

## ROBO CON PERFORACION O FRACTURA

Por Rubén E. Figari

El inc. 3° del art. 167 del C.P. contempla la circunstancia respecto a: *“si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o entrada de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas”*.-

### **a) Antecedentes.**

En el Proyecto Tejedor se calificaba al robo cuando se hiciera: 1) con escalamiento, perforación de pared, cerco o introduciéndose por conducto subterráneo, y 2) con fractura de puerta, ventana o mueble sin cerrarla. En lo referente a la fractura la nota al artículo explicaba que “la efracción de un objeto cualquiera no constituye delito cuando no es un medio de cometer un robo: sólo da lugar, en este caso, a la acción civil de daños y perjuicios. Pero si la efracción se complica como un medio de perpetración del robo, se considera como circunstancia accesoria de él, y en ciertos casos como circunstancia agravante ... la efracción es un acto de fuerza, de rompimiento; supone, pues, que lo que estaba cerrado se abre por medios violentos, y que no son los que se empleaban habitualmente para abrir. El segundo carácter de la efracción es que el instrumento roto o fracturado estuviese destinado a cerrar o impedir un pasaje”.-

El Proyecto Villegas, Ugarriza y García calificaba el hurto en el art. 318 inc. 1°.-

El Código de 1886 sigue esta línea en el art. 190 y estaba previsto el robo sin violencia ni intimidación que fuera llevado a cabo con perforación de pared o techo, o con fractura de puerta o ventana, para penetrar en el edificio.-

El Proyecto de 1891 no hizo una especificación clara de los conceptos de hurto

y robo y la ley de reforma 4189 habló de la perforación y de la fractura.-

Es así que en el Proyecto de 1906 se le adiciona la frase “o sus dependencias inmediatas” y en el Proyecto de 1917 se le introduce la alusión a techo o piso.-

Tal es el texto actual del Código Penal que por medio del decreto ley 17567 en el art. 166 inc. 1° se punía al robo cometido “con perforación o fractura de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana del lugar donde se halla la cosa sustraída”. Esto fue dejado de lado por la ley 20.509 y el decreto ley 21.338 mantuvo el texto original que también lo recepta la ley 23.077.-

#### **b) El agravante.**

Esta agravante ha sido considerada en forma genérica como el robo con efracción pues en tal emergencia se hace uso de una fuerza destructiva de singular magnitud sobre elementos predispuestos (offendiculas) para cercamiento o en definitiva para preservar la defensa y seguridad de las cosas y personas que se encuentren o puedan encontrarse en lugar habitado o sus dependencias.-

Carrara entendía que la razón de la agravante no reside en el daño causado a las cosas protegidas. “El concepto de la calificante es completamente político y procede de la simple contemplación del daño mediato, porque cuando mayores son los obstáculos superados por el ladrón tanto más decrece, respecto de su audacia, la potencia de la defensa privada. Frente al hurto de una cosa dejada al descubierto, muchos propietarios pueden tranquilizarse diciendo: “yo custodiaré mejor mis cosas”. Pero cuando han sido derribadas las puertas, o perforado los muros, o forzadas las cajas fuertes, el individuo ya no encuentra en sus propios medios una tutela que valga para proteger su cosa, y el temor más intenso y difundido de la repetición exige de la defensa pública una energía más potente” (1).-

“El fundamento de la agravante radica en que la acción del agente, además de lesionar el derecho de propiedad, atenta también contra la esfera de intimidad de la

víctima, mediante la violación de su domicilio, y con el consiguiente peligro que esta acción representa para quienes habitan el lugar” (2). “La agravante del art. 167, inc. 3º del Cód. Penal no toma en cuenta el daño causado por la perforación o la fractura, sino la circunstancia de que el delincuente no se ha detenido ante la defensa opuesta para la custodia de la cosa; tales defensas tienen valor calificante cuando forman parte de un todo que constituye “resguardo”, concepto que no incluye aquello que por su función no representa más que un puro efecto de control. (En el caso hubo fractura de ventana)”. (CNCrim. y Correc., sala V, diciembre 19 - 980 - Espeche Lavié, Pablo), ED, 93-389.-

Otros han considerado que el fundamento se establece en la mayor peligrosidad del agente, lo cual ha sido rechazado por otros autores, pues sostienen que la peligrosidad del sujeto activo no constituye una agravante del robo sino un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del C.P.-

Núñez sostiene que el Código aunque distinguiendo como dos medios distintos la perforación y la fractura, prevé en el art. 167 inc. 3º la llamada efracción o fractura, equivalente al “scasso” italiano y “einbruch” alemán, pero le atribuye capacidad calificante por sí misma, sino que sólo se le asigna cuando constituye el medio para robar lesionando el derecho a la intimidad del domicilio, como se anticipó más arriba. “Es un agravamiento complejo, que como no atiende sólo al quebrantamiento de los efectivos resguardos materiales del domicilio y de la intimidad de su titular, mediante el ejercicio de una fuerza en las cosas superior a la exigida por el tipo básico del robo, sino, también, el peligro que corren la persona de sus moradores” (3).-

Según este autor la perforación y la fractura constituyen fuerza en las cosas dotadas de solidez, horadándolas o atravesándolas de parte a parte la primera, y rompiéndolas o separándolas con violencia, la segunda. Entiende que no hay perforación ni fractura si uno de estos efectos se logran por otro medio que la fuerza, por ejemplo, quemando la cosa con fuego o ácido (en contra Creus (4)); o sí, usándose fuerza,

humana o mecánica, no se produce un cambio en ella o se ocasiona otro distinto de los mencionados, torciéndola o si el hecho carece de ambos requisitos (5).-

En realidad es suficiente con que la fuerza ejercida del modo efectivo en las defensas que establece el tipo para que el apoderamiento se califique, sin que sea necesario que a ella se aditen otras fuerzas destinadas a aquél. Por ejemplo, el agente que perfora una ventana para acceder a la vivienda donde se encuentra la cosa, es evidente que consuma un robo calificado, aunque después haya removido la misma sin hallar dificultad y sin empleo de otra fuerza. “Lo cual demuestra, además, que la perforación o la fractura a la que se agrega la violencia sobre las personas, anterior, concomitante o posterior al apoderamiento, según la parte general del art. 164, obligaría a la aplicación del art. 167 inc. 3º, exclusivamente: la calificante, aunque constituida por una particular fuerza, se refiere también a los robos en que se conjugan pluralmente los medios comisivos contemplados por el art. 164” (6).-

La perforación o fractura debe llevarse a cabo sobre pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana o sus partes integrantes colocadas para su cerramiento, tales como pestillos o cerraduras de lugar habitado en los inmuebles o sus dependencias inmediatas. De modo que la efracción en los muebles separados de aquéllos no entran en la calificante.-

Ya mencionaba Carrara que hay que tener en cuenta que la fractura no sólo debe recaer sobre cosas destinadas sólo a la custodia, al ornamento o al servicio del objeto sustraído debido a sus condiciones especiales, sino que debe recaer sobre cosas destinadas a la defensa del objeto, de allí que la razón de la agravante se finca en que los resguardos rotos deben presentar cierta solidez (7).-

Ahora bien, esta última circunstancia se ha constituido en una cuestión de hecho que ha sido evaluada de diversa manera en la doctrina y en la jurisprudencia. Por ejemplo, se ha dicho que aquéllo que no ofrece una cierta resistencia física tal como

una tela mosquitera destinada a impedir el paso de los insectos o los vidrios comunes o colocados como adorno sin otra protección no agravan el robo. Así lo entienden Nuñez, Creus, Breglia Arias – Gauna y Donna. En un punto más extremo se encuentra la posición de Chiappini y Tozzini quienes entienden que la mera rotura de un vidrio, aún común, agrava el delito base. En tanto que otros requieren que esos medios defensivos tengan ciertas características, como la de ser de un cierto grosor o blindados <sup>(8)</sup> o sea utilizado como material principal <sup>(9)</sup>. “La rotura de un vidrio común que no está destinado a cumplir una auténtica función de defensa, no agrava el delito de robo, por efracción”. (CNCrim. y Correc., sala VII, octubre 28 - 991. - González García, Adolfo A.), LA LEY, 1993-B, 460, J. Agrup., caso 8957. “Siendo el vidrio de consistencia común, no cumple la función de una verdadera defensa de cerramiento y su rotura satisface la exigencia de la “fuerza en las cosas” que convierte el hurto en robo simple, ya que la calificante requiere el empleo de una fuerza de mayor envergadura, superando un cerramiento físico y no simplemente simbólico (Del voto de la minoría)”. (CCrim. y Correc. San Martín, sala II, octubre 13-994. - Sequeira, Gustavo D.), LLBA, 1995-343.-

A decir verdad hay que tener en cuenta que no es el medio sino el modo lo que se castiga, pues para juzgar si existe fractura o perforación, se hace menester determinar o hacer una evaluación sobre si la acción se llevó a cabo con las manos o con un instrumento, pudiéndose determinar con ello la relevancia de la conducta impuesta por el agente.-

La fractura o perforación puede recaer sobre: *pared* que es toda construcción sólida para cerrar un espacio o sostener el techo; *cerco* se refiere a una construcción sólida en forma de vallada, *tapia o muro* que se coloca alrededor de la casa o lugar habitado con el fin de resguardo y no meramente divisor. “Debe observarse para evitar confusión y una errónea calificación legal que el “cerco” de la agravante que tratamos,

es la “defensa preconstituida contra atentados”, mientras que los “cercos de campo” (art. 163 inc. 1° del C.P.) no quitan a las cosas el carácter de indefensa”. El cerco perimetral que rodea la casa debe cubrirla en su totalidad, lo que demuestra la defensa predispuesta por el propietario, cubriendo *integralmente la vivienda*” (10); *techo* es la parte superior de una casa o edificio que cubre o cierra; *piso* es el suelo del inmueble; *puerta* constituye toda estructura sólida que sirve para impedir la entrada y salida y asegurada con llave, cerrojo u otro instrumento semejante y *ventana* es una abertura que tiene una pared para permitir el paso de la ventilación o de la luz (quedan comprendidas las claraboyas, los ojos de buey y las banderolas) (11).-

### **c) Lugares exteriores o interiores.**

La opinión mayoritaria de los autores coinciden en determinar que la perforación o fractura puede recaer sobre defensas exteriores o interiores pues la figura no hace ningún tipo de diferenciación al respecto tal cual lo especificaba el Código de 1886 cuando hacía alusión de que la fractura era para penetrar en el edificio. Empece a ello Creus considera que al haberse violado la intimidad del domicilio y puesto en peligro a sus habitantes al cometerse el robo en tal circunstancia ya la perforación interna no califica la figura.-

Por otra parte también hay un desacuerdo en la doctrina respecto al momento en que debe realizarse la perforación o fractura, es decir, si ésta debe llevarse a cabo para penetrar en el lugar donde se encuentra la cosa, o si también abarca la circunstancia que se consuma para salir del lugar.-

Sobre este particular ya algo se había expuesto en el tratamiento del hurto con escalamiento, donde se concluyó que el inc. 4° del art. 163 requiere que dicho accionar sea utilizado para la perpetración del delito y si se es coherente con la teoría de la ablatio, y dentro de ella con la de la “disponibilidad”, ello implica que para la adquisición de dicho poder se hace menester que el sujeto activo debe salir del recinto de donde

tomó la cosa y obviamente que si lo hace escalando se ha consumado el delito en forma agravada. En tal sentido Soler es sumamente claro cuando sostiene que el cerco u obstáculo que defiende la cosa no sólo sirve para impedir que el ladrón llegue a ella sino también para impedir que se la lleve. “...la ley con claridad requiere que la perforación o fractura se utilice para *perpetrar* el robo, es decir, para consumarlo, por lo que la efracción para salir del lugar, sacando la cosa de la esfera de custodia del dueño, integra aquél momento consumativo, siendo, en consecuencia, también típica la agravante” (12).-

En tanto que aquellos autores que adhieren a la teoría de la amotio y por ende consideran consumado el robo con la mera remoción de la cosa, entienden que la perforación o fractura para salir del lugar del hecho no constituye una calificante, debido a que el delito se ha perfeccionado al cumplimentarse con sus elementos típicos.-

Finalmente otro sector llega a la antes dicha conclusión porque sostiene que la agravante resulta aplicable cuando por medio de la mentada perforación o fractura se viola la intimidad del domicilio y consiguientemente se pone en peligro la integridad de los habitantes de modo tal que la efracción para salir ya no lesiona dicha intimidad. En esta tesitura se inscriben Nuñez (13), Creus (14), Laje Anaya y Gavier (15) y Donna (16).-

#### **d) Lugar habitado o sus dependencias inmediatas.**

El último complemento que especifica la figura es que todos los condicionantes antes expuestos para perpetrar el robo se llevan a cabo en lugar habitado o sus dependencias inmediatas, vale decir, que debe tratarse de un ámbito que al momento de la comisión del delito sea utilizado por la víctima como vivienda, aunque sea ocasionalmente, aunque no se encuentren ninguno de sus habitantes.-

No tiene relevancia para la aplicación de la figura el lapso en que se utiliza el lugar como habitación pues puede ser éste habitual o permanente, como el domicilio

real, o utilizado por tiempos relativamente cortos y circunstanciados tales como las casas de veraneo o una pieza de hotel.-

Entiendo que no parece surgir de la letra de la ley que el lugar “esté habitado” o “se encuentre habitado” sino que en realidad tenga la “calidad de habitado”. El lugar habitado se ha definido como aquél que estructuralmente se ha destinado a la vivienda, sea esporádica o cotidiana, sea para fin de semana, para veraneo o morada permanente; aquí la norma nada distingue sino que, tan sólo protege la intimidad. La jurisprudencia no puede deambular en el hecho de si la residencia se ocupa todos los días, un fin de semana, o bien tres meses al año; lo importante es ... que se de ... la violación de domicilio (17) es decir que se aplican los mismos parámetros utilizados al comentar la violación de domicilio. “El lugar habitado debe entenderse como la casa donde se vive o mora; casa habitación, morada y vivienda son términos sinónimos. La ley no distingue si el hecho de vivir es permanente o temporario, continuo o interrumpido, transitorio o accidental, por lo cual estas modalidades del vivir no modifica el sentido de las palabras de la ley: lugar habitado”. (SC Buenos Aires, abril 19 - 983 - Fernández, Hugo M. -Ac. 31.543-), ED, 107-129 - DJBA, 125-438 - JA, 984-II-69. “Las casas de veraneo o fin de semana constituyen lugar habitado conforme a lo establecido en el art. 167 inc. 3º del Cód. Penal”. (SC Buenos Aires, abril 19 - 983 - Fernández, Hugo M. -Ac. 21.543-), ED, 107-129 - DJBA, 125-438 - JA, 984-II-69. “En el caso que la persona, tenga dos o más residencias, en las que habita alternativamente, por la circunstancia de que no sean de una habitación permanente, no les hace perder, a los fines del art. 167, inc. 3º del Cód. Penal, el carácter de lugar habitado, desde que la ley, al establecer ese requisito, no dice que debe ser con sentido permanente o actual”. (SC Buenos Aires, diciembre 16 - 979 - Villalba, Juan R. y otros), DJBA, 118-64 -(Idem, junio 3 - 980 - Britos, Miguel A.), DJBA, 119-485.-

Parece no coincidir con esta opinión Donna al expresar que no basta que el

lugar esté destinado a ser habitado, aunque se encuentre amueblado y alquilado para tal fin. “El abandono del lugar, aunque temporario, excluye la habitación. La calidad de habitado de un lugar se determina por la unidad de la vivienda, bastando que dentro de esa unidad esté habitada una pieza o lugar de aquélla” (18).-

Sobre el particular Laje Anaya enseña que “... ese lugar (habitado) puede ser una casa, una pieza u otro recinto, cualquiera que sea la denominación ya que no se trata de un lugar destinado para que se viva, en el sentido estricto de vivienda, sino que lo que parece prevalecer es el destino (accidental o permanente), aunque la función sea otra desde el punto de vista funcional (se puede vivir o morar en un garage, un ómnibus, un vagón, aunque no se haya constituido para ese fin). Hay acuerdo en que no es necesario que en el momento del hecho estén los moradores; pero se exige, eso sí, que el lugar esté habitado, aunque lo sea en forma habitual, temporario o eventual. Con similares conceptos e idénticas palabras se expide Della Malva (19).-

Laje Anaya reafirma lo expuesto al considerar que “... recuérdese que el hogar no es sólo donde se duerme y se come como ámbito limitado de la intimidad, sino que lo privado se extiende a otros sitios o lugares que integren o nutren el ser de la intimidad” (20). En igual sentido Nuñez considera que por lugar habitado o dependencias inmediatas “es el lugar donde una persona desenvuelve su vida íntima, donde vive en familia, si la tiene, sea permanentemente o por un lapso. Comprende no sólo las habitaciones y los otros espacios cerrados de la vivienda, sino también los lugares de ella utilizable como íntimo”.-

Así dije que en ese sentido no compartía la idea seguida por Creus para quién no existe la agravante “... cuando el robo se perpetra en lugares destinados a ser habitados, pero en los que actualmente nadie habita, aunque el abandono actual de ese destino sea temporal ...” (21).-

Como se anticipara la efracción también califica cuando ocurre sobre las

dependencias inmediatas del lugar habitado. En este aspecto la doctrina es coincidente en señalar que por dependencias de esas características deben considerarse a los accesorios del lugar habitado, los cuales si bien no son utilizados concretamente como habitación se encuentran bajo la órbita de la intimidad del domicilio y como tales destinados a satisfacer las necesidades y utilidades de los moradores, tales como los garages, patios, jardines interiores, pasillos o corredores que comunican las distintas dependencias. Por contrario imperio no revisten tales condiciones y por ende no se ven afectadas por la agravante las dependencias que están físicamente separadas del lugar habitado, como lo son, los depósitos o locales comerciales sin una comunicación interna con aquél lugar de modo que no existe una relación de inmediatez tal como lo especifica el tipo.-

Según alude Tozzini esta figura agravada absorbe tanto al daño como a la violación de domicilio, los que no recobran autonomía delictiva cuando el robo o su tentativa resultan impunes, por ejemplo, por haber el ladrón desistido voluntariamente del robo o cuando actuó movido por un error de tipo, como ocurriría si se apoderara de una cosa propia creyéndola ajena, por aplicación del principio de consunción.-

Agrega que, al ejecutar la perforación o fractura, el autor ha comenzado a ejecutar el robo agravado, de acuerdo a lo especificado por el art. 42 del C.P. <sup>(22)</sup>, aún cuando causalmente todavía no haya entrado en contacto con las cosas o no se haya apoderado de ellas, como ocurre, cuando comenzó a abrir el boquete en la pared medianera para ingresar en el lugar o cuando, ingresando por otro medio, empezó a romper una puerta para poder sacarlas de allí <sup>(23)</sup>.-

#### **e) Aspecto subjetivo.**

El aspecto subjetivo hace referencia al dolo que requiere el conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo y la abolición de utilizar la perforación o fractura para consumir el apoderamiento. Desde luego que el error sobre alguna de las circunstancias

fácticas del tipo objetivo dejará el hecho en la figura base. Es admisible el dolo eventual, circunstancia a la cual aluden tanto Nuñez como Tozzini poniendo por ejemplo cuando el autor se representa la eventualidad de que el lugar esté habitado o la intermediación de la dependencia.-

<sup>1</sup> Carrara Francesco “Programa del curso de derecho criminal”, t. VI, parag. 2154, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946

<sup>2</sup> Estrella Oscar - Godoy Lemos Roberto “Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular”, t. II, p. 432, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, citando a Nuñez, Creus, Damianovich de Cerredo y otro

<sup>3</sup> Nuñez Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, p. 242, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989

<sup>4</sup> Creus Carlos “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, p. 460, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992

<sup>5</sup> Nuñez Ricardo (ob. cit. p. 243)

<sup>6</sup> Creus Carlos (ob. cit. p. 460)

<sup>7</sup> Carrara Francesco (ob. cit. parag. 2158/59)

<sup>8</sup> Breglia Arias – Gauna “Código Penal y leyes complementarias”, t. II, p. 160, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001

<sup>9</sup> Soler Sebastián “Derecho Penal Argentino”, t. IV, p. 263, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970

<sup>10</sup> Sánchez Freytes “Estudio de las figuras delictivas” t. II, p. 85, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994

<sup>11</sup> Idem (ob. cit. p. 85)

<sup>12</sup> Estrella Oscar y Godoy Lemos Roberto (ob. cit. p. 434) citando a Soler, Fontán Balestra, Chiappini y Tozzini

<sup>13</sup> Nuñez Ricardo (ob. cit. p. 242)

<sup>14</sup> Creus Carlos (ob. cit. p. 463)

<sup>15</sup> Laje Anaya – Gavier “Notas al Código Penal Argentino”, t. II, p. 319, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995

<sup>16</sup> Donna Edgardo “Derecho Penal. Parte especial”, t. II – B, p. 188, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001

<sup>17</sup> Figari Rubén E. “Temas de Derecho Penal”, p. 127, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1997, citando a Chiappini Julio “El concepto de lugar habitado art. 167 inc. 3° del C.P.” J.A. 1983 – I – 766)

<sup>18</sup> Donna Edgardo (ob. cit. p. 185)

<sup>19</sup> Della Malva Claudia G. “El robo con fractura: “lugar habitado””, L.L. 1993 – C - 158

<sup>20</sup> Laje Anaya Justo “Comentarios al Código Penal. Parte especial” t. II, p. 77, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979 y “Defensa en legítima defensa” p. 112, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1993

<sup>21</sup> Figari Rubén (ob. cit. p. 128)

<sup>22</sup> Al ejecutar la calificante que agrava el robo consistente en la fractura, se comienza a ejecutar el hecho en

los términos del art. 42 del Cód. Penal. (CNCrim. y Correc., sala I, diciembre 14 - 993. - Córdoba, Martín G.), LA LEY, 1994-D, 410.- DJ, 1994-2-890.

<sup>23</sup> Tozzini Carlos “Los delitos de hurto y robo”, p. 340, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995