.⁵⁵
- c) La realización de las conductas descritas, que vulneran mecanismos de resguardo interno, dentro del lugar del robo, no realizan el artículo 443 bis, y por tanto, su punibilidad depende de la concurrencia de las exigencias típicas del robo en lugar no habitado –única figura asociada a “lugar”, que comprende la vulneración de mecanismos de resguardo internos– en el art. 442.

Especialmente importante es esta conclusión, en relación con las hipótesis señaladas en el artículo 440 N° 2 –uso de llaves falsas, o verdaderas que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes–, pues si estos medios deben ser utilizados para “entrar en el lugar del robo”, entonces, si se utilizan respecto de cerraduras interiores o de objetos, la conducta no realiza el tipo penal del artículo 443 bis.

La especial relevancia del argumento anterior deriva de la comprensión de las tarjetas magnéticas como *llaves*, o al menos como *instrumentos semejantes a ganzúa*. Sin embargo, en el contexto regulativo fragmentario del robo con fuerza en las cosas, incluso esa aplicación del término *llave* o *instrumento semejante a ganzúa* no permite la punibilidad a título de robo con fuerza en las cosas, de la utilización de tarjetas magnéticas directamente en cajeros automáticos, tanto en los supuestos regulados en el art. 440 –pues el N° 2 solo regula este medio comisivo como fuerza *externa* para entrar al lugar del robo–, como en los casos de robo con fuerza en lugar no habitado –pues

⁵² SCS de 8.03.2001 (Gaceta Jurídica N° 249, 110 ss.), citada por POLITOFF; MATUS y RAMÍREZ (2005), p. 342. En doctrina, vid. GARRIDO (2008), p. 239; OLIVER (2013), pp. 233-234, 255.

⁵³ Vid. ETCHEBERRY (1998), pp. 323, 329; OLIVER (2013), p. 223.

⁵⁴ BASCUÑÁN (2004), pp. 305-306.

⁵⁵ En este sentido, vid. tb. OLIVER (2013), p. 255.

difícilmente activar el mecanismo del funcionamiento del cajero pueda ser entendido como “abrir un mueble cerrado”, exigencia típica del art. 442 N°3.⁵⁶ Asimismo, la relevancia funcional del concepto de llave, como complemento de una cerradura, impide subsumir el uso de tarjetas magnéticas en cajeros automáticos en el artículo 443, pues tampoco corresponde a un uso instrumental a la apertura de una cerradura.⁵⁷ Finalmente, al remitirse el nuevo artículo 443 bis a la hipótesis regulada en el art. 440 N° 2, se excluyen estos medios comisivos si se ejercen directamente sobre el objeto material del delito, o sobre medios de resguardo internos.⁵⁸

3.- 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:

En este caso, el artículo 443 bis establece directamente las conductas constitutivas de fuerza en las cosas, las que deben recaer en “el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción”. La expresión “dispositivos de protección o sujeción” es una referencia genérica a mecanismos de resguardo del cajero o dispensador, que constituyen impedimentos de acceso o de traslado o remoción.⁵⁹

⁵⁶ HERNÁNDEZ (2008), p.12.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Sin perjuicio, en el caso de tarjetas magnéticas falsificadas o sustraídas, de su punibilidad según el art. 5° de la Ley N° 20.009, que sanciona en su letra b) “usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas”. En el mismo sentido, vid. OLIVER (2013), p. 255-256.

⁵⁹ En este sentido ETCHEBERRY (1998), p. 332, excluyendo desde esa perspectiva, las alarmas automáticas. En contra GARRIDO (2008), p. 248; OLIVER (2013), p. 248. Si bien el art. 443 bis, al igual que el art. 443, no establece expresamente esa función del dispositivo de protección, es correcto entender que en el sistema regulativo del robo con fuerza en las cosas el dispositivo se orienta a impedir el acceso o la remoción de la cosa. En el contexto del artículo 443, esa conclusión es convincente considerando los ejemplos que la propia disposición establece (fractura de puertas, vidrios, cierros, candados) casos evidentes de mecanismos de resguardo que impiden el acceso o la remoción, y que la disposición establece como casos particulares pertenecientes al género “dispositivo de protección” cuya referencia no es objeto de clausura mediante la expresión “u otros”, pero que difícilmente puede alejarse de la estructura que subyace a dichos ejemplos. Este argumento es reforzado si se considera que la función del sistema de alarma es alertar al titular o a terceros de la ejecución del delito, pero no constituye por sí mismo un mecanismo de resguardo de la custodia de la cosa que impida o dificulte su ruptura, y en consecuencia, no concurre el fundamento de intensificación del injusto de la apropiación característico del robo con fuerza. En otros términos, su destrucción no es funcional a la vulneración de mecanismos de resguardo que impidan o dificulten la apropiación, sino que se orienta a asegurar la impunidad del autor. La doble función de los mecanismos de resguardo (impedimento de acceso o remoción), y la relación entre “otros dispositivos de protección” y los impedimentos de remoción en el contexto del art. 443, es puesta de manifiesto por BASCUÑÁN (2004), p. 305.

En el contexto de la Ley N° 20.601, es necesario resolver si la regulación reglamentaria dispuesta en los arts. 2° y 3° tiene un carácter complementario para la determinación del sentido de la expresión “dispositivo de protección o sujeción”, en términos de constituir una ley penal en blanco propia complementada por una norma de jerarquía infralegal. Dichos artículos establecen que un decreto supremo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública regulará las *medidas mínimas de seguridad* aplicables a la *instalación y operación* de los cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie (artículo 2° inciso 1°), en 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 (artículo 3°).

El Decreto Supremo N° 222 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado el 30 de octubre de 2013, regula medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación, reinstalación, reemplazo y operación de cajeros automáticos (Título II, Párrafo 1° “Medidas de seguridad físicas”, arts. 7° y ss.). En su artículo 6° establece definiciones y estándares mínimos respecto de 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. Su regulación concreta se establece entre los artículos 9° y 12. Las otras materias objeto de regulación de medidas mínimas de seguridad, según la remisión legal del art. 3° de la Ley 20.601, esto es, ubicación y entorno de cajeros automáticos, se encuentran en el art. 8°. Finalmente, el Párrafo 2° del Título II establece medidas de seguridad para impedir o dificultar la clonación y la obtención fraudulenta de las claves personales de los usuarios en un cajero automático, que consisten en un plan periódico de revisiones de seguridad que contemple la verificación física de la inexistencia de dispositivos destinados a capturar la información de las tarjetas de crédito o débito y/o las claves personales de los usuarios, o a alterar de cualquier forma el normal funcionamiento del mismo, como cámaras ocultas, *skimmers* u otros (art. 14).

El problema a resolver es si la remisión a la regulación reglamentaria establecida en los arts. 2° y 3° de la Ley N° 20.601 convierte al tipo penal establecido en el art. 1°, el delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, en una ley penal en blanco propia en relación con la determinación del sentido de la expresión “dispositivo de protección o sujeción”. Es decir, se debe resolver si todas las medidas de seguridad aplicables a la instalación, reinstalación, reemplazo y operación de cajeros automáticos y las medidas establecidas para impedir o dificultar la clonación y la obtención fraudulenta de las claves personales de los usuarios en un cajero automático, deben ser consideradas como “dispositivos de protección o sujeción” cuya fractura, destrucción o daño es relevante para la realización del delito de robo con fuerza de cajeros automáticos, en tanto complementación infralegal correspondiente a la remisión expresa contenida en los arts. 2° y 3° de la Ley N° 20.601.

La respuesta es negativa. La remisión a regulación reglamentaria del art. 2° y 3° de la Ley N° 20.601, no tiene por objeto complementar ni precisar el contenido de la expresión “dispositivo de protección o sujeción”, sino que establecer medidas mínimas de seguridad aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos, obligatorias para entidades bancarias y financieras y empresas de apoyo al giro bancario propietarias o administradoras de cajeros automáticos, medidas que exceden en su configuración concreta la determinación de mecanismos de resguardo de la custodia del cajero que obstaculicen su quebrantamiento. Y por tanto, si se exige conexión funcional entre el ejercicio de fuerza en las cosas, y la acción de sustracción (*supra*) en términos de permitir o facilitar la ruptura de custodia ajena, entonces, la vulneración de medidas de seguridad desvinculadas del quebrantamiento de custodia relevante para la acción de sustracción no son pertinentes como descripción del elemento típico fuerza en las cosas en su configuración concreta como dispositivo de protección o sujeción.

El Decreto Supremo N° 222 confirma lo anterior. En sus considerandos, no solo expresa la relevancia de los cajeros automáticos en términos de brindar un servicio de utilidad general “que asegura a los usuarios la satisfacción de sus necesidades de servicios financieros en lugares y horarios distintos a aquellos en los que operan las sucursales bancarias”, sino que además el considerando segundo amplía su finalidad a “proteger la vida e integridad física tanto de los trabajadores de los recintos en que se sitúan los cajeros automáticos, como de las personas que concurren a ellos, así como también sus patrimonios”, agregando en su considerando tercero que “se hace necesario establecer medidas de seguridad que se ajusten a nuevos y más altos estándares para prevenir y combatir la acción delictual”. El Decreto Supremo N° 222 no solo establece medidas de seguridad tendientes a evitar la sustracción de cajeros automáticos, sino que constituye una regulación general de medidas de seguridad para “prevenir y combatir” actos delictivos vinculados a cajeros automáticos, es decir, comprende medidas preventivas y represivas que exceden la determinación de dispositivos de protección y sujeción constitutivos de mecanismos de resguardo de la custodia que impidan o dificulten la acción de sustracción, abarcando además medidas disuasivas, investigativas, de alerta y control permanente en la operación de cajeros automáticos.

La historia fidedigna de la Ley N° 20.601 es explícita al respecto. El texto finalmente aprobado en el Congreso, correspondiente a la indicación presentada por el Ejecutivo durante el plazo de indicaciones otorgado para corregir las críticas formuladas al proyecto original, estableció en los artículos 2° y 3° la regulación reglamentaria de medidas de seguridad dirigidas a los propietarios o administradores de los cajeros automáticos.⁶⁰ Su aprobación obedeció a la pretensión del legislador de obligar a las entidades bancarias a adoptar medidas mínimas, debiendo contemplar normas de seguridad para impedir que tales delitos

⁶⁰ Historia de la Ley N° 20.601, pp. 133-134.

sigan ocurriendo.⁶¹ En ese sentido, se señaló que la finalidad de esta regulación fue establecer, mediante un decreto supremo, medidas respecto del desarrollo y la ubicación de esta actividad financiera, respecto de sus dispositivos de seguridad, los mecanismos de anclaje y la posibilidad de despliegue de guardias privados en el entorno.⁶²

En consecuencia, solo algunas de las medidas aplicables a la instalación y operación de cajeros automáticos establecidas en el Decreto Supremo N° 222 podrán ser, en caso de ser implementadas, dispositivos de protección o sujeción. Al respecto, las medidas reguladas en el párrafo 2° del Título II del reglamento, esto es, la fractura, destrucción o daño de las medidas de seguridad dirigidas a impedir o dificultar la clonación y la obtención fraudulenta de las claves personales de los usuarios en un cajero automático no implica ejercicio de fuerza en las cosas sobre dispositivos de protección o sujeción del cajero automático. Tampoco lo son las medidas de seguridad vinculadas al establecimiento de un sistema disuasivo de entintado de billetes, regulado en el art. 6° letra g) y 15 del Reglamento, pues su finalidad es más bien facilitar la detección e investigación del robo de cajeros automático por parte de los agentes estatales.

Tampoco constituye un dispositivo de protección o sujeción el sistema de alarma establecido en los arts. 6° letra b) y 9° del Reglamento. El sistema de alarma, monitoreado en línea y permanentemente conectado a una central perteneciente a la entidad obligada o contratada por la misma, idóneo para comunicar a Carabineros y/o la Policía de Investigaciones de Chile en el más breve plazo la ocurrencia de ataques al cajero automático y la ubicación exacta del mismo se orienta a la detección por parte de la entidad bancaria y los organismos policiales de un atentado contra el cajero, es decir, se vincula a la finalidad de evitar la impunidad del autor del delito. Pero no representa un dispositivo de protección o sujeción, que impida el acceso o remoción del cajero, ni su destrucción es funcional a la realización de la acción de sustracción del cajero o su contenido. Su función es “avisar de la ocurrencia de un hecho de relevancia para la seguridad de los cajeros automáticos y que debe ser monitoreado en línea”. Y por tanto, su destrucción, fractura o daño no es constitutivo de ejercicio de fuerza en las cosas.

Tampoco constituye dispositivo de protección o sujeción el sistema de grabación de imágenes establecido en los arts. 6° letra c) y 10° del Reglamento. Este sistema, definido por el Reglamento como uno que permite captar y almacenar imágenes en alta definición respecto de aquella actividad que se produzca en torno al cajero durante su operación, y que mediante una cámara interna, incorporada al cajero mismo permita apreciar nítidamente el rostro y demás características físicas de las personas que interactúen con el cajero

⁶¹ Vid. intervención del senador Hernán Larraín en la discusión en Sala. Historia de la Ley N° 20.601, pp. 142-143.

⁶² Vid. intervención del diputado Gabriel Silber en la discusión en Sala. Historia de la Ley N° 20.601, p. 189.

automático, no es un sistema funcional a impedir la ruptura de custodia del cajero. El sistema de grabación se orienta a la vigilancia de la actividad lícita e ilícita de la operatividad del cajero, sin que su fractura, destrucción o daño se observe funcional a la seguridad del cajero, en tanto, dispositivo de protección o sujeción, sino más bien, su afectación se orienta a impedir la impunidad del autor.

En cambio, las medidas establecidas en las letras a), d) y f) del art. 6°, reguladas en concreto en los arts. 11 y 12 del Reglamento, corresponden a dispositivos de protección o sujeción del cajero o dispensador:⁶³

- 1) Sistemas de anclaje: Su finalidad es fijar el cajero automático y/o su caja fuerte o bóveda, firmemente al suelo o a las estructuras de la edificación donde se instale, de manera que permita resistir ataques dirigidos a vulnerar la seguridad del cajero en forma equivalente a lo señalado para el grado de seguridad IV o superior de la norma técnica europea EN-1143-1, esto es, al menos debe resistir 100 kilonewtons de fuerza de tracción o empuje, tomando en consideración el lugar físico de la instalación.
- 2) Protección contra elementos cortantes o fundentes de las cajas fuertes o bóvedas de un cajero automático:⁶⁴ Conjunto de elementos, mecanismos y características que debe tener la caja fuerte o bóveda que permitan retardar, de un modo equivalente al grado de seguridad IV o superior de la norma técnica europea EN-1143-1, la efectividad de un ataque al cajero con herramientas manuales, eléctricas y de corte y/o fusión, realizadas con el fin de acceder al dinero que contiene. Deben contar además con dispositivos o cerraduras de seguridad.
- 3) Blindaje: La protección exterior del cajero automático, dispensador o contenedor de dinero, mediante estructuras que permitan retardar, de un modo equivalente al grado de seguridad IV o superior, de la norma técnica

⁶³ La medida de empotramiento, establecida en el artículo 6° letra e), corresponde a la forma y lugar de instalación del cajero, no a un dispositivo de protección o sujeción. Se debe incorporar el cajero automático en una edificación o construcción que solo deje visible la sección necesaria para la operación del servicio por el usuario, cubriendo la caja fuerte o bóveda del mismo, de manera que no sea posible acceder a esta por la parte frontal del cajero, sino solamente a través de una zona restringida cerrada a la que tenga acceso únicamente el personal autorizado por la entidad obligada, protegiendo el exterior del cajero contra ataques en una forma similar o equivalente al blindaje. Esta es una medida adicional al sistema de anclaje, y alternativa o acumulativa al blindaje y al sistema disuasivo de entintado de billetes (art. 12).

⁶⁴ El Reglamento yerra en el artículo 6° letra d) al enumerar como objetos contenedores de la caja fuerte o bóveda, los cajeros automáticos y dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie. A efectos de interpretar la expresión “contenedor de dinero” en el artículo 443 bis, no se debe olvidar que el objeto de protección de la disposición obliga a una interpretación teleológica de dicho elemento, por lo que no representa un objeto distinto a los ya referidos con las expresiones “cajero automático” o “dispensador de dinero”, a menos que se haga referencia a la “gaveta contenedora” del cajero (*supra*).

europea EN-1143-1, la efectividad de un ataque con herramientas manuales, eléctricas y de corte y/o fusión, realizado con el fin de acceder al dinero que contiene. Esta es una medida de seguridad física adicional al sistema de anclaje, alternativa o acumulativa al empotramiento y al sistema disuasivo de entintado de billetes.

La regulación exige que los objetos señalados anteriormente deban ser *fracturados, destruidos o dañados* mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes, o mediante el uso de empleos químicos. La *fractura*, entendida del mismo modo que en el caso del artículo 440 N° 1, es la rotura o separación violenta de una parte de una cosa.⁶⁵ La *destrucción* corresponde a reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño.⁶⁶ El “*daño*” por tanto, pareciera ser la hipótesis más genérica de menoscabo del objeto del delito, sin embargo, su sentido no puede ser entendido sin una vinculación a una afectación material, toda vez que dicho daño solo puede ser alcanzado por el uso de *instrumentos contundentes, cortantes o el empleo de medios químicos*, medios que, en consecuencia, excluyen intervenciones inmatrimiales sobre el mecanismo de resguardo.

4.- Si se utilizan medios de tracción:

El rasgo anómalo de la “tracción” como ejercicio de fuerza en las cosas, radica en que su empleo recae directamente sobre la cosa objeto de la apropiación. Sin embargo, ello no debe ser entendido como una excepción a la exigencia de vinculación entre el ejercicio de fuerza en las cosas y vulneración de mecanismos de resguardo de custodia.⁶⁷ En este caso, es el peso del objeto lo que constituye el impedimento de remoción vulnerado mediante el empleo de tracción.⁶⁸

Se discute si la tracción se restringe a “tirar” la cosa, o si comprende también el simple transporte o el empuje, problema que desde un punto de vista semántico puede ser resuelto afirmando la corrección del primero de los sentidos expresados (tracción como acción de tirar, entendiendo esta como la acción de hacer fuerza para arrastrar hacia sí o para llevar tras sí la cosa).⁶⁹

Etcheberry infiere además de la exigencia de “medios” de tracción, la necesidad de emplear aquellos que aumenten la fuerza del autor,⁷⁰ restricción que según Garrido, “no parece tener respaldo dogmático, por cuanto una cuerda que permite arrastrar un objeto constituye un medio de tracción”,⁷¹ argumento

⁶⁵ ETCHEBERRY (1998), p. 325.

⁶⁶ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. [en línea], disponible en www.rae.es.

⁶⁷ En cambio, así lo afirma OLIVER (2013), p. 249.

⁶⁸ BASCUÑÁN (2004), p. 305.

⁶⁹ En este sentido ETCHEBERRY (1998), p. 332; OLIVER (2013), pp. 249-250, en lo referente a la acción de empujar y su diferencia con el concepto de tracción.

⁷⁰ ETCHEBERRY (1998), p. 332.

⁷¹ GARRIDO (2008), p. 249.

convinciente en términos de afirmar una innecesaria relación entre medio y aumento de la fuerza, pues la fuerza física natural del autor también es un instrumento (medio) empleado para lograr la remoción de la cosa mediante tracción.⁷²

4. Conclusiones

La Ley N° 20.601 introdujo un nuevo artículo 443 bis al Código Penal, castigando con la pena de presidio menor en su grado máximo el robo con fuerza de cajeros automáticos. Dicha figura no solo rompe con la tripartición tradicional del robo con fuerza según el espacio de comisión, sino que tiene una dimensión pluriofensiva, que comprende tanto la lesión de la propiedad, como la puesta en peligro (abstracto) del acceso expedito y seguro de los individuos a recursos y servicios financieros. Este argumento permite interpretar correctamente el sentido de las expresiones “cajero automático”, “dispensador de dinero” y “contenedor de dinero” utilizadas por el legislador para describir el objeto de la acción. Finalmente, persiste el carácter fragmentario de la regulación de las modalidades de fuerza en las cosas mediante su referencia al robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, salvo los supuestos de tracción y fractura, destrucción o daño material del cajero o dispensador, o sus dispositivos de protección o sujeción.

⁷² En este sentido, OLIVER (2013), p. 249.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BAJO, Miguel; PÉREZ, Mercedes y SUÁREZ, Carlos (1993): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed. (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid).
- ❖ BASCUÑÁN, Antonio (2004): “Delitos contra intereses instrumentales” en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (Núm. 1).
- ❖ ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal*, t. III, 3ª ed. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- ❖ GARRIDO, Mario (2008): *Derecho Penal Parte Especial*, t. IV, 4ª ed., (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- ❖ HEFENDEHL, Roland (2002): “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-14.
- ❖ HERNÁNDEZ, Héctor (2008): “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves”, en *Política criminal* (Nº 5).
- ❖ KINDHÄUSER, Urs (2009): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro abstracto del Derecho penal”, en *InDret* 1/2009.
- ❖ LABATUT, Gustavo (2006): *Derecho Penal*, t. II, 7ª ed. actualizada por Julio Zenteno Vargas (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- ❖ MAÑALICH, Juan Pablo (2006): “La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (Nº 75).
- ❖ OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad*. (Legal Publishing, Santiago).
- ❖ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 2ª ed. (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).
- ❖ ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal Parte General*, t. I, trad. de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña et. al. (Civitas, Madrid).
- ❖ SILVA, Jesús-María (2006): “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho Penal”, en Díaz y García, Miguel y García Amado, Juan (ed.) *Estudios de filosofía del Derecho Penal*. (Universidad Externado de Colombia).
- ❖ VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (2007): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en Hefendehl, Roland (ed.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. (Marcial Pons, Madrid-Barcelona).