

MARIO GARRIDO MONTT

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

TOMO III

DELITOS CONTRA LA VIDA

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD

DELITOS CONTRA EL HONOR

DELITOS QUE AFECTAN A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA

DELITOS CONTRA LA MORALIDAD E INTEGRIDAD SEXUAL

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS

Cuarta edición actualizada
con la colaboración de Alejandro Moreira Dueñas,
ayudante de la cátedra del autor



www.editorialjuridica.cl

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© MARIO GARRIDO MONTT

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 193.431, año 2010
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta cuarta edición
en el mes de julio de 2010

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de la obra completa 978-956-10-1594-4

ISBN de este tomo 978-956-10-2044-3

El legislador se ha puesto en la hipótesis de que exista una relación parental entre victimario y víctima, cuando esta última tiene menos de 18 años, al establecer una serie de reglas excepcionales sobre los derechos y deberes que pueden surgir entre ellos de acuerdo con la ley civil.

Se determina que el victimario pierde *todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes*. En forma redundante se establece que *quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere*.

Estas declaraciones el juez debe hacerlas en la sentencia, ordenando su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del menor, y de ser procedente, decretará la emancipación del menor.

Confirma el carácter sancionatorio de la medida la circunstancia que, expresamente, se disponga que subsisten las obligaciones civiles derivadas de la relación parental que afecten al condenado con la víctima o sus descendientes.

Llama la atención que esta regulación se limite exclusivamente a la hipótesis en que la víctima sea menor de edad, no se divisa razón para tener un criterio diverso tratándose de una víctima mayor de edad (derechos sucesorios, de alimentos, etc.).

c) *Inhabilitaciones civiles (art. 372)*

El artículo 372 establece dos inhabilitaciones civiles para los responsables de estos delitos cuando las víctimas son menores de edad (18 años de edad): *interdicción del derecho de ejercer la guarda y pérdida del derecho de ser oídos como pariente* en los casos que la ley lo exige.

22. DELITOS CONTRA LA FACULTAD DE AUTODETERMINACIÓN

22.1. CONCEPTOS GENERALES

La mayor parte de las figuras penales descritas por el Código, de manera directa o indirecta afectan a la autodeterminación de los

ofendidos; no obstante, existen ciertos tipos penales que de manera inmediata afectan a la libertad del ser humano para que decida libremente su actuar, sea en el sentido de hacer algo o de no hacerlo; esta libertad es la protegida particularmente con los tipos penales de amenazas (arts. 296 a 298) y con el de coacción (art. 494 N° 16).⁶⁸² El delito de amenazas es de *periloso*, se perfecciona por el solo hecho de dar a conocer la amenaza, de exteriorizarla, no es necesario que el autor logre el objetivo que perseguía, sin perjuicio que tal circunstancia pueda agravar la pena en ciertos casos. El peligro debe ser *concreto*, ha de ser cierto y estar dirigido a que lo sufra la víctima o un miembro de su familia. Con el delito de coacción no sucede otro tanto, porque es un tipo de resultado o material que se consume cuando se logra que el sujeto pasivo actúe o se abstenga de actuar en razón de la coacción que sobre él se ejerce, y por ser un delito falta se sanciona únicamente cuando está consumado (art. 9°). Ambas figuras —la amenaza y la coacción— son de naturaleza subsidiaria de otros tipos penales, que —de concurrir— prefieren en su aplicación.

22.2. DELITO DE AMENAZAS (ARTS. 296 A 298)

22.2.1. Concepto del delito

El delito de amenaza está descrito en el art. 296 en los siguientes términos: "El que amenazar seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal (...), siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho (...)". La última oración se refiere al hecho materia de la amenaza, que consiste en causar un mal al amenazado, de hacerle saber que se le dañará, que se le provocará una pérdida o una calamidad, la que podrá recaer sobre él mismo o sobre su familia.

⁶⁸² Autores como Cobo del Rosal y Carbonell Mateu expresan que el bien jurídico en el delito de amenazas "es la fase de formación de la voluntad o, si se prefiere, (a) la motivación del sujeto"; en otros términos, a la libertad en el proceso de motivación; a diferencia de la coacción, donde lo protegido es la fase decisoria, vale decir, la libertad de obrar (opus cit. p. 737).

22.2.2. El tipo objetivo

La figura penal exige un comportamiento activo de quien amenaza, que puede consistir en palabras, gestos, actos o escritos. Tales acciones pueden llevarse a cabo personalmente por el agente o por medio de terceros (emisarios) o cualquier soporte de comunicación adecuado. Parece necesario, en todo caso, la realización de una *actividad* del delincuente, no es concebible amenazar a otro por *omisión*.

22.2.3. Seriedad de la amenaza

La disposición parcialmente transcrita se refiere al que amenazar "seriamente"; corresponde distinguir, entonces, entre los amedrentamientos que irresponsablemente se expresan con frecuencia en el calor de una discusión o que se hacen con ligereza, por burlarse de alguien, hacerle una broma o simplemente molestarlo, de aquellas intimidaciones que realmente se pretenden cumplir. Estas últimas son las que constituyen las amenazas que se sancionan en el artículo 296, las realizadas formalmente, con autoridad, o sea con *seriedad*. Revisten este carácter los males que se presentan con posibilidad de concreción y cuya ocurrencia depende de la voluntad de quien hace la amenaza. Los males imposibles de ocurrir (que te trague la tierra, que te parta un rayo) o que siendo posible su acaecimiento no dependen de la voluntad del agente (que te reprobren en el examen), son atípicos por carecer de seriedad, constituyen meros deseos.

22.2.4. El mal objeto de la amenaza debe ser grave

La amenaza consiste en el apercibimiento de un mal que se causará a la víctima por voluntad del sujeto activo que, no cabe duda, puede revestir una multiplicidad de modalidades y ser de cualquier naturaleza. El art. 296, sin embargo, no abarca todas las amenazas posibles, limita su alcance a las que pueden ser graves para el afectado. El mal a causar ha de ir dirigido

necesariamente en contra del ofendido o de su familia, y sobre ellos ha de recaer; los males que podrían causarse a terceros no familiares quedan descartados de este tipo penal. El mal en cuestión puede afectar a la persona física de la víctima o la de alguno de los miembros de su familia (la vida, la integridad corporal o la salud), como también puede referirse a la honra o la propiedad de aquellos; no se extiende a daños distintos a los señalados, como los de naturaleza política, entre otros. Ha de tener, en todo caso, *cierta gravedad para el amenazado*, ha de ser de una entidad suficiente que logre crear en la víctima un estado de alarma o temor que vulnere su autodeterminación.⁶⁸³

22.2.5. Concepto de familia en el delito de amenazas

En este delito los afectados con el mal a causar en el futuro pueden ser, además del ofendido, su familia como conjunto, o cualquiera de sus miembros. El problema que podría plantearse es lo que se entiende por familia, puesto que en el ordenamiento jurídico es frecuente que esta noción se presente como difusa.⁶⁸⁴ La posible duda podría estimarse aclarada por el inciso final del art. 296, que manifiesta: "Para los efectos de este artículo se entiende por familia el cónyuge, los parientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad legítima, los padres e hijos naturales y la descendencia legítima de éstos, los hijos ilegítimos reconocidos y los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad legítimas".

En otros términos, en tanto subsista la disposición transcrita, deberá limitarse el alcance del concepto "familia" a lo recién indicado, esto es, a lo que en parte se infería del Código Civil antes que se modificaran las reglas sobre filiación.

⁶⁸³ Creus, *D.P., parte especial*, t. I, p. 332.

⁶⁸⁴ Suficiente es tener en consideración las modificaciones que en el Código Civil ha sufrido la filiación, la incorporación del concepto de pareja y las disposiciones de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

22.2.6. Verosimilitud de la consumación del mal

El art. 296 expresaba: "siempre que por los antecedentes aparezca verosímil", cuando hace referencia al mal que se anuncia al amenazado. En consecuencia, ese mal ha de presentarse para el ofendido como algo altamente susceptible de cumplirse, esto último debe ser evaluado considerando las circunstancias del mismo y la situación en que tuvo lugar la intimidación. *Verosímil* es aquello que ofrece apariencia de cierto, de modo que el análisis ha de realizarse con criterio objetivo, atendiendo a las circunstancias del afectado y del entorno en que se expresó la amenaza; no es lo mismo intimidar a un niño que a una persona madura o a un anciano, o cuando el ofendido está adecuadamente protegido.

22.2.7. Tipo subjetivo

La conducta descrita por el tipo penal es amenazar a otro con causarle un mal, y amenazar es precisamente hacer saber a la víctima que se pretende provocarle ese mal, de modo que por su propia naturaleza la acción requiere de dolo directo, de una voluntad dirigida a conminar a la víctima. El dolo eventual y la culpa no tienen cabida, por la naturaleza del tipo penal.

22.2.8. Sujeto activo y pasivo en el delito de amenazas

No se exige que el sujeto activo cumpla determinadas características, puede ser cualquier individuo, se trata de un delito común. Otro tanto sucede con el sujeto pasivo, puede ser cualquiera persona, no requiere de condiciones especiales, pero tomando en consideración las características del delito —que se dirige a afectar la mente de la víctima, creándole un estado de temor o preocupación—, el sujeto pasivo ha de tener aptitud intelectual y emocional para entender y sentir que está amenazado. Tal posibilidad deberá constatarse en la realidad fáctica, pues no es viable amenazar personalmente a un recién nacido (delito imposible); por otra parte, puede amenazarse a un no vidente por escrito, en atención que está en condiciones de solicitar que se le lea la

misiva.⁶⁸⁵ Las amenazas a un diputado o a un senador durante las sesiones de los cuerpos colegisladores, o a un magistrado de los tribunales superiores de justicia durante las audiencias, pueden constituir un delito especial, sancionado por el inciso primero del art. 264.

22.2.9. *Iter criminis*

Se señaló con anterioridad que la amenaza es un tipo penal de peligro y formal, de manera que sólo puede presentarse como consumado. La tentativa podría concebirse cuando la amenaza durante su ejecución admite un desarrollo parcializado en el tiempo; lo que debe descartarse es la frustración. Sectores de la doctrina estiman, en razón del bien jurídico protegido por el delito, que este se consuma cuando la amenaza llega al conocimiento del sujeto pasivo y no antes, algunos autores agregan que, además, debe realmente afectar al sentimiento de tranquilidad del amenazado.⁶⁸⁶

22.2.10. *Penalidad y clasificación de las amenazas*

Para determinar la pena de estos delitos, el Código distingue entre distintas clases de amenazas. Se diferencian aquellas en que el mal en que consisten constituye un delito, de aquellas en que esto no sucede. Si fueron condicionadas a la realización de algo, o no lo fueron; y en el primer caso, si el sujeto activo logró el cumplimiento de esa condición. Finalmente se establece una circunstancia especial de agravación de responsabilidad.

Amenazas cuyo mal constituye delito. Consisten en amedrentar a la víctima o a su familia con causarles un daño o perjuicio calificable como delito, voz en la cual —de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3º— se comprenden los crímenes, simples delitos y faltas dolosos (tal sería la muerte de un familiar de la víctima o el incendio de su casa). Por razones obvias quedan

⁶⁸⁵ Greus, *D.P., parte especial*, t. I, p. 334.

⁶⁸⁶ Cobo del Rosal, Carbonell Mateu, opus cit., p. 739.

excluidos los delitos imprudentes o negligentes. Las sanciones que corresponden a esta clase de amenazas dependen de si las mismas estaban o no sujetas al cumplimiento de una condición, que puede consistir en la entrega de una "cantidad"—sea de dinero o de cosas susceptibles de valoración económica—o cualquier otra condición cuya exigencia corresponda calificar de ilegítima, de no permitida.

El art. 296, en sus números primero y segundo, establece la sanción que corresponde a estas amenazas, distinguiendo si el sujeto activo obtuvo su propósito o no lo logró (si recibió la suma de dinero exigida o no lo consiguió). Si alcanzó su objetivo, la sanción que corresponde aplicar es presidio menor en su grado medio a máximo; en caso contrario, es presidio menor en su grado mínimo. Cuando la amenaza se concreta, o sea, se cumple el mal en que consistía, como ese mal constituye un delito, si este último tiene igual o mayor pena que el que corresponde al de amenaza, deberán aplicarse los principios inherentes al concurso aparente, donde el de especialidad o de consunción, según corresponda, determinará la pena aplicable.

Si la amenaza no era condicionada (simplemente el agente anuncia a la víctima que la matará, sin someter esa decisión a alguna exigencia), la sanción que corresponde imponer es la señalada en el número 3º del art. 296: presidio menor en su grado mínimo. Pero si el hecho consumado (en el ejemplo, la muerte de la víctima) merece una pena mayor, deberá imponerse la correspondiente a ese hecho; en otros términos, la pena mayor consume a la menor.

22.2.11. *La amenaza de un mal que no constituye delito*

En esta alternativa debe aplicarse el art. 297, se sanciona sólo la amenaza sujeta al cumplimiento de una condición, sea que el agente haya o no logrado su propósito, con reclusión menor en su grado mínimo a medio. Las amenazas de un mal que no conforman un delito o que no están sujetas a una condición, son hechos atípicos y, por tanto, no punibles, a menos que en la situación de que se trate se cumplan las condiciones de la falta descrita en el art. 494 N° 16 como coacción.

22.2.12. *Agravante específica*

El art. 296, inciso penúltimo, dispone: "Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisarios, éstas se estimarán como circunstancias agravantes". Cuando interviene "emisario", pues se puede estar en una situación de coautoría o complicidad, pues el emisario es un mensajero o recadero que facilita un medio de comisión del delito y, si hay concierto previo, se encuadra en el art. 15 N° 3; si no lo hay, en el art. 16. La agravante afecta tanto al que emite la amenaza como al emisario. Cuando el emisario es un simple instrumento manipulado por el autor, se estará ante una autoría mediata. Si el medio empleado por el agente es la escritura —en la actualidad deben quedar comprendidos los mensajes electrónicos escritos—, también se agrava la responsabilidad del agente.

22.2.13. *Sanción complementaria*

Se faculta al tribunal en el art. 298 para imponer al sujeto activo —además de las penas antes señaladas— rendir caución de no ofender al amenazado o, en su defecto, sujetarlo a vigilancia de la autoridad si la situación lo hace adecuado.

22.2.14. *Naturaleza de la acción penal*

La acción penal propia del delito de amenaza no puede deducirse de oficio por el Ministerio Público. Por mandato del art. 54 letra d) del Código Procesal Penal, las amenazas son delitos de acción pública previa instancia particular, de modo que el afectado debe, a lo menos, denunciarlo para que los fiscales puedan iniciar la investigación; una vez cumplido ese trámite, puede seguir actuando de oficio en su prosecución.

22.3. EL DELITO FALTA DE COACCIÓN (ART. 494 N° 6)

22.3.1. *Aspectos generales*

La figura penal en estudio tiene como objetivo que se respete el principio de autodeterminación, principio que es inherente a la personalidad del ser humano, específicamente en su vida de relación social. Se trata del derecho que tienen las personas de decidir si actúan o se abstienen de hacerlo frente a situaciones concretas,⁶⁸⁷ es la facultad de obrar libremente frente al sujeto activo que pretende compelirlo. La protección que ofrece este tipo penal corresponde únicamente al ejercicio de tal facultad en casos específicos; de modo que sólo indirectamente ampara la facultad de autodeterminación de que es titular todo individuo. La trascendencia de este bien no requiere comentario, no obstante el derecho positivo no parece haberle otorgado el reconocimiento que se merece, la Constitución Política no lo considera de modo explícito y la figura penal establecida para protegerlo se ubica entre los delitos faltas, en los últimos artículos del Código, con una muy modesta sanción. Es evidente que se trata de una norma de índole subsidiaria, cuya aplicación queda descartada por otros tipos penales que tienen como objeto jurídico, junto con la autodeterminación, la protección de otros intereses como la libertad, el patrimonio. Estos bienes el Estado los ampara con mayor energía, es más intensa su reacción, tal sucede con el delito de violación, el robo con violencia, el secuestro, entre varios otros.

El art. 494 N° 16 se ocupa de este tipo penal: "Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: (...) 16°. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quierá".

22.3.2. *Tipo objetivo*

La conducta que se prohíbe ofrece dos alternativas: a) impedir con violencia que la víctima haga lo que la ley no prohíbe, y

⁶⁸⁷ Cobo del Rosal, Carbonell Mateu, opus cit., p. 730.



comprensión no sólo de actividades que la ley no prohíbe, sino también de aquello que a veces prohíbe. La ley sanciona beber alcohol en la vía pública, pero no autoriza que un tercero impida hacerlo recurriendo a la violencia. Podría pensarse que el legislador usó las expresiones comentadas con el objetivo de permitir el empleo de la violencia para evitar la comisión de un delito, pero acciones de esa índole tampoco serían procedentes, a menos que —como se señalará a continuación— aparezcan legítimamente por una causal de justificación.

La expresión "ley" empleada por el art. 494 N° 16 ha de ser entendida como sinónima de ordenamiento jurídico,⁶⁹² noción amplia que se extiende a su vez a las ordenanzas y reglamentos.

Completar a una persona a que realice lo que no quiere. Nadie está obligado a satisfacer los requerimientos de un tercero para hacer algo que no desea, salvo casos excepcionales. No se trata de que se obligue con violencia a realizar actos delictivos o prohibidos por el sistema jurídico, pueden ser actos intrascendentes para el derecho; el objetivo de la norma es impedir que se atente en contra de la autodeterminación del sujeto pasivo a quien violentamente se pretende obligar a realizar lo que no quiere; no tiene relevancia la licitud, ilicitud o inocuidad del acto.

Sin estar legítimamente autorizado. La descripción del tipo alude a un elemento normativo, no estar autorizado para obligar a otro a realizar lo que no quiere o impedir que alguien lleve a cabo lo que pretende. Y ello porque hay personas a las que no sólo les está permitido actuar en la forma indicada, sino que tienen el deber de hacerlo. Los policías para mantener el orden o cumplir resoluciones judiciales, los padres respecto de los hijos en su deber de crianza, el que se defiende de una agresión y, en fin, todos aquellos a los cuales el ordenamiento jurídico los autoriza para obligar a otros a adoptar ciertas conductas o a impedir que las lleven a cabo. Estos permisos excepcionales no se refieren exclusivamente a las causales de justificación regladas por el Código Penal, sino en general a las situaciones que el sistema jurídico autoriza en circunstancias especiales. Una madre puede, aun con violencia, impedir que un hijo menor

⁶⁹² Cobo del Rosal, Carbonell Mateu, opus cit., p. 731.

b) compeler —que también presupone violentar— a una persona a ejecutar lo que no quiere.

Ambos comportamientos suponen que el sujeto activo emplee "violencia", y por tal debe comprenderse no sólo la fuerza física, sino también la vis compulsiva,⁶⁸⁸ porque compeler es obligar a alguien contra su voluntad, lo que puede lograrse en las dos formas aludidas. Es frecuente que el legislador al referirse a la *violencia* entienda, además de la fuerza material, la fuerza "moral".⁶⁸⁹ Al incorporar esta última a la figura penal en estudio se plantea una situación de concurso con el delito de amenazas anteriormente analizado, pero el señalado es un problema que deberá resolverse con los principios que regulan los concursos, donde la evaluación de la gravedad de la amenaza puede ser un criterio valioso.⁶⁹⁰ La intimidación en el *delito de coacción* (art. 494 N° 16) debe ser de menor gravedad que la requerida por el *delito de amenaza* (arts. 296-297). Por lo tanto, quedan fuera del ámbito del delito falta en estudio las amenazas cuyo mal constituyan un delito o cuando ese mal afecta a bienes personalísimos, como son los inherentes a la persona misma, su honra, su propiedad, su familia, conductas que conforman el tipo de amenazas sancionado en el art. 296 y que este precepto enumera expresamente.⁶⁹¹ Esas intimidaciones quedan excluidas del delito falta de coacción descrito en el art. 494 N° 16, que es subsidiario del delito de amenazas.

Impedir con violencia que la víctima haga "lo que la ley no prohíbe". Corresponde interpretar esta disposición en sentido amplio,

⁶⁸⁸ Opinión en contra de lo sostenido Cobo del Rosal y Carbonell Mateu, opus cit., p. 732.

⁶⁸⁹ Algunos comentaristas de este delito (Facheberry, *D.P.*, t. III, p. 246) limitan este concepto —el de violencia— únicamente a la fuerza física; no obstante que la posición del legislador penal cuando emplea el vocablo "violencia" normativamente le da un sentido amplio, lo que se consta en buena parte de los casos en que lo usa, haciéndolo extensivo a la intimidación. Así sucede en el art. 439 en el delito de robo con violencia, donde prácticamente homologa los conceptos. En esta disposición, al referirse a la invocación de orden falsa de alguna autoridad para exigir la entrega de la cosa, califica ese comportamiento como "violencia", cuando en el hecho es una intimidación. Situación análoga sucede con los arts. 342 y siguientes.

⁶⁹⁰ Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 191.

⁶⁹¹ *Ibidem*, pp. 193-194.



consume cocaína. Quien sorprende a un suicida puede emplear violencia para impedir que cumpla su propósito.

22.3.3. Tipo subjetivo

El delito consiste en emplear violencia para obligar a otro, de manera que subjetivamente el sujeto activo tiene que actuar con una voluntariedad dirigida a lograr ese efecto, o sea, a compeler o impedir, lo que supone necesariamente dolo directo. Se debe descartar la alternativa de dolo eventual y de culpa.

22.3.4. Consumación

La coacción es un delito de resultado, pues la violencia empleada ha de lograr que la víctima no realice lo que quería hacer o lleve a cabo lo que se le exige; al cumplirse cualquiera de estas dos alternativas, se consuma el hecho. Si el sujeto que pretende coaccionar a una persona no logra su objetivo, a pesar de la violencia que emplea, el hecho es atípico, sin perjuicio de que pueda responder penalmente por las lesiones o daños causados por el uso de la violencia; debe recordarse que las faltas y la coacción lo es— se castigan sólo cuando están consumadas, la tentativa y la frustración son atípicas.

22.3.5. Penalidad. Concursos

La sanción señalada por el art. 496 merece ser reservada si se considera la importancia y naturaleza del bien jurídico que protege el delito de coacción, la pena es pecuniaria, una multa cuya cuantía es de una a cuatro unidades tributarias mensuales, la más baja en las diversas escalas de pena. En todo caso, si la violencia empleada sobrepasa el nivel de lesiones leves—que son propias de cualquiera coacción—, tales lesiones deben sancionarse independientemente con la pena que corresponda, la que puede consumir la correspondiente a la coacción.

Ha de tenerse en cuenta, además, respecto de lo débil de la sanción, que este delito es un tipo penal subsidiario, y la coac-



ción que lo conforma íntegra, como elementos del tipo, otras figuras penales que vulneran intereses jurídicos distintos y que se reprimen, normalmente, con una sanción de más gravedad. Esta situación puede dar origen a los denominados concursos, sea material de delitos y, más frecuentemente, aparentes.

No hay, en verdad, diferencias en el ámbito cualitativo entre las amenazas y las coacciones, sus elementos y modalidades son análogos. Las diferencias existen en el aspecto cuantitativo, como señala García Pablos, la distinción incide en "la gravedad, no de la violencia, sino de la conducta impedida o compelida".⁶⁹³

Se presentan situaciones de semejanza con otros tipos penales, como sucede con el secuestro o la violación. El secuestro es un atentado a la libertad del sujeto, pero en el delito falta de coacción la privación de libertad del afectado es circunstancial y muy temporal, de pronta recuperación, lo que no sucede en el secuestro.

Por otra parte, hay casos de convivencia diaria donde se producen privaciones momentáneas de libertad, y se nos obliga a hacer cosas que no deseamos, pero que penalmente son irrelevantes. El que entra a un ascensor, por ejemplo, para subir a un piso determinado, pero por la manipulación de otro pasajero el ascensor sigue subiendo más allá del piso deseado; en este caso el primer pasajero queda privado de libertad por un pequeño lapso, en tanto se abra la puerta en el nivel que pretendía; ese encierro no voluntario no puede calificarse de secuestro. Otro tanto sucede con el pasajero de un vehículo de transporte público que no se detiene en el paradero donde debía apearse, y debe continuar al siguiente. En ambas hipótesis no hay privación de libertad propiamente—a pesar de que se ha privado a alguien de su facultad ambulatoria por un momento y se le ha impedido hacer lo que quería—, sin embargo, no constituyen secuestro; si se calificaran como coacciones, serían inidóneas en todo caso, por ausencia del tipo subjetivo.

⁶⁹³ Citado por Cobo del Rosal, Carbonell Mareu, op. cit., p. 794.



23. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD EN SU ASPECTO MATERIAL

23.1. EL DELITO DE SECUESTRO

23.1.1. Generalidades

El Código Penal en el Título III del Libro Segundo, párrafo N° 3, arts. 141 y siguientes, se ocupa del delito de secuestro, ubicándolo entre aquellos que "afectan a los derechos garantidos por la Constitución". El párrafo N° 3 se titula "Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares".

El artículo 141 en sus dos primeros incisos describe el secuestro en los siguientes términos: "El que sin derecho *encerrare* o *detuviere* a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito".

Este atentado contra la libertad se conoce también con la denominación de *plagio*, particularmente si se le agrega el elemento lúcro o cuando se comete con ánimo vindicativo.⁶⁹⁴

23.1.2. Bien jurídico protegido

Con el delito de secuestro se pretende amparar una modalidad de la libertad, la de poder desplazarse sin restricciones por el territorio de la nación, facultad que se encuentra garantizada por la Constitución en el artículo 19 N° 7, en especial en sus letras a), b) y c), que reconoce el derecho de toda persona de permanecer en cualquier lugar del territorio de la República, de estar en él o de trasladarse voluntariamente dentro o fuera de sus límites, de salir o entrar al mismo, sin que nadie pueda ser privado de su libertad personal, ni ser arrestado o detenido arbitrariamente.

⁶⁹⁴ Carrara, opus cit., t. I, *Parte Especial*, párrafo 1667, p. 49.

En consecuencia, el bien jurídico del delito, o sea, el interés social protegido por esta figura penal, es la libertad ambulatoria de las personas, facultad que siendo inherente a cada individuo, lo faculta sin distinciones para desplazarse a su arbitrio y sin restricciones.

23.1.3. El tipo penal en el delito de secuestro

Pueden distinguirse dos fases en esta figura, como sucede en todo delito, la objetiva, conformada por el comportamiento, con sus modalidades y sus consecuencias, y su fase subjetiva, integrada por el dolo.

Tipo objetivo. La descripción que el legislador hizo del comportamiento prohibido permitiría sostener—erradamente al considerar su literalidad—que el secuestro puede cometerse únicamente mediante una "acción". El art. 141 emplea dos formas verbales, *encerrare* o *detuviere*, que involucrarían una actividad positiva del agente. En la realidad lo frecuente es que el secuestro se consuma con una conducta activa, pero no hay impedimento para que pueda llevarse a cabo—de manera excepcional indudablemente—mediante una *omisión*.

El artículo 141 emplea dos verbos: "encerrar" y "detener", ambas expresiones hacen referencia a imponer una limitación o restricción de la posibilidad de desplazamiento físico de una persona, contra su voluntad, reduciéndola a un lugar más o menos limitado (una pieza, un sitio amurallado y análogos), o simplemente inhibirla totalmente de tal posibilidad (introducirla al portamaleta de un vehículo, o mantenerla en cama drogada). Por consiguiente, la víctima puede conservar en ciertos casos parte de su facultad de desplazamiento, pero debe quedar ostensiblemente reducida contra su voluntad. El tipo no exige que la privación de libertad sea absoluta. No quedan comprendidos en el delito de secuestro encierros circunstanciales que ocurren en la vida cotidiana y que socialmente son aceptados (la no apertura inmediata de la puerta del avión por lentitud en colocar la manga de acceso, o no poder descender del bus en el paradero esperado).

Las expresiones *encerrare* y *detener* empleadas por el artículo 141, si bien envuelven la idea de restringir la facultad ambulatoria, no

por *omisión*, si bien en situaciones generalmente excepcionales. Los verbos rectoros podrían inducir a limitar su modalidad a comportamientos positivos, pero las hipótesis de secuestros por omisión demuestran lo contrario, el portero que se niega a abrir las puertas de la escuela donde estaban en clase los alumnos, o el celador que en la mañana no abre las celdas de encierro de los presos.

Para que se perfeccione el tipo objetivo deben concurrir, además, *dos condiciones negativas*: a) que el actor no tenga facultades para privar de libertad a la víctima, y b) que actúe sin el consentimiento de esta última.

a) El artículo 141 inicia la descripción del tipo exigiendo que la detención o encierro se haga "*sin derecho*". Este es un elemento normativo del tipo —que algunos sectores doctrinarios vinculan con la antijuridicidad del comportamiento del autor— que consistiría en la ausencia de una autorización que emane del ordenamiento jurídico para disponer de medidas que restrinjan la libertad de las personas. Como antes se ha señalado, en realidad se trata de un elemento normativo negativo del tipo, que se vincula con la tipicidad y no con la antijuridicidad. De otro modo podría entenderse que puede privarse de libertad a cualquier persona, esa sería la norma general, y sólo excepcionalmente se prohibiría hacerlo, siendo que la situación es a la inversa, de modo excepcional se permite detener o encerrar y la conducta del que detiene con autorización legal no es típica.

Por otra parte, no es necesario que exista una disposición expresa que autorice al actor para privar de libertad a otro. Tal facultad puede desprenderse del conjunto del sistema normativo, así sucede con los padres en relación con los hijos menores, que pueden privarlos o restringir su libertad con la finalidad de protegerlos o criarlos, el médico tratante puede en determinadas circunstancias limitar la libertad ambulatoria del paciente con motivos del tratamiento a que lo sujeta. En las actas de la Comisión Redactora se dejó constancia expresa sobre este punto.⁶⁹⁸ La posición de garante de algunas personas puede permitirles también, en circunstancias especiales, imponer encierros de corta duración a otras personas, como sucede con los conductores de

⁶⁹⁸ Comisión Redactora, Acta N° 31, de 21 de abril de 1871.



son análogas en su alcance, tienen significados distintos. "Encerrar" es colocar a una persona en un lugar determinado sin alternativa de poder salir del mismo, en otros términos, queda enclaustrada. El recinto puede ser pequeño o amplio, pero siempre limitado, como un closet, una habitación, un avión, un camarote o semejantes. En tanto que "detener" es la acción dirigida a sujetar o inmovilizar a la víctima, impedirle que se desplace en tanto tenía posibilidad de hacerlo, también puede consistir en trasladarla a un lugar distinto de aquel en que se encontraba, en la dirección que el sujeto activo determine. El encierro normalmente es consecuencia de la detención, esta última —se ha afirmado— es sólo un camino para luego proceder al encierro.⁶⁹⁵ La noción "detención", —en todo caso— tiene un alcance más amplio que la de "encierro", y tampoco siempre la acompaña, puede amarrarse o encadenarse a la víctima impidiendo su libre desplazamiento, sin necesidad de encerrarla. Para estos efectos, la idea de libertad debe entenderse en la forma expresada por Córdova: "la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico".⁶⁹⁶

No deben confundirse las expresiones comentadas con las prohibiciones que se puede imponer a terceros, como la de no entrar a un lugar o recinto determinado; en tales alternativas aquellos no han perdido la libertad de desplazarse, sino que se les impide el acceso a un sitio o lugar específico.

El lugar en que se lleve a cabo el secuestro resulta indiferente, puede ser privado o público. Como bien señala Etcheberry, la privación de libertad inherente al secuestro no exige el traslado de la víctima de un lugar hacia otro, puede concretarse —entre otras formas— simplemente encerrándola en su propia casa.⁶⁹⁷

La duración del encierro no tiene trascendencia generalmente en la comisión del delito, a menos que supere el lapso de quince días, circunstancia que tiene influencia en la determinación de la pena, como se hará notar más adelante.

Lo normal, entonces, será que el secuestro se realice mediante una *acción*; lo que no impide que pueda llevarse a cabo

⁶⁹⁵ Fontán Balestra, *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 310.

⁶⁹⁶ Citado por Cobo del Rosal, J.C. Carbonell Mateu, *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 747.

⁶⁹⁷ Etcheberry, *Derecho Penal*, t. 3°, p. 204.



vehículos de transporte en pro de la seguridad de los pasajeros, los profesores para mantener el orden en las salas de clase.

b) La detención o encierro debe llevarse a cabo sin la voluntad de la víctima, condición imperativa para la tipificación del secuestro, aunque no impuesta de modo explícito por el texto legal. La libertad ambulatoria es un bien disponible y personalísimo, una persona puede consentir en que la misma se le restrinja, aun renunciar a ella en circunstancias especiales. Así sucede con el ascensorista o el portero de un recinto, que no pueden desplazarse libremente durante el cumplimiento de tales labores. La voluntad del privado de la libertad, para renunciar al ejercicio de su facultad ambulatoria, constituye una condición de atipicidad que descarta el posible secuestro.

23.1.4. *Los sujetos y el objeto material del delito*

Tanto el sujeto activo como el pasivo requieren cumplir ciertas condiciones. El autor del secuestro puede ser cualquiera persona, sin importar su sexo o condición, se trata de un delito común, pero existe una excepción, si se trata de un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones, su conducta no configura este delito, sino el de detención ilegítima descrito en el artículo 148.

La autoría en el secuestro ofrece otra modalidad, puede configurarse aunque el delito se encuentre en estado de consumado, como se señalará al comentar la participación.

El sujeto pasivo es la víctima de la detención o el encierro que, al mismo tiempo, es el objeto material de la acción del secuestro.

La víctima del secuestro no requiere de características particulares, toda persona puede ser sujeto pasivo de un secuestro, aun aquellas que están en la imposibilidad de ejercer por sí mismas su facultad de desplazarse, como ocurre con un inválido, o un individuo ya secuestrado que pasa a ser objeto de otra privación de libertad distinta a aquella en que se encontraba e impuesta por personas diversas de aquellas que lo habían encerrado primeramente. En esta hipótesis se continúa afectando su potencialidad de ejercer su derecho al libre desplazamiento.

Hay, en todo caso, una limitación en cuanto al sujeto pasivo, la víctima debe ser una persona natural y tener por lo menos dieciocho años de edad, de no ser así, el plagio constituiría el tipo penal denominado *sustracción de menores*, sancionado en el artículo 142.

23.1.5. *Tipo subjetivo en el secuestro*

Como todo delito, el secuestro requiere del elemento subjetivo, de una voluntad dirigida a concretar el tipo objetivo, que puede configurarse con dolo directo o eventual (el sujeto que clausura o elimina todas las vías de acceso de un inmueble, con plena indiferencia a la posibilidad cierta que el mismo esté habitado). La culpa queda descartada, de modo que si alguien resulta privado de libertad por negligencia o imprudencia de un tercero, ese comportamiento no es típico, a menos que pueda encuadrarse en otro tipo especial, como sucede con el descrito en el artículo 225 N° 5, entre otros.

Siempre, por tanto, el delito de secuestro es doloso, y puede ir acompañado de circunstancias que agraven su injusto, como extender la duración del secuestro o causar daños graves en la persona o intereses de la víctima, situaciones estas últimas que podrían atribuirse tanto a dolo como a culpa, alternativas que se comentarán en los párrafos siguientes.

Aparte del dolo, el secuestro no requiere de *móviles* o *animus* especiales en el obrar del autor, pero si concurre alguno de los considerados por el legislador (art. 141 inciso 3°) —como el de cobrar rescate u otros— al aumentar el injusto del acto, su consecuencia puede ser la agravación de la sanción.

23.1.6. *Naturaleza del delito*

El secuestro es un delito material, para consumarse requiere como resultado la pérdida de libertad de la víctima, aunque sea por un breve instante. A su vez, es concebible que quede en etapas de tentativa y frustración, aunque esta última hipótesis puede ser discutible (los delincuentes encierran a la víctima en su departa-

pues estos son medios de transporte y no lugares, a menos que sean empleados específicamente como recintos para tales efectos. Los que facilitan esos medios de traslado con posterioridad a la detención y sin que haya existido acuerdo previo, se califican de cómplices y se castigan como tales, salvo que se reúnan en ellos las otras condiciones que se enumeran en el artículo 15.

23.1.8. Sanción que corresponde al secuestro y circunstancias de agravación

El artículo 141 dispone que el delito de secuestro se castiga con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo, lo que aparece coherente con el sistema sancionatorio del Código, pues los atentados a la vida son reprimidos con pena de presidio mayor.

La pena en cuestión corresponde a la figura básica de secuestro, pero en el artículo 141 se describen varias circunstancias de agravación que se fundamentan de tres patrones distintos: a) los móviles del autor, b) la duración de la privación de libertad o los daños que sufra la víctima y c) la comisión de otros delitos con motivo u ocasión del secuestro.

a) Los móviles del autor

El inciso 3° del art. 141 califica como circunstancia de agravación del secuestro "si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones...". No es elemento de la agravación el hecho de que se obtenga el rescate o el cumplimiento de alguna de sus exigencias, lo requerido es que el autor haya privado de libertad a la víctima con alguno de los objetivos indicados. Se trata entonces de un elemento subjetivo del injusto de índole trascendente, el actor debe haber obrado impulsado por tales pretensiones, el precepto no requiere que se cumplan en la materialidad. El móvil aludido normalmente existirá con anterioridad a la iniciación de la privación de libertad, pero no es fundamental que así sea, puesto que se trata de un delito permanentemente, de modo que si los actores, con posterioridad al inicio de la actividad, plantean la exigencia de rescate para liberar a la

tamiento, y aseguran la puerta de acceso, pero no repararon que desde dentro podía abrirse limpiamente, lo que permite huir al secuestrado).

El secuestro ofrece una característica que normalmente no presentan otros delitos, se mantiene en un estado de consumación en tanto el sujeto pasivo permanecce—por la acción de sus captores— privado de libertad, se trata de un delito *permanente*. Esta circunstancia reviste importancia tanto para efectos de la prescripción de la acción—sólo principia a correr desde el momento en que se logra liberar al secuestrado— como para la participación, a saber, la intervención de otras personas durante el secuestro. De modo que el sujeto que sin haber tenido intervención en la detención de la víctima, ni haberse concertado con los que la llevaron a efecto, adquiere la calidad de autor si con posterioridad a las referidas acciones se pone de acuerdo con los que lo capturaron para mantener la privación de libertad del secuestrado asumiendo—entre otras actividades— labores de vigilancia. Tales comportamientos le dan la calidad de autor o de cómplice en algunos casos, aunque su participación se desarrolle con posterioridad a la detención de la víctima y mientras esta se encuentra privada de su libertad.

23.1.7. Facilitar el "lugar" para la concreción del delito

Esta clase de colaboración se sanciona en el inciso segundo del artículo 141, que impone la pena correspondiente al autor a quien facilita el lugar para la ejecución del delito. Conforme al art. 16, facilitar el lugar para el secuestro, sin que medie concierto previo, debería sancionarse como acto de complicidad, en tanto que en la especie debe calificarse como autoría.⁶⁹⁹

Esta norma es de índole excepcional, debe por tanto ser interpretada en forma estricta. La voz "lugar" empleada por el legislador se limita al inmueble material—sea una construcción o un mero espacio físico— en que se recluye o mantiene al secuestrado, por consiguiente no corresponde extenderla al vehículo en que puede ser transportado, sea terrestre, marítimo o aéreo,

⁶⁹⁹ Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, opus cit., p. 204.

víctima, o de otra condición, la agravante se cumple. Otro tanto sucede si ya iniciado el secuestro se crea en los actores la voluntad de plantear condiciones y obran en consecuencia.

Por *rescate* ha de entenderse un beneficio de naturaleza económica para el autor o terceros, que pueden ser personas naturales o jurídicas. La otra hipótesis considerada en el art. 141 consiste en sujetar la liberación del privado de libertad al cumplimiento de exigencias o de condiciones, que pueden ser de cualquier carácter, políticas, sociales o particulares, para ser cumplidas por alguna persona, natural o jurídica, con excepción de las autoridades públicas, porque esta última hipótesis está sancionada por el inciso 2° del artículo 5° b) de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

La pena que corresponde al secuestro al concurrir una de las agravantes que se han comentado es presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

b) Duración del encierro o daño grave sufrido por la víctima

En el inciso cuarto del art. 141 se establecen dos circunstancias especiales de agravación de la pena del secuestro: "Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo". El precepto —como se ha señalado— consagra dos agravantes: 1) que la privación de libertad de la víctima exceda de *quince días* en cuanto a su duración y 2) que de la privación de libertad resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado. Es suficiente que se supere el plazo de días señalado para que la agravante se perfeccione; en la hipótesis del daño, es el tribunal que conoce del delito al que le corresponde determinar si el mismo alcanzó la intensidad necesaria para calificarlo de "grave". El daño debe recaer directamente en la persona del secuestrado, y puede consistir en una mutilación, una lesión física o síquica o una enfermedad; puede recaer también sobre los intereses de la víctima, que no necesariamente han de ser de índole económica.

Cabe preguntarse si el dolo debe abarcar las situaciones que configuran esta agravante o la disposición consagra una respon-

sabilidad objetiva. No cabe duda que si los daños obedecen a una conducta dolosa, el aumento de pena es procedente, pero no parece que necesariamente ese elemento subjetivo debe extenderse siempre a los referidos aspectos. Por otra parte, la voz "resultare" empleada por el legislador podría hacer pensar que se trata de una responsabilidad a todo evento, pero como la responsabilidad objetiva no encuadra con el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico penal,⁷⁰⁰ por lo menos debe concurrir culpa para que se conforme la agravante.

c) Otros delitos cometidos con motivo u ocasión del secuestro

Las expresiones "con motivo u ocasión" deben entenderse en el alcance señalado al tratar el delito de robo con violencia.⁷⁰¹ El inciso final del artículo 141 dispone que el secuestro deberá sancionarse con una pena excepcionalmente alta, presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, siempre que en relación con el ofendido y con motivo u ocasión del secuestro se cometieran algunos de los siguientes delitos: homicidio, violación, violación sodomítica, o alguna de las lesiones descritas en los artículos 395 (castración), 396 (mutilación) o lesiones graves.

Debe repararse que para la conformación de la agravante han de cometerse algunos de los "delitos" que se han enumerado, no se trata de que fallezca el ofendido durante el secuestro, o que se lesione, debe cometerse en su persona un "delito", y se sabe que cuando el Código alude a delito se hace referencia a una acción u omisión que cumpla con todas las condiciones exigidas por el tipo "doloso"; de manera que si la muerte o lesión es consecuencia de un hecho fortuito o atribuible a mera imprudencia o negligencia de los actores, no puede aplicarse esta agravante, sin perjuicio de que concurra la señalada en la letra b), comentada precedentemente (grave daño del secuestrado).

⁷⁰⁰ Cfr. Politoff, Maus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 207.

⁷⁰¹ Consúltense t. 3°, párrafo 98.2-A.1.

23.1.9. *Atenuante especial*

El artículo 142 bis con el objetivo de favorecer la liberación de la víctima de manos de sus captores, dispone que si "antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores".

Para que opere esta atenuante en el delito de secuestro es necesario que se cumplan dos condiciones:

a) que se libere al secuestrado por decisión voluntaria de los actores, si son varios favorecerá únicamente a aquel o aquellos que lo devolvieron o estuvieron de acuerdo con hacerlo. No opera la rebaja de pena, sin embargo, cuando es la propia víctima la que logra liberarse o cuando terceros fuerzan a los secuestradores para que lo hagan. La oportunidad para concretar la liberación, según el art. 142 bis es amplia, puede cumplirse antes de iniciar la persecución del delito, estén o no individualizados los actores, durante la investigación y aun si se ha cumplido alguna de las condiciones que plantearon los secuestradores;

b) que se devuelva a la víctima libre de todo daño, entendiéndose por tal cualquier perjuicio en la persona de ella "adicional al necesario para la comisión del delito"⁷⁰² que sea atribuible al secuestro.

La rebaja de pena que establece el art. 142 bis es de mayor o menor intensidad y tiene un carácter imperativo o facultativo para el tribunal, según la oportunidad en que se lleve a efecto. Si la víctima es liberada por los secuestradores antes de que se cumpla alguna de las condiciones que hubieren planteado para hacerlo, el tribunal obligadamente deberá reducir en dos grados la sanción correspondiente al delito. No sucede otro tanto si la liberación del ofendido tiene lugar después del cumplimiento de alguna de esas condiciones, en esta hipótesis el tribunal queda facultado para rebajar la pena, pero no está obligado a hacerlo; además, si opta por reducirla, sólo puede rebajarla en un grado.

⁷⁰² Politoff, Matus, Ramírez, opus cit., t. II, p. 206.

La reducción en este caso es facultativa y dependerá de las circunstancias y modalidades del delito.

23.1.10. *Posibles concursos*

Las situaciones de concurso aparente de leyes penales con relación al secuestro, como también los concursos materiales, pueden ser frecuentes, sobre todo en atención a las circunstancias de agravación comentadas en los párrafos precedentes. Si se comete homicidio, violación, mutilación o lesiones, normalmente estos delitos quedan consumidos por el secuestro por mandato del artículo 141. Por otra parte, cuando la privación de libertad ha sido dispuesta por funcionarios públicos, o tratándose de encierro o detención de víctimas menores de edad, esas conductas conforman figuras especiales, algunas de las cuales se analizarán a continuación. Estos últimos tipos penales, por el principio de especialidad, generalmente prefieren a la aplicación del delito de secuestro. Sin perjuicio de lo señalado, las lesiones de mediana gravedad o leves que sufra el ofendido, o los malos tratos de que sea objeto a consecuencia de la detención o del encierro, o de la forma y modalidades de su ejecución, quedan consumidos por el delito de secuestro.

23.1.11. *El secuestro y la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado*

La investigación de los delitos descritos por esta ley sólo se puede iniciar por querrela presentada por las autoridades o personas señaladas en el artículo 26 de la misma, de modo que su aplicación queda restringida y sometida a un procedimiento especial. El artículo 5 b) de ese texto dispone que se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio al que prive de libertad a otro, siempre que al hacerlo el sujeto activo persiga alguno de estos tres objetivos: a) alterar el orden constitucional, b) alterar el orden público y c) imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad.

Se consideran circunstancias de *agravación* cuando la privación de libertad dura más de *cinco días*, si se exige rescate, si el delito se realiza en razón del cargo que desempeña la persona o se trata



de un pariente próximo de éste o su cónyuge. Si con ocasión o con motivo del secuestro se cometen otros delitos, como el de homicidio, el de violación o semejantes en gravedad, enumerados por el art. 5°, se aumenta la sanción.

23.2. SUSTRACCIÓN DE MENORES

23.2.1. *Concepto del delito*

El artículo 142 describe esta figura: "La sustracción de un menor de dieciocho años será castigada:

1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.

2°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.

Si con motivo o con ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala".

El interés jurídico relevante en este delito es, en substancia, la libertad del menor, en su aspecto potencial, pues si bien es dudoso hablar de libertad material de un ser recién nacido o de muy corta edad, potencialmente como persona tiene la facultad de desplazarse. No obstante, el legislador al reglar esta materia tuvo en consideración que el bien jurídico protegido en estos casos es el ámbito de protección del menor, porque la situación normal y en que mayoritariamente se encuentran los menores es la de estar bajo el cuidado de otra persona, sean sus padres o guardadores. Esta circunstancia lo inclinó a sustituir los términos "detener" o "encerrar" empleados en el artículo 141, por el de "sustraer", que importa arrebatarse o sacar a un niño de la esfera de custodia en la que se encuentra. Respecto de menores adolescentes no sujetos a custodia jurídica ni de hecho —y que muchas veces se dedican a la vagancia— la noción *sustraer* puede ser discutible y, como bien comenta Echeberry,⁷⁰³ la conducta en estos casos

⁷⁰³ Echeberry, *D. P.*, t. III, p. 314.

es muy parecida a la del secuestro: encerrar o detener. Sectores de la doctrina estiman que este delito afecta directamente a la *seguridad* del menor como presupuesto de la libertad en sentido amplio, sobre todo de la ambulatoria.⁷⁰⁴

23.2.2. *Tipo objetivo*

El comportamiento prohibido es sustraer a un *menor de edad*, sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra, en el entendido que lo perseguido es detenerlo o encerrarlo, privarlo de la libertad de desplazamiento, de la que potencialmente es titular. Esta conducta debe diferenciarse de la acción descrita por el tipo establecido en el artículo 357, que consiste en inducir a un menor a abandonar la casa de sus padres o guardadores, sin que se le encierre o detenga. En el delito que se sanciona en el artículo recién citado se atenta contra la custodia o el estado civil del menor, pero no contra su libertad de desplazamiento. Si se le ha privado de esta libertad se incurre en el delito de sustracción de menores.

La sustracción de menores no comprende la situación de una persona que de hecho tiene a un menor en su poder —sea porque asumió su custodia de facto o no tiene un derecho preferente para hacerlo— y se niega a entregarlo a aquella a quien le corresponde legalmente esa custodia. Esta hipótesis se sanciona en el artículo 355⁷⁰⁵ y no debe confundirse con la descrita en el art. 142 en estudio. Corresponde, en consecuencia, distinguir entre las diversas modalidades de comportamientos que afectan a un menor: "sustraerlo" o "inducirlo a abandonar su hogar" y "negarse a entregarlo a sus padres o guardadores"; sólo la primera conducta —"sustraer" en el sentido y alcance antes indicado— constituye el delito de secuestro, no así las restantes.

⁷⁰⁴ Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, pp. 210-211.

⁷⁰⁵ Chile aprobó la Convención que reglamenta aspectos civiles del secuestro internacional de menores, publicada el 17 de junio de 1994, y el cumplimiento de resoluciones de tribunales extranjeros, señalando la forma de proceder. En esta Convención no se establecen sanciones penales, de modo que con relación a esta materia rige en plenitud la legislación penal nacional.

23.2.3. Sujetos activo y pasivo de la sustracción

El sujeto pasivo necesariamente debe ser un menor de edad, y en el sistema nacional lo es aquel que no ha cumplido dieciocho años. A ellos se refiere expresamente el artículo 142, de consiguiente, si la persona privada de libertad ha cumplido esa edad o es mayor, su detención o encierro conforma el delito de secuestro comentado en párrafos anteriores.

El legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, no requiere tener características especiales, sin embargo es útil tener en cuenta que si es un funcionario público quien realiza esta conducta durante el ejercicio de sus funciones, puede incurrir en el delito de detención ilegítima (art. 148).

23.2.4. El consentimiento del menor

Conviene hacer notar que este delito afecta a la libertad y a la custodia del menor, de manera que su voluntad no ofrece relevancia; si bien podría aceptarse que la libertad en ciertos casos es un bien disponible, no lo es así la "custodia" a que está sometido normalmente. Esta circunstancia llevó al legislador a describir el delito empleando el verbo rector *sustraer*, y no *encerrar* o *detener*, como lo hizo al tipificar el secuestro. Sin embargo, para precisar el alcance de esta figura penal, debe vincularse con la descrita en el artículo 357 —inducción al abandono del hogar—, que castiga al que induce a un niño mayor de diez años a abandonar su hogar. Al relacionar el delito de sustracción de menores (art. 142); y el de inducir al abandono del hogar (art. 357), se concluye que tratándose de menores hay que diferenciar algunas situaciones: 1) el abandono voluntario y espontáneo del hogar o custodia que lleva a efecto un menor de dieciocho años sin intervención de terceros, es un acto atípico, 2) el sujeto que sustrae de su hogar un menor o de la custodia a que está sujeto, *sin su voluntad*, conforma el tipo penal sustracción de menores descrito en el art. 142, y 3) si el abandono del hogar o custodia es voluntario, pero tiene su causa en la inducción de terceros, hay que distinguir a su vez: si el menor no tiene diez años cumplidos, los que se lo llevaron son autores de sustracción de menores (art. 142); si tiene

más de diez años, los que lo indujeron responden por el delito de inducción a abandonar el hogar (art. 357).

23.2.5. El tipo subjetivo

El secuestro subjetivamente puede cometerse con dolo directo o eventual, salvo en las alternativas donde el actuar del agente va acompañado de un elemento subjetivo del tipo, o su conducta conforma un delito complejo (con homicidio, violación, etc.), situaciones ambas que suponen dolo directo, el dolo eventual queda descartado.

23.2.6. Penalidad de la sustracción de menores. Agravación y atenuación de la pena

Hay una sanción general o base para el delito de sustracción de menores, aplicable en el caso que en su ejecución no se presenten circunstancias especiales, pena que está señalada en el N° 2 del artículo 142, que lo reprime "con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos".

El N° 1 y el inciso final del art. 142 consideran algunas *circunstancias de agravación* de la pena:

- a) si la sustracción se ejecuta con el objetivo de obtener rescate, imponer exigencia o arrancar decisiones,
- b) si resultare grave daño en la persona del menor, que a lo menos debe ser atribuible a culpa de los captores, y
- c) si con motivo u ocasión de la sustracción se comete, además, homicidio, violación, violación sodomítica, o delito de mutilación o lesiones gravísimas en la persona del menor, estas situaciones transforman al secuestro en un delito complejo.

Estas agravantes han de ser entendidas en el alcance que se explicó al tratar el secuestro. Las circunstancias indicadas en las letras a), b) y c) endurecen la pena, que se aumenta a presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se establece también una *circunstancia de atenuación* de la sanción en la sustracción de un menor. El artículo 142 bis dispone que cuando se procede a su devolución libre de todo daño, antes

de que se cumpla alguna de las condiciones establecidas para su liberación, se rebajará la pena en dos grados; si la devolución se hace después de haberse cumplido alguna de tales condiciones, se faculta al juez para rebajar en un grado la sanción. En esta última alternativa la rebaja es optativa para el tribunal, en el primer caso es imperativa. Los comentarios realizados sobre esta norma al tratar el secuestro, se reproducen en este apartado.⁷⁰⁶

23.3. DETENCIONES ILEGÍTIMAS. ACTOS ABUSIVOS EN CONTRA DE UNA PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD

23.3.1. Introducción

En los artículos 143, 148 y siguientes el Código Penal describe y sanciona comportamientos que atentan contra la libertad de las personas, o que agravan la situación de los detenidos o arrestados; acciones cuyos sujetos activos pueden ser funcionarios públicos o particulares. Sectores de la doctrina nacional⁷⁰⁷ los ubican entre aquellos que afectan las garantías procesales relativas a la libertad de las personas, pues no cabe duda que atañen a la garantía consagrada en el artículo 19 N° 7, letras b) y c) de la Carta Fundamental, al establecer que nadie puede ser privado de su libertad, como tampoco se la puede restringir, sino en la forma y casos establecidos por la ley; menos puede ser arrestado o detenido, salvo que lo sea por funcionario público expresamente facultado para hacerlo, y siempre que dicha orden le sea previamente intimada en forma legal.⁷⁰⁸ El texto constitucional autoriza de modo excepcional, en esos mismos preceptos, a cualquiera persona

⁷⁰⁶ Véase párrafo N° 23.1.9.

⁷⁰⁷ Así lo hace Etcheberry, *D. P. t. III*, p. 215.

⁷⁰⁸ En la actualidad, no deja de resultar curiosa la salvedad que sobre esta materia se hizo constar en el Acta N° 31 de 21 de abril de 1871, refiriéndose al actual art. 141: "En esa virtud, i previa declaración para mejor inteligencia del artículo, se acordó consignar en la presente acta que la expresión *sin derecho* que en él se emplea, reconoce implícitamente el que tienen los padres, maridos, tutores, directores de establecimientos de educación y beneficencia, etc., para imponer, por vía de corrección, un arresto o detención a sus hijos, cónyuges, pupilos, educandos..." (sic).

para que proceda a detener a otra, por el término de 24 horas, si la sorprende en la comisión de un delito flagrante, y sólo para que sea presentado ante el juez competente. Estas disposiciones deben vincularse con los arts. 125, 129 y 130, que se refieren a la prohibición anteriormente aludida y a la flagrancia; en ellas se fijan los criterios rectores del sistema vigente en el ordenamiento jurídico sobre la protección de la libertad de desplazamiento, permitiendo colegir que los delitos en cuestión importan, en el hecho, violación de los referidos principios comocida por funcionarios públicos o por particulares. Normalmente la privación de libertad de una persona constituye delito de secuestro, es la regla general; pero cuando esa privación tiene como finalidad presentarse al detenido irregularmente ante la autoridad, tal detención —que tiene la cualidad de ser ilegítima, o sea, haberse cumplido al margen de los casos permitidos por la ley— constituye alguna de las figuras que se comentarán a continuación; conductas que, por consiguiente, siempre deben estar relacionadas con la violación de las ya referidas garantías constitucionales y procesales.

El sistema es de antigua data, sus antecedentes estarían en el derecho romano, pues en la *Lex Julia* se reprimía la privación de la libertad de otro. Tal conducta se calificaba como delito, y durante el Imperio adquirió particular importancia, considerándose como de lesa majestad, su sanción podía ser la muerte.⁷⁰⁹

En el sistema nacional —tal como sucedía en el Código Penal español de 1848— se distinguen en esta clase de atentados dos modalidades, según quien sea el sujeto activo: un particular, artículo 143, o un funcionario público, artículo 148.

23.3.2. Detención ilegítima realizada por particular

El delito está descrito en el artículo 143, que expresa: "El que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales". El tipo objetivo consiste en "aprehender" a alguien, verbo cuyo alcance para estos efectos es el señalado en la acción de secuestro, o sea, detener, impedir o restringir la libertad de

⁷⁰⁹ Cuello Calón, opus cit., t. II, p. 699.

movimiento de alguien —o encerrar—, recluirlo en un lugar o recinto desde donde no pueda salir.

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, siempre que no se trate de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Las circunstancias personales del sujeto pasivo no tienen interés para efectos de la calificación de este delito, puede tratarse de cualquiera persona, aun de un menor, alternativa que excluiría este hecho del tipo sancionado en el artículo 142 como sustracción de menores, siempre que se cumplan las otras características establecidas en el artículo 143.

El *tipo objetivo* requiere de un *elemento normativo*: "fuera de los casos permitidos por la ley", circunstancia de índole negativa. El ordenamiento jurídico autoriza a los particulares, de modo excepcional, a aprehender a una persona, pero sólo en casos especificados explícitamente por *una ley*, como sucede en el denominado delito flagrante, regulado en los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal. La primera disposición faculta a cualquiera persona para que proceda a detener a aquella que sorprenda en la comisión de un delito flagrante, y la segunda enumera disyuntivamente cinco circunstancias que permiten dar tal calificación al hecho de que se trate, esto es, cuando sorprende al delincuente: a) *actualmente* cometiendo el ilícito, b) cuando acaba de cometerlo, c) cuando huye del lugar de su ejecución y fuere sindicado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice, d) si en tiempo inmediato a la comisión del hecho es sorprendido con objetos procedentes del delito, con señales en sí mismo o en sus vestidos que hagan sospechar sobre su participación en él, o con armas o instrumentos que se hubieren usado para cometerlo, y e) al que la víctima que reclama auxilio o testigos presenciales del hecho sindicquen como autor o cómplice del delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato. Toda otra aprehensión realizada por un particular fuera de las situaciones enumeradas o que no estén autorizadas por otra disposición legal, debe ser calificada como ilegítima.

23.3.3. El tipo subjetivo

La aprehensión tiene que ser practicada con dolo directo, que consiste en la voluntad del agente dirigida directamente a pri-

var de la libertad a la víctima. Ese dolo debe ir acompañado, además, de un elemento subjetivo especial, el ánimo descrito en el artículo 143 con las expresiones "para presentarla a la autoridad", autoridad que conforme al artículo 129 del Código Procesal Penal es la policía, el ministerio público o la autoridad judicial más próxima. El dolo eventual, entonces, queda descartado, porque el tipo exige —como se ha señalado— de ese elemento subjetivo especial. Si la aprehensión no tiene como fundamento la presentación inmediata del detenido a la autoridad, el delito podrá ser secuestro, pero no el que se está comentando.

23.3.4. Penalidad

Las penas establecidas por el Código Penal pueden estimarse inadecuadas en la actualidad, atendida la importancia que han adquirido los derechos humanos. De esta situación se han hecho cargo sectores de la doctrina nacional;⁷¹⁰ la posición del legislador, sin embargo, se podría justificar al considerar que normalmente se trata de actitudes que responden a errores de prohibición, pues el sujeto activo supone que está cumpliendo con un deber o, por lo menos, ejercitando una facultad con fines sociales, como sería aprehender a un delincuente para entregarlo a la autoridad, extendiendo el ámbito de la facultad más allá de lo permitido o ignorando alguna de las limitaciones a que está sujeta. Ese error si es insuperable lo liberaría de culpabilidad, si es superable podría disminuirla.⁷¹¹

La sanción que el artículo 143 dispone es reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Se trata de dos penas alternativas, una de ellas no es privativa de libertad, sino que meramente pecuniaria.

⁷¹⁰ Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, pp. 208-209.

⁷¹¹ *Ibidem*, pp. 208-209.

23.3.5. Privación de libertad arbitraria dispuesta por funcionario público

El artículo 148 se refiere a este delito: "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios.

Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos". Al estudiar esta figura delictiva siempre debe tenerse presente que la privación de libertad ilegítima constituye secuestro y que desde esa perspectiva el artículo 148 sería una excepción. El comportamiento requiere de un sujeto calificado —un empleado público— que, si bien actúa dentro de la esfera de su competencia, no respeta las condiciones previstas determinadamente por la ley para privar de libertad a una persona, o cuando dándose tales circunstancias no cumple con las exigencias formales requeridas para disponer tal medida. A continuación se comentará el tipo objetivo y el subjetivo.

a) *Tipo objetivo*. Se está ante un delito de hipótesis múltiple, el comportamiento sancionado que se describe como la acción de "desterrar" (o sea, expulsar de un lugar determinado del territorio a alguien), "arrestar" o "detener"; que si bien siempre importa una privación de libertad del ofendido, se diferencia en cuanto a su sentido jurídico, arresto es una expresión que alude a una privación de libertad por breve tiempo y con el fin de que el arrestado cumpla con un trámite o gestión dispuesta por la autoridad —a la cual ha sido renuente—, como sería no obedecer la citación para que comparezca ante un tribunal. La "detención" normalmente es la pérdida de la libertad por un lapso más o menos prolongado dispuesta por una autoridad. Como estas conductas en general son atípicas, porque los funcionarios arrestan o detienen sólo cuando la ley se lo ordena o permite, el tipo penal exige que el empleado público lo haga en forma "ilegal y arbitraria". Lo corriente —como se ha dicho— es que las órdenes de arresto o de detención expedidas por los funcionarios sean legítimas, lo contrario es lo excepcional.

Para determinar la calidad de *empleado público* debe considerarse lo preceptuado por el artículo 260; entre ellos debe incluirse a

los jueces y fiscales judiciales, salvo que sus conductas conformen alguno de los delitos especiales sancionados como prevaricación (arts. 223 y siguientes).

Se exige, además, que la conducta del empleado público sea *ilegal y arbitraria*, debe repararse que el legislador no usa la conjunción "o", que importa alternancia, de consiguiente, el arresto o detención para constituir el tipo penal ha de reunir ambas características, ser ilegal y ser arbitraria.

El atentado a la libertad, de consiguiente, ha de quedar fuera de los casos autorizados por la ley y, además, objetivamente no debe tener un respaldo fáctico que lo haga procedente, la conducta debe ser caprichosa, antojadiza.⁷¹²

Este delito no sólo puede llevarse a cabo por *acción*, es posible concretar el tipo mediante una *omisión*, tal sería la prolongación indebida de una prisión o condena, a saber, el gendarme que incumple arbitrariamente la orden de libertad de un tribunal competente respecto de un recluso bajo su custodia.⁷¹³

b) *Tipo subjetivo*. El delito ha sido tipificado con liviandad al considerar la trascendencia que en este tiempo ha adquirido la libertad de las personas, debería revisarse su redacción con urgencia. En efecto, el artículo 148 exige para la configuración de este ilícito *dolo directo*, pues subjetivamente el empleado público debe saber y querer aprehender o encerrar a una persona con conocimiento de que lo hace fuera de los casos permitidos por la ley y en forma arbitraria, entendiéndose esta expresión en el sentido anteriormente señalado.

Es útil señalar que no puede reducirse la aplicación del tipo penal en estudio al funcionario que ha actuado de buena fe,⁷¹⁴ pues precisamente esta circunstancia excluye el tipo, porque el ilícito requiere de parte del agente conocimiento de la ilegalidad de su actuar y, además, ha de ser arbitrario.

⁷¹² Se disiente de opiniones, como la vertida por Etcheberry (*D.P.*, t. 3°, p. 218), en cuanto vinculan este elemento con el dolo.

⁷¹³ Cfr. Etcheberry, *opus cit.*, t. III, p. 218.

⁷¹⁴ Se inclinan en tal sentido Poltloff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, pp. 209-210.

23.3.6. *Circunstancia de agravación y penalidad del delito*

El artículo 148 dispone como sanción para la comisión de este delito reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. Al mismo tiempo agrava la responsabilidad del agente si el arresto o la detención excede los *treinta días*, elevando la pena de suspensión a su grado máximo, pero sin variar la de reclusión menor.

23.3.7. *Otros delitos de los funcionarios públicos vinculados con la detención*

La privación de libertad a consecuencia de una detención puede dar origen a diversas figuras de distinta entidad, que el Código ha reunido en el artículo 149. Los números 2 y 6 se refieren al incumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del tribunal la privación de libertad, el N° 2 sanciona al funcionario público que habiendo recibido como detenido a una persona no lo comunicare dentro de las veinticuatro horas al tribunal competente, el N° 6 al que habiendo arrestado a una persona no la pusiere a disposición del tribunal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. En ambos casos se trata de delitos integrados por una acción y una omisión.

En el N° 1 se sanciona al encargado de un establecimiento penal que recibiere a un individuo en calidad de preso o detenido sin que se hayan cumplido las condiciones requeridas para ello, lo que constituye un delito especial por acción. El N° 3 al que impide comunicarse al detenido con el juez de la causa o a los rematados con el visitador del establecimiento penal.

Los N°s 4 y 5 describen dos comportamientos omisivos. El N° 4 negare el encargado de los lugares de detención a transmitir al tribunal, cuando lo solicita el afectado, copia del decreto de prisión, o para que se dé esa copia o certificar el hecho de hallarse preso. El N° 5 al que teniendo a su cargo la policía administrativa o judicial y en conocimiento de cualquiera detención arbitraria no la haga cesar o si no estuviere facultado para ello, dar parte a la autoridad superior competente.

La pena establecida para estos comportamientos es reclusión menor y suspensión en sus grados mínimos a medios, pero en el

inciso final establece una circunstancia de agravación particular para las conductas descritas en los N°s 2, 5 y 6: si pasaren más de tres días sin cumplir las obligaciones que allí se indican, pues corresponde aplicárseles las penas dispuestas por el artículo 148. Si bien el precepto no expresa de modo específico que se hace referencia al inciso segundo de esta última disposición, que dispone la pena de reclusión menor más suspensión en sus grados máximos, ello se desprende de la exigencia que hace del transcurso de cierto número de días, y porque de no entenderse en la forma indicada, la agravante carecería de sentido, en atención a que el inciso primero del artículo 148 establece la misma pena que la indicada en el artículo 149.

23.4. APREMIOS Y PROCEDIMIENTOS INNECESARIOS. LA TORTURA

23.4.1. *Aspectos generales*

La tortura es una figura relativamente nueva en la legislación, pues los artículos 150 A y 150 B, que la reprimen, son consecuencia de la Ley N° 19.567, de 1° de julio de 1998, que modificó el Código Penal incorporando a su texto los mencionados preceptos. Los mismos hacen distinción según quién es el sujeto activo; el artículo 150 A requiere que sea un funcionario público, el artículo 150 B sanciona al sujeto que no tiene tal calidad.

El Código Penal no emplea la expresión *tortura*, sino las palabras "tormentos o apremios ilegítimos"; pero —como bien señala parte de la doctrina nacional— el sentido de estas voces es el que le han reconocido los tratados internacionales suscritos por el país. En efecto, Chile es suscriptor de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985 por la Organización de los Estados Americanos en el decimoquinto período ordinario de sesiones. Chile aprobó también la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Las normas que se consagran en los dos artículos antes citados del Código Penal obedecen a la aprobación por nuestro país de esos tratados internacionales. El primero de ellos en su artículo 2°

dice: "Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia síquica".

Ha de observarse que si bien los medios de coacción enumerados por este precepto se aplican para alcanzar los distintos objetivos que la norma menciona, esos objetivos han de considerarse como meramente enunciativos, porque pueden perseguirse otros, como se desprende de la frase "con cualquier otro fin", expresión que debe interpretarse en el ámbito de los objetivos que en esa norma se enuncian. La orientación de esos fines permite diferenciar un atentado que afecte sólo a la integridad física o psíquica de la víctima, que podría quedar reprimido como lesión, mutilación o malos tratos de obra, de aquellos que son constitutivos de tortura y de que se ocupan los artículos 150 A y 150 B.

El artículo 2º de la Convención, en su inciso final, con el objeto de precisar la noción de "tortura", advierte que no quedan comprendidos en el concepto de torturas las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean particular consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

La Convención de la Organización de las Naciones Unidas, por su parte, en el artículo primero, da un concepto semejante sobre la tortura, aunque quizá un poco más amplio, pero con esta salvedad: "se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".⁷¹⁵ Las disposiciones citadas

⁷¹⁵ El N° 1 del referido artículo expresa, en lo que interesa: "(...) se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar

tienen imperativa trascendencia en nuestro país, porque la Constitución Política en el artículo quinto, inciso segundo, dispone que "es deber de los órganos del Estado respetar y promover (los) derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". Este principio debe relacionarse, a su vez, con la restricción que impone esta misma disposición, en cuanto a que en el ejercicio de la soberanía han de respetarse "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

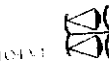
23.4.2. Tortura aplicada por un empleado público

El artículo 150 A describe este delito en su inciso primero: "El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación (...)". El comportamiento prohibido consiste en la aplicación de "tormentos o apremios ilegítimos" a una persona privada de libertad. Las voces empleadas por el artículo hay que interpretarlas en el marco de los conceptos señalados en el apartado anterior; de lo que se desprende que el tipo penal no sanciona la lesión o malos tratos de obra o de índole síquica que se causen a la víctima en sí mismos, porque lo protegido es la dignidad de esa persona y, preferentemente, su libertad de decidir, de ejecutar u omitir sin ser objeto de presiones.

a) *Tipo objetivo*. El tipo objetivo supone que el ofendido esté privado de libertad, lo que significa que no tiene la posibilidad de desplazarse y evitar los tormentos o apremios en los momentos en que le son aplicados, puede encontrarse en su propia casa o habitación, o en cualquier otro lugar donde se le impida desplazarse.

Lo frecuente será que estos delitos se cometan por acción, puesto que el legislador se refiere a la aplicación de "tormento", a "ordenar" aplicarlo o a consentir que se aplique. En todas estas hipótesis es posible la autoría, la coautoría y la complicidad; en

o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".



Las dos últimas modalidades es imprescindible la coautoría. No es óbice, en todo caso, que este delito pueda cometerse por omisión, como sucede con la alternativa descrita en el inciso segundo del artículo 150 A, al sancionar al empleado público "que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente (la aplicación de tormentos o apremios), no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello".

De manera que es posible cometer este delito por omisión, lo que sucede cuando el funcionario, por el rango y poder que tiene, está en la posibilidad de evitar que se apliquen los tormentos o apremios ilegítimos, pero no hace uso de esa autoridad o poder. Para estos efectos no tiene importancia que los apremios se lleven a cabo por un particular o por otro funcionario público. Parece discutible el criterio seguido para determinar la pena que debe imponerse al funcionario que incurra en esta omisión, toda vez que la señalada en el art. 150 A debe rebajarse en un grado.

El tipo objetivo supone que el ofendido esté privado de libertad, lo que significa que carece de la posibilidad de desplazarse y evitar los tormentos o apremios en los momentos en que le son aplicados. De modo que puede encontrarse en su propia habitación o en cualquier otro lugar, siempre que haya perdido la facultad de desplazarse.

b) *Tipo subjetivo*. El delito requiere para su comisión de dolo directo, puesto que conforme al artículo 150 A la acción consiste en atormentar o apremiar ilegítimamente a un tercero, lo que importa que el empleado público, en su calidad de tal, debe disponer que se obre en la forma recién descrita. Tiene que querer hacer sufrir física o síquicamente a la víctima, las voces en referencia presuponen tal voluntariedad.⁷¹⁶ Esa posición subjetiva —que es inherente a las expresiones atormentar, apremiar— es esencial para que se pueda distinguir este tipo penal de otros, como los malos tratos de obra, las lesiones o las mutilaciones descritas en los artículos 395 y siguientes. La culpa, por tanto, está descartada en el delito de tortura, sin perjuicio de que pueda considerarse en relación con los hechos que suceden durante la privación de

⁷¹⁶ Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 219.

libertad, que afecten a la víctima y sean atribuibles a los agentes, a negligencia o imprudencia. Estos hechos culposos pueden conformar una circunstancia agravante de responsabilidad según las circunstancias, como se indicará a continuación.

23.4.3. Sanción que corresponde al delito y circunstancia de agravación

La sanción para este delito es presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo, más las accesorias correspondientes. Si el empleado público se limitó a no impedir o a no hacer cesar —pudiendo— la aplicación de los tormentos o apremios, la referida pena se rebaja en un grado.

Se establecen dos circunstancias que califican el tipo penal: a) La primera consiste en la concurrencia de un elemento subjetivo trascendente del tipo, que consiste en pretender lograr con los tormentos o apremios la confesión de la víctima o de un tercero, obtener una declaración determinada o la entrega de cualquier información. Hipótesis en la cual la pena se aumenta en gravedad: presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, sin perjuicio de las accesorias correspondientes. Sectores de la doctrina han planteado que al parecer esta calificante exige que el propósito se cumpla, afirmación que no tiene respaldo en el tenor de la disposición, que exige sólo que "compeliere al ofendido", lo que significa obligar a alguien a hacer lo que no quiere, sin que necesariamente se deba alcanzar lo perseguido.⁷¹⁷

b) Si el ofendido, a resultas de los tormentos o apremios, sufre alguna de las lesiones señaladas en el artículo 497 (lesiones graves) o la muerte, se debe imponer la pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua, siempre que se pueda imputar esos efectos a imprudencia o negligencia del agente. Esta disposición descarta una responsabilidad objetiva con relación a los resultados anotados, pero si los mismos son causados dolosamente, se produce un concurso, sea ideal o material según las circunstancias, que

⁷¹⁷ En el sentido criticado, Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones*, t. II, p. 219.

debe resolverse conforme a los principios generales. Si es ideal, deberá aplicarse el artículo 75.⁷¹⁸

23.4.4. Participación de un particular en la aplicación de tortura

Si un particular, o sea, quien no tiene la calidad de empleado público, participa en la aplicación de tortura con quien sí tiene esa calidad, debe ser sancionado conforme el art. 150 B, que expresa: "Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participe en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas (...) y luego describe tres sanciones diferentes. Al aludir a los delitos de los dos artículos precedentes se refiere, primeramente, al artículo 150, que describe el uso de rigor innecesario o la incomunicación indebida de alguien que esté privado de libertad, y el arresto o la detención arbitrarios dispuestos por un empleado público en lugares distintos a los señalados por la ley. Comprende también esa referencia al art. 150 A, que sanciona la aplicación por un empleado público de tormentos y apremios ilegítimos. A saber, lo explicado en los párrafos anteriores en relación con los tipos penales que se acaba de mencionar es aplicable, a su vez, al particular que interviene en la forma indicada en el art. 150 B en estudio.

Los tipos penales descritos en los arts. 150 y 150 A son especiales y exigen un sujeto calificado; en ambos, el autor debe ser un empleado público. En el art. 150 B lo que se hace es sancionar la participación en tales delitos de un particular, su intervención en ellos en compañía de un empleado público. Se entiende por *particular*, para estos efectos, todo aquel que no está comprendido entre las personas enumeradas en el art. 260.

La sanción que ha de imponerse al particular es presidio menor en su grado mínimo a medio, si participa en los delitos descritos en los arts. 150 y 150 A, si concurren las circunstancias de agravación que allí se indican, se puede aumentar la referida pena, o sea, imponer presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo. Todas esas penas deben ir aparejadas de las accesorias pertinentes.

⁷¹⁸ Cf. Bullemore, Mackinnon, *Curso*, t. III, p. 115.

23.4.5. Aplicación de apremios innecesarios (art. 150)

Durante la privación de libertad la persona queda a merced de su carcelero, y puede ser víctima de rigores o tratamientos innecesarios; se debe recordar que la C. P. R. en su artículo 19, en especial en sus N^{os} 3 y 6 establece una serie de garantías de orden procesal, que se complementan con las establecidas en el Código Procesal Penal. El art. 150 sanciona la violación de alguna de tales garantías, como detener o arrestar a personas en lugares diversos a los autorizados o disponer indebidamente la incomunicación del recluso.

La disposición aplica al empleado público la pena de presidio o reclusión menores y las accesorias del caso al que: a) incommunicare o impusiere al privado de libertad un rigor innecesario, o b) lo hiciere arrestar o detener en lugares diversos a los establecidos por la ley. El art. 150 B N^o 1 sanciona también al particular, o sea, a alguien que no es funcionario público, pero que participa en tales comportamientos con un empleado público, con la pena de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

23.5. EMPLEADO PÚBLICO QUE SE ARROGA FACULTADES JUDICIALES: IMPONE PENAS, DISPONE ALLANAMIENTOS O REGISTRO DE PAPELES

23.5.1. Aspectos generales

El elemento común de estos atentados incide en el hecho de que un empleado público se arroga facultades judiciales que no se le han concedido, impone castigos, practica allanamientos o registros. En el hecho asume atribuciones que no le han sido otorgadas por el ordenamiento jurídico. En un primer grupo se describen casos en que arbitrariamente impone sanciones equivalentes a una pena, haciendo distinción al efecto si impone sanciones corporales o pecuniarias (arts. 152, 153 y 154). En un segundo se ocupa del empleado público que dispone allanamientos o registro de papeles, careciendo de tales atribuciones (art. 155).

23.5.2. Empleado público que impone arbitrariamente sanciones corporales

En los arts. 152 y 153 se reprimen tales comportamientos; en la primera disposición se determina la sanción que corresponde cuando el funcionario indebidamente impone una pena corporal; en la segunda, hace distinción si el funcionario se ha limitado a imponerla o, además, la pena se ha cumplido.

El art. 152 sanciona al empleado público que sin estar facultado impone un castigo equivalente a una pena corporal, en la siguiente forma: a) con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados, si el castigo impuesto fuera equivalente a pena de crimen; b) si la sanción arbitrariamente impuesta fuere equivalente a una pena de simple delito, se le aplicará la misma inhabilitación, pero en sus grados mínimo a medio, y c) si fuere equivalente a pena de falta, la de suspensión de cargo u oficio público en cualquiera de sus grados.

El art. 153 agrega que cuando el castigo indebidamente impuesto se hubiere cumplido en todo o en parte, se le impondrá al empleado público, además de las penas antes señaladas, la de presidio o reclusión menores o mayores en cualesquiera de sus grados, atendidas las circunstancias y naturaleza del castigo ejecutado, a menos que espontáneamente la hubiere revocado antes de ser intimada al afectado, alternativa en que quedará liberado de responsabilidad.

23.5.3. La pena arbitrariamente impuesta por el funcionario es pecuniaria

Tratándose de sanciones pecuniarias, el art. 154 vuelve a distinguir si la misma se ha ejecutado o no. Si la sanción pecuniaria se llevó a efecto, al empleado público se le impone inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en su grado mínimo a medio y multa del tanto al triple de la pena impuesta. Si no se ejecutó la sanción arbitrariamente impuesta, la pena es suspensión de cargo u oficio en su grado mínimo y multa de la mitad al tanto de la indebidamente impuesta.

Sin perjuicio de lo señalado, al igual que en la hipótesis anterior, la revocación de la orden de parte del empleado público que espontáneamente realice antes de ser intimada al penado, lo libera de toda responsabilidad (inciso final del art. 54).

Los comentados son delitos *especiales* que requieren de actores calificados y se perfeccionan por la mera actividad del sujeto activo. Se puede agravar la responsabilidad si los castigos arbitrarios se han cumplido.

23.5.4. Empleado público que dispone allanamiento o registro arbitrariamente

Si el empleado público, *abusando de su oficio*, "allanare un templo o la casa de cualquiera persona o hiciere registro en sus papeles", puede ser sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, o con suspensión en cualquiera de sus grados, como lo dispone el art. 155. Por *abuso de su oficio* se ha de entender no sólo cuando el funcionario actúa fuera de sus facultades legales, sino también cuando estando autorizado por la ley, actúa antojadizamente, como sería si las circunstancias del hecho claramente no ameritan adoptar medidas como las indicadas.

23.5.5. Exacciones ilegales

Pueden ser autores de este delito tanto un empleado público como un particular.

Tratándose del primero, el art. 157 establece: "Todo empleado público que sin un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto, será penado con inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualesquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciera con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los párrafos 2 u 8 del Título IX, según corresponda".

Se distinguen en este precepto dos clases de exacciones: la primera constituye la *contribución*, que importa una entrega de dinero u otros bienes sin respaldo de una prestación por parte de quien la requiere, aunque sea a título provisional; la segunda la *conforta* ma la exigencia de un *servicio personal*, que consiste en requerir al ofendido para que él mismo realice algo, una prestación personal de cualquier naturaleza. El delito es de mera actividad, es suficiente la exigencia del servicio por parte del empleado para que el tipo se perfeccione, siempre que aquel actúe con dolo directo, pues debe saber que esa exigencia es ilegal y que no existe una norma que autorice solicitarla. Al funcionario que tiene esa conducta se le impone la pena señalada en el inciso primero del art. 157, siempre que no haya actuado con ánimo de lucro, que no haya perseguido obtener un beneficio. De contrario, si además del dolo concurre el referido elemento subjetivo —por mandato del inciso segundo del artículo 157— el delito se desplaza al de robo con violencia o intimidación o al de estafa, según las circunstancias del hecho, y deberá aplicarse la sanción establecida para esos ilícitos.

Esta clase de exacciones no debe confundirse con el comportamiento descrito en el art. 241, o sea, el cobro de mayores derechos que los autorizados o de un beneficio por el funcionario, pues en esta alternativa los derechos o beneficios van en pro del funcionario, en tanto que en la hipótesis del art. 157 en estudio van en beneficio público, aunque indebidos.

Si es *un particular* el que impusiere la contribución o exigiere servicios personales bajo cualquier pretexto, sin título para hacerlo, su conducta conforma el tipo penal descrito en el artículo 147, que se sanciona con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

23.6. DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS DELITOS DE DETENCIÓN ARBITRARIA, APLICACIÓN DE TORMENTOS O APREMIOS, Y OTRAS VIOLACIONES DE DERECHOS DE LAS PERSONAS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS. LA OBEEDIENCIA DEBIDA

El Código Penal, en los artículos 159, 160 y 161 establece reglas especiales aplicables al conjunto de figuras penales descritas en el párrafo 4° del Título III del Libro II, o sea, los que denomina

atentados a los derechos garantizados por la Constitución cometidos por empleados públicos.

El art. 160 dispone que el empleado público acusado "de haber ordenado, autorizado o facilitado alguno de los actos de que se trata en el presente párrafo, pretende que la orden le ha sido arrancada por sorpresa, será obligado, revocando desde luego tal orden para hacer cesar el acto, a denunciar al culpable, en caso de no denunciarlo, responderá personalmente". El funcionario, de consiguiente, para liberarse de su responsabilidad penal no sólo ha de limitarse a revocar la orden dejándola sin efecto, sino que al mismo tiempo debe denunciar a la justicia a la persona o personas que obtuvieron la orden por sorpresa.

El art. 161 plantea la falsificación o suposición de firma de un funcionario público para llevar a cabo alguno de los delitos sancionados en el párrafo 4. Esa situación motiva el castigo de los autores de la falsedad, junto con aquellos que maliciosamente usaron la orden falsificada, a quienes deberá aplicársele la pena de presidio menor en su grado máximo.

Finalmente, el art. 159 hace referencia a hechos que podrían vincularse con la autoridad mediata y la obediencia debida con relación a los delitos que se describen en los arts. 157 y 158. La disposición libera de responsabilidad al empleado público que incurre en alguno de los comportamientos sancionados en los referidos arts. 157 y 158 si justifica "que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia y disciplina". En esta alternativa la sanción que corresponda a la exacción ilegal o a la violación de los derechos fundamentales se impondrá "a los superiores que hayan dado la orden". Los hechos en cuestión son típicos y anjurídicos, pero el que cumple la orden ilegítima queda exculpado —en su caso— porque no le es exigible un comportamiento conforme a derecho.

24. VIOLACIONES A LA GARANTÍA DE PRIVACIDAD E INTIMIDAD

24.1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política, en el art. 19 números 4 y 5, se preocupa de asegurar esos derechos. En efecto, el N° 4 garantiza el respeto

