

DELITOS CONTRA INTERESES PERSONALÍSIMOS

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Durante el año 2004 la Corte Suprema resolvió pocos casos relativos a delitos contra intereses personalísimos. Los casos resueltos plantean cuestiones relativas a los atentados contra la libertad personal, la intimidad y el honor¹.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Consumación y cuestiones concursales

En *contra Ancalaf Llaupe* la Corte Suprema avaló tácitamente la consideración del tribunal de primera instancia, en orden a exigir una cierta duración del resultado de privación de libertad para estimar realizado el delito de privación de libertad, denominado “secuestro” entre nosotros, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal. Conforme a ese tribunal una “interrupción momentánea de [las] capacidades o facultades de movimiento” no constituye una afectación relevante de la libertad ambulatoria debido a que carece de “una significación temporal” (c.6)². Conociendo en segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó ese argumento, sosteniendo que “antes de los quince días, carece de importancia saber si la detención o encierro lo haya sido por cortos instantes o por un período muy prolongado” (c.1). La Corte Suprema no se pronunció expresamente sobre este punto, pero al invalidar de oficio por un vicio de forma la sentencia de segunda instancia y dictar una sentencia de reemplazo aprobando y confirmando la sentencia de primera instancia, hizo suya la tesis antedicha.

La cuestión planteada en este caso es una de las cuestiones centrales del sistema de los delitos contra la libertad personal, a saber, la distinción entre el atentado constitutivo de privación de libertad y los atentados constitutivos de restricciones a la libertad, recogidos en el tipo de injusto de la coacción³. Una primera aproximación consiste en considerar a la privación de libertad como una hipótesis especial de coacción, consistente en constreñir a otro a permanecer en un lugar determinado, o, en términos

más precisos, constreñir a otro a omitir abandonar ese lugar. Esta consideración, que en términos formales es correcta, abre inmediatamente la cuestión de si es esa sola consideración lo que constituye a la privación de libertad en una coacción especial, o si cabe agregar más exigencias. En el caso, exigencias relativas a una cierta perduración de la acción de constreñimiento o del resultado de privación de libertad. Si se responde negativamente, se mantiene una concepción de la privación de libertad como delito *eventualmente permanente*. Ésta es la tesis de la Corte de Apelaciones de Temuco. Si se opta por la afirmativa, se concibe a la privación de libertad como un delito *necesariamente permanente*. Ésta es la tesis del tribunal de primera instancia, avalada por la Corte Suprema⁴.

1 Con el fin de dar cuenta de las restantes decisiones que puedan ser de interés al lector, cabe mencionar las siguientes: En *contra Páez Hernández*, la Corte Suprema avaló la interpretación objetiva de la circunstancia calificante de la alevosía en el delito de homicidio efectuada por el tribunal oral en lo penal (cc.10-11); el compromiso de la Corte con esta interpretación no es sin embargo firme, ya que dejó constancia del carácter controvertido de la cuestión (cc.7-8), aludiendo quizás tácitamente a su decisión del año 2003, *contra Treuque Nuyado*, en la cual defendió la concepción opuesta (al respecto, 1 Com. 272); en este nuevo caso, la decisión de la Corte parece haber sido motivada más bien por la impiedad del acusado, que disparó a quemarropa por la espalda a dos mujeres que acaban de recibir el sacramento de la eucaristía. En *contra Soto Caro*, la Corte sostuvo una interpretación extensiva de las circunstancias constitutivas de lesiones gravísimas (art. 397 N° 1 CP) consistentes en quedar el ofendido demente e impedido de un miembro importante (c.2), al paso que ignoró las exigencias de prueba requeridas por la imputación objetiva del resultado; esta segunda cuestión motivó un voto de disidencia, congruente con la disidencia manifestada en la segunda instancia por la misma razón. En *contra Pérez*, pronunciándose sobre una solicitud de extradición, la Corte confirmó la aseveración del ministro instructor en orden a identificar las lesiones leves del Código Penal argentino con las lesiones constitutivas de falta en el Código Penal chileno (art. 494 N° 5), sin reparar que el tipo genérico o subsidiario de lesiones en el derecho chileno es el de lesiones menos graves (art. 399). En *contra Vidal Vidal*, la Corte sostuvo por razones contextuales que una condena por “acceso por vía bucal y anal al ofendido” cuenta como condena por acceso carnal, en el sentido del delito de violación, y *contra Herrera Rojas*, con toda razón, sostuvo que conforme a la regulación introducida por la L 19697 el acceso carnal por vía bucal es una acción sexual que realiza el tipo del delito de violación. Finalmente, en *contra Mardones Marín*, la Corte sugiere que los sentimientos de vergüenza y temor no constituyen intimidación en el sentido del delito de violación.

2 Además de este argumento, referido al tipo objetivo del delito de privación de libertad, el tribunal de primera instancia formula consideraciones relativas a la ausencia de dolo por parte del acusado, que en rigor consisten en negar la concurrencia de dolo directo (c.6, párrafo 3°). La tesis es, por supuesto, errada: conforme a las reglas generales del CP, el delito de privación de libertad se realiza también con la comisión dolosa en grado de dolo eventual.

3 Que en el caso del derecho chileno (y español) se configura de un modo complejo, atendiendo al medio comisivo empleado: la coacción mediante violencia realiza el tipo de coacciones violentas (art. 494 N° 16 CP), la coacción mediante amenaza, las hipótesis de amenazas condicionales (arts. 296 N° 1 y 2, 297 CP). Esta interpretación se opone a la concepción tradicional, que concibe a las amenazas condicionales como una variante del delito de amenazas (simples). Para la defensa de la tesis tradicional entre nosotros, Guzmán Dálbora, J. L.: *El delito de amenazas* (Santiago: Conosur, 1999); la crítica a la tesis tradicional se encuentra en “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, en 47 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1994), pp. 191- 306.

4 Acerca de la discusión en la doctrina y jurisprudencia españolas, en posiciones idénticas a

En relación con la determinación de los requisitos exigidos para al consumación del delito la tesis correcta es la de la Corte de Apelaciones de Temuco. La privación de libertad es un delito de consumación instantánea, que puede permanecer en el tiempo. El delito se encuentra consumado desde el momento en que a la víctima le es impedido alejarse de un determinado lugar, pudiendo ese impedimento perdurar o no. Es decir, es un delito eventualmente permanente. No obstante, la posición del delito de privación de libertad en el sistema de la protección penal de la libertad personal hace razonable atender a consideraciones materiales referidas a la intensidad de la afectación del bien jurídico para determinar el ámbito de alcance del tipo.

Lo que hace relevante a la libertad de fijar la posición del propio cuerpo en el espacio es su carácter de medio necesario para realizar una infinidad de acciones. Debido a constreñimientos antropológicos el ser humano despliega su vida desplazando su cuerpo. Por esta razón, concebir a la privación de libertad simplemente como una coacción especial, diferenciada atendiendo a la significación del comportamiento de la víctima de la coacción (omitir abandonar) como fin en sí mismo, implica errar en la identificación de la peculiaridad de esta estructura de injusto dentro del sistema de protección penal de la libertad personal. La mayor gravedad del injusto de la privación de libertad no se explica por la significación final de la acción de abandonar un lugar, que es impedida, sino por la relevancia de esa acción para el conjunto indefinido de acciones cuya realización requeriría abandonar ese lugar. En otras palabras, desde el punto de vista del sistema jurídico-penal la privación de libertad no es un atentado a una libertad específica, la libertad ambulatoria; para el derecho penal la privación de libertad constituye un atentado intensificado a la libertad general de acción, cometido mediante un atentado específico a la libertad ambulatoria: la coacción a omitir abandonar un lugar⁵.

La privación de libertad debe ser considerada, pues, como un atentado a la libertad personal más grave que la coacción. Ese carácter corresponde a su posición sistemática en el derecho comparado, ya sea como único atentado contra la libertad personal (en la tradición de la codificación francesa) o bien como delito portador de un marco penal intensificado frente al delito genérico o residual de la coacción (en la tradición de

las señaladas, Muñoz Sánchez, J: *El delito de detención* (Madrid: Trotta, 1992), pp. 139-49. Para jurisprudencia anterior chilena sobre el punto, Bascuñán, A: "Nota a sentencias sobre el delito de privación de libertad", en 38 *Revista de Ciencias Penales* (1986), pp. 158ss.

⁵ Esta consideración sistemática puede correlacionarse con la fórmula adverbial "privándolo de su libertad", que utiliza el art. 141 para describir el delito. Puesto que esta exigencia no puede ser reducida al mero sentido coercitivo de la detención o encierro, es decir, al constreñir a permanecer, un posible efecto práctico asignable a ella es el de intensificar el resultado de lesión de la libertad personal.

la codificación alemana). Se trata, pues, de una consideración de disvalor material de injusto cuya respuesta en cada caso exige atención al contexto regulativo: la relevancia de la privación de libertad ha de ser apreciada en relación con las calificaciones alternativas.

Tratándose del Código Penal chileno, el contexto regulativo conspira abiertamente contra cualquier solución razonable de los problemas de calificación que puedan presentarse en un caso concreto. La falla estructural del sistema chileno en esta materia es la tipificación de las coacciones violentas como una mera falta (art. 494 N° 16 CP). Esto hace que el tipo de la coacción tenga escasa capacidad de recogida. A esa falla, originaria de 1874, se agrega la reforma introducida por la ley 19241, de 1993, que aumentó la penalidad de la hipótesis básica de privación de libertad. Originalmente, la hipótesis simple de privación de libertad conllevaba una pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados; actualmente, la pena es de presidio menor en su grado máximo. En otras palabras, tratándose de un injusto cuya posición sistemática corresponde a todo el margen del simple delito – como lo era en el Código Penal originario –, la actual regulación obliga a imponer una pena que resulta, o bien excesiva (la del art. 141 inc. 1° CP, una pena afflictiva) o bien insuficiente (la del art. 494 N° 16 CP, una pena de multa).

En el caso en cuestión, dos personas que se encontraban en dependencias públicas debieron permanecer alrededor de diez minutos dentro de esas dependencias, producto de una manifestación efectuada por un grupo de aproximadamente treinta personas. El tribunal de primera instancia considera que ese lapso no es suficiente para estimar realizado el delito de privación de libertad. El tribunal de segunda instancia lo considera suficiente. La Corte Suprema se limita a aprobar la sentencia de primera instancia, sin resolver argumentativamente la controversia. Desde un punto de vista cronológico, diez minutos son más que suficientes para conferir al hecho entidad como privación de libertad. Desde el punto de vista de la intensidad del efecto coercitivo sobre la víctima, el impedimento mediante advertencia de ejercicio de *vis absoluta* en caso de resistencia tampoco ofrece dudas en cuanto a la corrección de esa calificación. No obstante, la imposición de una pena que en el marco legal tiene carácter de afflictiva resulta en términos comparativos con otras normas del Código evidentemente excesiva. Aquí se encuentra la explicación de la negativa del tribunal de instancia a calificar el hecho como realización del supuesto previsto en el inciso 1° del artículo 141 Código Penal. La explicación, sin embargo, no alcanza a ser una justificación. La sujeción del juez a la ley no depende de la razonabilidad político-criminal del legislador.

Abierta quedaba, sin embargo, la vía para la posible calificación de esa detención de breve duración como coacción, en el umbral del simple

delito, evitándose con ello el exceso punitivo. Una posibilidad habría sido aplicar las normas sobre amenazas condicionales, lo que habría requerido un examen cuidadoso del medio comisivo empleado. La otra posibilidad se encontraba en la aplicación de alguna de las normas sobre atentados coercitivos contra la autoridad pública (arts. 261 N° 2, 267 CP). Ésta última vía fue seguida por la Corte de Apelaciones de Temuco, pero como cargo adicional, en concurso ideal con el cargo por el artículo 141 Código Penal (c.7). La Corte Suprema estimó que esta calificación era incongruente con el auto de procesamiento y la acusación, viciando la sentencia por haber sido dada *ultra petita*, en el sentido del artículo 541 N° 10 CdPP (cc.II-12).

La disparidad entre la Corte de Temuco y la Corte Suprema presenta un doble interés, sustantivo y procesal. Desde el punto de vista sustantivo la cuestión consiste en determinar la relación concursal existente, primero entre el delito de privación de libertad y el delito de coacción, y luego entre los delitos contra la libertad personal y los demás delitos que suponen una interacción coercitiva entre el autor y la víctima.

La cuestión de la relación concursal entre la privación de libertad y la coacción no admite una solución unívoca; según las circunstancias del caso, estos delitos pueden encontrarse en tres situaciones concursales diferentes⁶. Por una parte, es evidente que el cargo por privación de libertad implica un margen considerable de cargo por coacción. Desde luego, el cargo por detener o encerrar es un cargo por constreñir a omitir abandonar un lugar, es decir, implica un concurso aparente resuelto por aplicación del principio de especialidad. Además, la comisión de la privación de libertad puede conllevar, en el caso concreto, una multiplicidad de actos puntuales de coacción de la víctima. Estos eventuales cargos adicionales deben entenderse también, por regla general, en concurso aparente con el cargo por privación de libertad, resuelto por aplicación del principio de absorción. Por otra parte, un cargo por un delito especial de coacción puede implicar un cargo por privación de libertad. Así será tratándose de todos los delitos de interacción coercitiva en cuya comisión se inmovilice a la víctima, como es paradigmáticamente el caso de la violación coercitiva. En estos casos, el cargo por el delito de privación de libertad se encuentra en una relación de concurso aparente con el cargo por el delito especial de coacción, que debe resolverse a favor de éste, ya sea por aplicación del principio de especialidad o de absorción. Finalmente, cabe una tercera posibilidad, consistente en que tanto el cargo por la privación de libertad

6 En la doctrina chilena esta cuestión fue tradicionalmente tematizada a propósito de las relaciones concursales entre el delito de rapto y los delitos de violación y abusos deshonestos, como el problema de la “realización de las miras deshonestas”. Al respecto, Bascuñán Valdés, A: *El Delito de Abusos Deshonestos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1961), pp. 133s. La derogación del delito de rapto por la L 19617, de 1999, no eliminó este problema, sino que lo remitió al problema general de las relaciones concursales entre la privación de libertad y la coacción.

como el cargo por la coacción tengan suficiente peso específico por separado como para justificar un auténtico concurso de delitos. Así es como debe entenderse, por ejemplo, el tipo calificado de privación de libertad por comisión de violación (art. 141 inc. final CP), para distinguirlo del concurso aparente antedicho. El caso más relevante de auténtico concurso es sin embargo el de concurso ideal-medial, en que la privación de libertad es usada como medio para imponer condiciones bajo amenaza. Este caso ha originado en el derecho comparado y el derecho internacional el surgimiento de la figura especial de la toma de rehén, que fue introducida por la ley 18222, de 1983, en el inciso 3º del artículo 141 del Código Penal.

La Corte de Temuco consideró que una detención de diez minutos de duración constituía a la vez privación de libertad y coacción, en una relación de concurso ideal de delitos (art. 75 CP). Bajo la consideración del hecho como afectación de un interés individual, la tesis sería evidentemente incorrecta porque infringiría la prohibición de doble incriminación (*ne bis in idem*), en su carácter de principio interpretativo: no es constatable en los hechos una doble afectación de bienes jurídicos que justifique la acumulación de cargos y la agravación legal de la pena. La tesis de la Corte de Temuco sólo resulta aceptable bajo la consideración del cargo por el artículo 267 como afectación de un bien jurídico distinto de la libertad personal. Este es, efectivamente el caso: el impedimento de las funciones de un miembro de un tribunal superior de justicia tiene la significación de un atentado contra un interés colectivo, no individual. Esta consideración implicaría, sin embargo, que todo atentado coercitivo contra un funcionario público sería a la vez un atentado contra ese interés colectivo y un atentado contra la libertad personal del individuo que ejerce dicha función. Pero eso no tiene sentido. El principio básico de interpretación sistemática de la Parte Especial es el del carácter contingente de las relaciones concursales auténticas, por oposición al carácter necesario de todas las relaciones de concurso aparente que deben ser resueltas por el principio de especialidad. Es posible que el legislador conciba al delito de coacción o privación de libertad como atentados de significación polivalente, es decir, aplicables tanto a la afectación de un interés individual como colectivo. En este caso, la prohibición de doble valoración es obvia. Es posible también que el legislador lo conciba como atentado contra un interés individual, sistemáticamente diferenciado de los atentados coercitivos a intereses colectivos. En este caso, también debe partirse de la base que si el atentado coercitivo es significativo como afectación de un interés colectivo, por regla general no es significativo, además, como afectación de un interés individual. El desempeño de una función pública no cuenta como acto del libre desarrollo de la personalidad del individuo que detenta el cargo. En conclusión, la tesis de la Corte de Temuco infringe el principio de *ne bis in*

idem al asignar al hecho injustificadamente una doble significación.

Lo anterior habría sido una razón suficiente para invalidar la sentencia por errada aplicación de la ley. La Corte Suprema, sin embargo, la anuló por incurrir en el vicio de *ultra petita*, como ya se dijo. Los términos de la sentencia de casación son dudosos. Por una parte, la Corte considera que la condena por el artículo 267 del Código Penal implica una violación del derecho a la defensa de los condenados; por otra parte, la Corte sostiene que esa violación se basaría en la incongruencia de la condena con el auto de procesamiento y la acusación (c.10). Lo primero es correcto; lo segundo, en sus propios términos, no. El mero hecho del cambio de calificación no implica necesariamente afectación del derecho a una adecuada defensa. Lo que sucede es que la calificación efectuada por la Corte de Temuco implica considerar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos adicionales a los elementos por los cuales se formuló acusación, como son la calidad especial del objeto personal de la acción, el sentido especial del resultado coercitivo y el dolo del autor referido a la concurrencia de ambos elementos. Si en el juicio no se ofreció a la defensa la oportunidad de controvertir la afirmación de la concurrencia de todos esos elementos adicionales no puede ser válida la condena que implica dicha afirmación. Por esta razón, si el cambio de calificación fuera el inverso, es decir, si en vez de calificarse los hechos como un delito especial de coacción el cambio consiste en calificarlo como realización del delito genérico de coacción, no habría afectación del derecho a la defensa.

Realización del propósito extorsivo

De las tres situaciones concursales entre privación de libertad y coacción arriba mencionadas, el concurso ideal-medial entre privación de libertad y coacción presenta un interesante problema. Como ya se dijo, el Código Penal chileno resuelve este concurso mediante el establecimiento de una hipótesis calificada de privación de libertad, el así denominado “secuestro condicional” (art. 141 inc. 3º). En los términos de esta disposición, basta para la realización de este supuesto que la privación de libertad de encuentre consumada y que el autor haya tenido, al momento de la consumación, el propósito ulterior (tendencia interna trascendente) de coaccionar mediante amenaza a la víctima o a un tercero. Esta tipificación del supuesto como un delito mutilado de dos actos plantea como interrogante el tratamiento que deba darse a los hechos, cuando esa coacción ulterior llega a consumarse. En *contra Aguilar Reyes* la Corte Suprema conoció precisamente de un caso de privación de libertad cometida con fines extorsivos, con obtención del dinero exigido como rescate. Tanto las sentencias de primera y segunda instancia, del tercer juzgado de letras y la Corte de Apelaciones de Rancagua, como la sentencia de casación,

se concentraron en la cuestión de si el apoderamiento del automóvil que detentaba la víctima, usado como medio para su traslado, constituyó o no apropiación en el sentido del delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Ninguna de ellas, sin embargo, se planteó como problema qué tratamiento debe darse al hecho de haber obtenido los acusados, bajo coacción, una considerable cantidad de dinero.

Los casos de privación de libertad con fines extorsivos presentan el problema adicional de su correlación con los delitos de coacción con significación real y/o patrimonial, el robo (arts. 432, 436 CP), el robo con privación de libertad bajo rescate (art. 433 N° 2 CP) y la extorsión documental (art. 437 CP). Esta regulación presenta a su vez como problema la inexistencia de un tipo genérico de extorsión, vacío que es en parte subsanado por una concepción extensiva del robo con intimidación, y que en lo restante debe ser resuelto mediante la aplicación del tipo genérico de coacción mediante amenaza, las amenazas condicionales, que en la tradición francesa cumplen precisamente el rol de normas sancionadoras de la extorsión mediante amenaza⁷. Si los hechos fueran calificables en su conjunto como robo simple, la cuestión estaría resuelta: la privación de libertad no sería más que parte integrante de la coacción que es propia del robo y el desplazamiento patrimonial implicado por la obtención del rescate correspondería a la apropiación de ese dinero por parte de los acusados. El hecho de que la Corte Suprema haya decidido atribuir al apoderamiento del automóvil el carácter de robo produce, en los resultados, una consecuencia similar y quizás éste sea el motivo inconfesado de su decisión. Pero la cuestión principal sigue en pie: qué tratamiento ha de darse a un secuestro extorsivo exitoso.

La decisión de todos los tribunales que conocieron del caso es interpretable en el sentido de que el acaecimiento efectivo del resultado coercitivo – el desplazamiento patrimonial – sólo puede ser considerado como antecedente para la determinación judicial de la pena. Para efectos de la formulación de cargos y la determinación legal de la pena (concursos de delitos) ese hecho es irrelevante. La solución de la doctrina y la jurisprudencia alemanas es precisamente la opuesta: concurso de delitos con unidad de acción entre privación de libertad cometida con fines extorsivos (§ 239a CP alemán) y extorsión grave (§ 255 CP alemán)⁸. Traducida en

7 De aquí que el mismo texto legal tematice como caso principal de condición impuesta bajo amenaza la exigencia de “una cantidad” (art. 296 N° 1 CP). Sobre el vacío que representa en el sistema de los delitos contra la propiedad y el patrimonio la inexistencia de un delito genérico de extorsión, Bascuñán, A: “El robo como coacción”, en *1 Revista de Estudios de la Justicia* (2002), pp. 81-4.

8 Por todos, Sonnen, B.-R: “Comentario al § 239a”, núm. 34, en Kindhäuser, Neumann y Paefgen (eds), *NommosKommentar-Strafgesetzbuch* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2005), t.ii, p. 4130.

términos de la regulación chilena, esta solución consistiría en apreciar un concurso ideal (art. 75 CP) entre el delito calificado de privación de libertad (art. 141 inciso 3° CP) y cualquiera de los delitos eventualmente realizados por la obtención del rescate: el delito de extorsión documental (art. 437 CP) si es el caso, o bien, en una interpretación extensiva, el delito de robo simple (art. 436 inciso 1° CP), o, en todo caso, el delito de amenazas condicionales de mal constitutivo de delito y condición cumplida (art. 296 N° 2 CP).

La admisibilidad de la solución alemana depende del sentido que quepa atribuir a la decisión del legislador en orden a configurar la privación de libertad extorsiva como un delito mutilado de dos actos. Por una parte, puede entenderse como una anticipación de la punibilidad de la extorsión pretendida por el autor de la privación de libertad. En ese caso, la única cuestión problemática sería la congruencia de tal anticipación con el principio de proporcionalidad, por posible infracción a la prohibición de exceso exigida por el Estado de derecho. Esa anticipación, consideraba válida, implicaría la irrelevancia del curso posterior de la extorsión para los efectos de la formulación de cargos y la determinación legal de la pena. Esta concepción del tipo calificado justifica la posición de los tres tribunales chilenos y obliga a considerar la solución alemana como una inaceptable infracción de la prohibición de doble desvaloración (*ne bis in idem*). Por otra parte, puede entenderse como la identificación por el legislador de una situación particularmente grave de privación de libertad, por la puesta en peligro de la víctima o la significación del hecho como instrumentalización de la persona humana. En tal caso, la solución alemana se hace plausible y la decisión de los tribunales chilenos queda necesitada de justificación.

Aun partiendo de la segunda concepción del tipo calificado, no puede desconocerse que todo el disvalor subjetivo del atentado ulterior contra el patrimonio ya se encuentra exigido por el tipo calificado de privación de libertad, y por lo mismo, implicado como fundamento del reproche por la condena bajo ese cargo. Luego, al menos en lo que respecta a este aspecto de la fundamentación de la condena, la apreciación de un concurso de delitos implicaría infracción de la prohibición de doble desvaloración. La única manera de evitar esa infracción es optar entre la condena únicamente por el tipo calificado de privación de libertad, por una parte, y, por otra parte, la condena por concurso ideal entre el respectivo tipo de delito contra el patrimonio y el tipo básico de privación de libertad u otra hipótesis calificada, según las circunstancias del caso, pero sin atender a la significación patrimonial del propósito del autor. Puesto que en esta opción existe una relación de concurso aparente entre ambas alternativas, debe asignárseles recíprocamente la función de regla de clausura: la opción por

una de ellas no puede conducir a una pena – en el marco legal – inferior a la opción por la otra. Para efectos del derecho chileno, la cuestión depende de resolver, en el contexto de los delitos contra la propiedad, si la obtención del rescate realiza o no el delito de robo con intimidación. Si se estima que ese es el caso, entonces la solución correcta es apreciar un concurso ideal-medial (art. 75 CP) entre robo con intimidación (art. 436 inciso 1º CP) y privación de libertad simple (art. 141 inciso 1º CP). Si se estima que ese no es el caso, es decir, que la obtención del rescate sólo realiza el delito de amenazas condicionales, entonces la solución correcta es la adoptada por los tres tribunales chilenos. En otras palabras, todas las sentencias que se pronunciaron sobre este caso dieron por resueltas – sin siquiera tematizarlas – no sólo la cuestión del tratamiento de la obtención del rescate, sino también la cuestión del ámbito de extensión del delito de robo en cuanto a la naturaleza de la interacción coercitiva entre el autor y la víctima.

Comisión por funcionario público

Los dos casos antes mencionados fueron resueltos por la Corte Suprema sin despertar mayor interés en los medios de comunicación. El tercer caso del año 2004, por el contrario, constituyó un suceso noticioso de gran importancia. Se trata de *contra Contreras Sepúlveda*, por la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval. En este caso, la Corte efectuó importantes afirmaciones relativas a (1) los efectos del carácter de delito permanente de la privación de libertad, (2) las relaciones sistemáticas existentes entre el delito de privación de libertad (art. 141 CP) y la figura de la desaparición forzada de personas del derecho penal internacional y (3) las relaciones sistemáticas entre el delito (común) de privación de libertad y el delito especial de detención ilegal cometida por funcionario público (art. 148 CP). Las dos primeras cuestiones ya han sido analizadas en la sección relativa a la ley penal. Aquí corresponde examinar la tercera.

El Código Penal chileno contempla desde 1875 una disposición que sanciona al empleado público que “ilegal y arbitrariamente [...] detuviere a una persona” con la pena de reclusión menor y suspensión en sus grados mínimos a medios, y si la detención excede de treinta días, con reclusión menor y suspensión en sus grados máximos (art. 148 CP). Estas sanciones son incomparablemente menos severas que las establecidas por el mismo Código originario para quienes cometieran el delito de privación de libertad: presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados, por regla general, y presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la privación de libertad se prolongare por más de noventa días o si de ello resultare un daño grave para la persona o intereses de la víctima⁹. Esta disparidad de

⁹ Código Penal de la República de Chile (Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1874), p. 67. Las penas actuales establecidas en el art. 141, aún más severas, fueron introducidas

penalidades no es una característica exclusiva del derecho penal chileno, sino que es compartida por todos los textos legales que descenden del Código penal francés de 1810, como lo fue, y lo sigue siendo a este respecto, la codificación penal española¹⁰.

Dos son las posibles actitudes del intérprete frente a esta situación. La primera, asumir que el dato legal exige otorgar al funcionario público que comete una privación de libertad un tratamiento privilegiado en todos los casos. Frente a esta situación sólo se puede discrepar en el nivel de la evaluación político-criminal de la legislación. Este es el común denominador de dos posturas extendidas en nuestra doctrina, la que considera este tratamiento como político-criminalmente justificado, representada entre nosotros por Alejandro Fuensalida¹¹, y la que lo impugna por injusto, reclamando su modificación, representada entre nosotros por Alfredo Etcheberry¹². La segunda actitud, que comparte la crítica al tratamiento privilegiado del funcionario, consiste en asumir como desafío interpretativo la elaboración de una reconstrucción racional de la legislación que permita evitar el absurdo de tratar en el nivel del Código Penal los casos más graves de violaciones a los derechos humanos como si fueran casos menos graves de privación de libertad. Esta es la postura que el autor de este comentario ha defendido desde hace ya casi veinte años¹³ y que en esta sentencia hace suya la Corte Suprema, en los siguientes términos:

nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico. Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por el funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

en 1983 (L 18222) y en 1993 (L 19241). En el caso, la ley penal vigente al momento de los hechos correspondía a la regulación originaria del Código Penal.

10 Para una comparación sobre este punto entre las distintas codificaciones europeas, Bascuñán, A: "Proyecto de reforma del Código Penal para una mejor protección de los derechos de las personas", en *Protección Penal de los Derechos Constitucionales* (Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994), p. 29-74.

11 *Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno* (Lima: 1883), t.ii, pp. 77-78.

12 *Derecho Penal* (Santiago: Carlos E. Gibbs A., Editor, 1965), t.iii, pp. 213s.

13 Primeramente en "Observaciones sobre la detención ilegal cometida por funcionario público en los Códigos penales español y chileno", 2 *Derecho y Sociedad* (1988), pp. 74ss. Posteriormente, en *op. cit.* en n. 10, p. 87-95, y en *Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución* (Santiago: Universidad de Chile, 1998, 2ª versión), p. 14-27. La sentencia de la Corte Suprema cita la primera versión de este último texto (c.19, párrafo 6º). Esta tesis ha sido desarrollada en profundidad por Medina Schulz, G: *La Desaparición Forzada de Personas como Forma Calificada de Detención Ilegal Cometida por Funcionario Público* (Santiago: Universidad de Chile, 2001); conforme con ella, 1 *Com.* 271, 275s y Mañalich, J. P: "El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía", 5 *Revista de Estudios de la Justicia* (2005), pp. 11ss.

Por ende, los casos en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio corresponden a la conducta genérica de privación de libertad; o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario depende del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, contenido en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 del mismo texto, según la siguiente hipótesis disyuntiva: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad, contemplada en el artículo 141, ya sea en su hipótesis genérica o en cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso (c.19, párrafos 1-2)¹⁴.

Como salta a la vista, el punto central de esta tesis es la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a la privación de libertad cometida por funcionario público. Asimismo, la tesis asume que el bien jurídico protegido frente al ataque cometido por el funcionario público es la libertad personal de la víctima, entendida en el mismo sentido en que se la protege frente a cualquier otra persona. Estos dos rasgos diferencian esta tesis de otra interpretación propuesta en la doctrina para evitar el tratamiento privilegiado del funcionario, debida a Juan Bustos¹⁵. Conforme a esta otra tesis, el bien jurídico protegido por la norma que sanciona al funcionario que practica ilegalmente una detención no sería la libertad personal, sino un interés colectivo que se encontraría en las garantías constitucionales y legales. El resultado de esta tesis es la postulación de un concurso ideal entre el delito común de privación de libertad y el delito especial de detención por funcionario, para todos los casos de aplicación del delito especial. La tesis no es aceptable. El interés colectivo en las garantías constitucionales y legales no es otra cosa que la vigencia de las reglas que establecen los casos y formas en que es legítima la afectación de libertad ambulatoria, o sea, de las causas de justificación aplicables a la comisión del delito de privación de libertad. En otras palabras, Bustos convierte en lesión a un bien jurídico colectivo lo que no es más que la no concurrencia de una causa de justificación.

La necesidad de un tratamiento diferenciado es reconocida explícitamente por la ley penal, en relación con las privaciones de libertad cometidas por cualesquiera: el artículo 143 del Código Penal establece una pena privilegiada frente al artículo 141 cuando la privación de libertad es cometida para presentar a la autoridad a la persona detenida. Se trata de una tendencia interna trascendente, que hace al supuesto un delito mutilado de dos actos, pero con la característica de que este elemento subjeti-

14 Coincidente en términos literales con Bascuñán, *Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución* (Santiago: Universidad de Chile, 1996, 1ª versión), p. 25.

15 "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público", en 20 *Cuadernos de Política Criminal* (1983), pp. 335s.

vo especial justifica el privilegio y no la calificación, como es lo usual. La puesta en relación de esta estructura típica con las causas de justificación de la privación de libertad consagradas en la regulación procesal penal es sumamente ilustrativa. En el antiguo Código de Procedimiento Penal, la justificación de la detención en caso de flagrancia exigía que concurrieran determinadas circunstancias objetivas, pero además que en esas circunstancias se detuviera “para el efecto de ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad o del juez” (art. 262 cdpp). El Código Procesal Penal incorpora también esta referencia a un acto futuro, pero asegurando su cumplimiento al establecerlo como deber de cumplimiento ulterior: “debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, el ministerio público o a la autoridad judicial” (art. 129 CPP). Se trata de causas de justificación incompletas de dos actos: la acción realizada de privar a otro de su libertad sólo es lícita si se comete en conexión con la realización ulterior de otra acción, que es una acción debida. Al momento de la realización de la privación de libertad, esta conexión sólo puede tener un carácter subjetivo, como propósito trascendente de realizar la acción ulterior debida. El supuesto del tipo privilegiado del artículo 143 consiste precisamente en un caso en que no concurren las circunstancias objetivas requeridas por las causas de justificación pero sí concurre ese propósito legitimante, como tendencia interna trascendente. En otras palabras, el componente subjetivo de la justificación de la privación de libertad es tan importante institucionalmente, que su sola presencia en los hechos merece, en la representación del legislador, una determinación legal de la pena de carácter privilegiado.

Partiendo de este dato legal, la tesis seguida por la Corte Suprema consiste en redefinir sistemáticamente la posición del delito de detención ilegal cometida por funcionario público. En vez de ser un tipo especial en relación de alternatividad con el tipo común de privación de libertad, pasa a ser un tipo especial en relación de alternatividad con el tipo privilegiado expresamente reconocido por el Código Penal. De este modo, la regla general del sistema es la incriminación de la privación de libertad bajo alguna de las hipótesis del delito común previsto en el artículo 141, ya sea cometida por un funcionario o por cualquier otra persona. La concurrencia de ciertos elementos, valorados positivamente por el legislador, justifica un tratamiento privilegiado; tratándose de funcionarios públicos, el otorgado por el artículo 148; tratándose de cualquier otra persona, el otorgado por el artículo 143 del Código Penal. Esta reconstrucción racional de la regulación legal permite evitar el privilegio absurdo del funcionario, reconociendo a la vez que hay casos en los cuales ese privilegio es razonable; al mismo tiempo, permite la aplicación del artículo 141 a los funcionarios públicos sin negar su con-

dición de tal, lo cual hace posible estimar, para efectos de la determinación judicial de la pena el abuso de la función como una circunstancia agravante. Frente a estas evidentes virtudes, la tesis en cuestión debe enfrentar dos dificultades.

La primera, explícitamente resuelta por la Corte, es la consideración sistemática de que los funcionarios públicos se encuentran excluidos de los ámbitos típicos definidos por los artículos 141 a 147 del Código Penal, en razón de que el epígrafe respectivo los define como “crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares” (párrafo 2 del título III del libro segundo). Frente a esta objeción, la Corte sostiene:

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la expresión “el que”.

El concepto de “particular” no es idóneo para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos especiales de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales. Y el ciudadano común no tiene un deber específico de respetar o proteger la libertad de sus conciudadanos.

En nuestra sistemática legal, el uso del término “particular”, como noción opuesta al de “empleado público”, sólo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al delito de comisión por los segundos (c.19, párrafos 5-7)¹⁶.

Los tres argumentos de la Corte son correctos. El primero consiste en relativizar el peso específico como criterios interpretativos de los epígrafes del texto legal. Eso está fuera de toda duda: el peso de la expresión usada en un epígrafe no es equiparable al peso de la expresión usada en la disposición que contiene la norma que configura el supuesto de hecho. Ésta última, en el caso del artículo 141, corresponde a la fórmula lingüística de alcance universal (“el que”). El segundo consiste en negar a la expresión “particular” la función de configurar una categoría especial de autoría, como reconocidamente la tiene la expresión “empleado público”. La razón de la Corte es incontrarrestable. En el contexto de esta argumentación, la consideración de la expresión “particular” implica atribuir a quienes no son funcionarios públicos una calidad especial, relacionada con un tratamiento jurídico penal más severo. Para cumplir esa función normativa, dicha calidad especial tiene que descansar en la consideración de algún ámbito de deberes jurídicos que definan la posición del autor como desempeño de un rol institucional. La consideración de un delito como delito especial, en el sentido de delito comisible sólo por un círculo restringido de autores, implica sostener que estos autores se encuentran bajo un deber especial de omitir o realizar un comportamiento, distintos de la mera prohibición

16 Coincidente en términos literales con Bascuñán, *op. cit.* en n. 14, p. 26.

de lesionar un interés personalísimo. Ese no es el caso, por definición, tratándose de los particulares. En este sentido, “particular” es cualquier persona, identificada como autor al margen de cualquier rol institucional. El tercer argumento, que complementa el anterior, consiste en sostener que la función sistemática que desempeña la expresión “particular” tampoco es la de configurar un elemento negativo del tipo.

Este es, en rigor, el núcleo de la objeción que debe enfrentar la tesis de la Corte. Quienes consideran que los funcionarios públicos se encuentran excluidos del ámbito típico de los arts. 141 a 147 no se comprometen con su concepción como círculo especial de autoría, sino que se limitan a considerar a la oposición “particular” vs. “funcionario público” como una regla especial de alternatividad, que excluye cualquier concurso aparente entre dichos preceptos y los artículos 148 a 161 (aplicables éstos a los funcionarios públicos). Tal como la Corte lo sostiene, esta consideración es errada. Se trata de un error frecuente en la interpretación de otras expresiones del texto legal, a las que se atribuye el mismo sentido de delimitación típica negativa, como criterio de alternatividad. Por ejemplo, las expresiones “no comprendido(as) en el artículo anterior” (arts. 391, 399 CP) y “en cualquier otro caso” (art. 391 N° 2 CP), que hace a los delitos de homicidio, lesiones menos graves y homicidio simple tipos genéricos, respectivamente, de los delitos de parricidio, demás lesiones y demás tipos de homicidio, no definen negativamente el ámbito típico de estas figuras básicas. Un parricida no deja de ser homicida, ni deja de cometer lesiones quien mutila a otro. Estas expresiones tienen la función de servir de criterios de solución de concursos aparentes expresando el principio de especialidad. Es decir, los casos en que ambas sean aplicables – lo son, necesariamente, todos los casos subsumibles bajo la norma especial – deben resolverse mediante la aplicación exclusiva de la norma especial. La misma función cumple la expresión “particular”: llama la atención acerca de la existencia de normas especiales aplicables a los funcionarios públicos y exige que los casos subsumibles bajo el tipo especial de comisión por funcionario sean tratados exclusivamente bajo esa norma especial. Todo el peso de la argumentación recae, por lo tanto, en la identificación de las propiedades o elementos típicos que definen la posición del delito de detención por funcionario público como delito especial frente al delito común de privación de libertad.

Dar respuesta a esta interrogante es el segundo desafío que debe enfrentar la tesis en cuestión. La Corte responde este desafío en los siguientes términos:

Así, se ha estimado que son parámetros decisivos para determinarse cual de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando

estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (c.19, párrafo 8)¹⁷.

Aplicando estos criterios a la intervención de Miguel Krassnoff Martchenko en los hechos, la Corte constata que ninguno de esas condiciones se cumplen en el caso, en que la víctima fue conducida a un centro de detención clandestino desde donde se pierde su paradero; por estas razones, rechaza la procedencia de la calificación de la privación de libertad de Miguel Ángel Sandoval como un delito de detención ilegal, es decir, como un caso menos grave de privación de libertad (c.20). Tres comentarios suscita esta argumentación.

En primer lugar, es correcto considerar que los criterios diferenciadores entre el tipo especial privilegiado aplicable al funcionario público y el delito común de privación de libertad no sean de índole exclusiva o primariamente subjetiva, como en el caso del artículo 143 del Código Penal. El criterio del móvil público del funcionario, usado en el siglo XIX para justificar el trato privilegiado y luego para delimitar los casos merecedores de dicho privilegio, debe ser entendido en el sentido de un propósito de actuación conforme a derecho. No se trata de simplemente de que el funcionario carezca de interés personal en la detención de otro, sino de que actúe de un modo concordante con el sentido que es propio del ejercicio legítimo de su función. En el caso del artículo 143 del Código Penal, aplicable a cualquiera, ese sentido se reconoce por el propósito de realizar un acto ulterior consistente en dejar a cargo de funcionarios públicos la decisión acerca de la privación de libertad del detenido. El complemento objetivo de esta consideración subjetiva es obvio: el transcurso del tiempo sin la entrega del detenido a la autoridad hace inverosímil la concurrencia de ese propósito. En el caso del artículo 148 del Código Penal, en que la condición de funcionario altera los presupuestos que hacen operativo el criterio anterior, se hace necesario contar con criterios objetivos más diferenciados para apreciar hasta dónde la conexión de la acción – ilícita – del funcionario con el orden de la legítima privación de libertad es tal que se justifica un tratamiento privilegiado. Lo esencial, en todo caso, se encuentra en el grado de obstaculización del sistema administrativo y judicial de control de la privación de libertad: mientras mayor sea esa obstaculización, mayor será la gravedad del abuso de la función comprometido en la privación de libertad. Este es, precisamente, el criterio seguido por la Corte.

En segundo término, cabe preguntarse hasta dónde el uso de este criterio no entra en tensión con el derecho a la no autoincriminación del imputado. La concentración en la obstaculización del sistema de control de la actuación del funcionario es lo que caracteriza la figura de la desapa-

17 Remitiéndose a Bascuñán, *op. cit.* en n. 14, pp. 23-7.

rición forzada de personas del derecho penal internacional. Pero asociar consecuencias punitivas a la omisión por parte del funcionario de dar información acerca de los hechos relacionados con la privación de libertad o el paradero de la víctima constituía una violación al derecho a la no autoincriminación. Por esta razón, tal como se dijo en la sección relativa a la ley penal, la regulación sobre desaparición forzada de personas infringe el principio de culpabilidad. En este caso, a primera vista, sucede lo mismo. La obstaculización del sistema de control de la detención es, desde un punto de vista estratégico del funcionario, evitación de exposición a una sanción por infracción de las reglas que justifican la detención. Ese interés estratégico es precisamente lo que protege el derecho a la no autoincriminación. Se trata, sin embargo, de una impresión errónea. Desde un punto de vista sistemático, la consecuencia asociada en este contexto al criterio de la obstaculización de la investigación es la denegación de un trato penal privilegiado, pero no la imposición de un trato penal más severo. La cuestión descansa, por lo tanto, en la identificación de un parámetro común de punición: si el sistema lo reconoce, entonces es posible plantear justificadamente esta diferencia. El parámetro común de desvaloración de la privación de libertad en el derecho chileno es el artículo 141 del Código Penal; en relación con esa norma es posible, en consecuencia, plantear una consideración diferenciada. Lo que resulta problemático, a la luz del derecho a la no autoincriminación, es la consideración de esa obstaculización como razón para la imposición de consecuencias más severas que las impuestas por esa norma. El núcleo del argumento de la Corte consiste, sin embargo, en sostener que un funcionario que obstaculiza el control de la privación de libertad cometida por él no merece un tratamiento menos severo que el impuesto por esa norma. La tesis no afecta el derecho a la no autoincriminación.

Finalmente, cabe señalar que el criterio seguido por la Corte presupone la existencia de una regulación jurídico-positiva de los procedimientos de privación de libertad que sea congruente con la efectiva protección de la persona privada de libertad, tanto en el sentido de una comprobación imparcial de la concurrencia de los presupuestos legitimantes de la privación de libertad como de la evitación de riesgos para la persona que trasciendan de la lesión a su libertad ambulatoria, libertad general de acción e intimidad que necesariamente implica una privación de libertad. Tal es el caso de la regulación actualmente vigente. El argumento esgrimido por la Corte se encuentra directamente relacionado con una regulación de esa naturaleza. Pero no era esa la regulación legal vigente al momento de los hechos. ¿Constituía a ese entonces la omisión, por parte de los agentes de la DINA, de dar información a autoridades administrativas o judiciales acerca de las detenciones practicadas por ellos una infracción a la re-

gulación legal de la justificación de la privación de libertad? La Corte se limitó a este respecto a hacerse cargo de las afirmaciones de uno de los recurrentes, que invocaba como causa de justificación de la privación de libertad efectuada en el caso la regulación de la época. Como arriba se vio, en la sección relativa a la ley penal, Corte negó la validez de esa regulación (cc.22-24). Aquí se encuentra, precisamente, el desafío que debe enfrentar la aplicación de esta reconstrucción racional del sistema penal de protección de la libertad personal en contextos de justicia transicional: determinar el margen de disponibilidad del poder estatal sobre las reglas que justifican sus actos lesivos de derechos fundamentales. Ese es un problema que escapa al nivel de referencia del derecho penal.

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

En *por Guillier Álvarez* la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca del sentido y alcance del artículo 161-A del Código Penal, la restricción a la libertad de expresión más discutida en la opinión pública chilena desde que se derogara el delito de difamación¹⁸. El caso, además, correspondía a una de las cuestiones más importantes que suscita la protección penal de la intimidad, cual es, el estatus de los actos de violación de la confidencialidad, por oposición a los actos de intromisión y a los actos de indiscreción.

La protección penal de la intimidad se estructura sobre la base de la contraposición entre actos de intromisión y actos de indiscreción. La intimidad es, primariamente, un interés de exclusión de otro en el ámbito propio de comunicación. El atentado contra este interés se concibe como un acto de intromisión, es decir, como actos de ingreso o acceso al ámbito de comunicación de otro, no consentidos por éste. La intimidad es también un interés de control sobre la información. El atentado contra este interés se concibe como un acto de indiscreción, es decir, como un acto de extensión del ámbito de comunicación de otro, no consentido por éste. En uno y otro caso puede decirse que el interés del titular es el mismo: disponer autónomamente sobre el propio ámbito de comunicación¹⁹. La diferencia se centra en la posición de quien comete el atentado. La intromisión es cometida por quien se encuentra excluido del ámbito de comunicación del interesado; la indiscreción, en cambio, la comete quien se encuentra incluido dentro de ese ámbito²⁰.

18 Los arts. 161-A y 161-B, junto con el párrafo 5 del título III del libro segundo del CP, fueron introducidos por la L 19423, de 1995.

19 De aquí la cercanía de este interés al interés patrimonial en la detentación, uso y disposición exclusivos de una información. La intimidad es el derecho que justifica la legítima expectativa de exclusividad, en ausencia del derecho de propiedad y los derechos de titularidad patrimonial.

20 Es usual en el derecho penal comparado la configuración de supuestos que a primera vista

En uno y otro supuesto se produce un conflicto de intereses, ambos legítimos: al interés de exclusión de la comunicación se contrapone un interés en la obtención de información o de participar en una interacción comunicativa. El establecimiento de cualquier norma de comportamiento en esta materia es, inevitablemente, decisión de este conflicto favoreciendo un interés a costa del otro. La legislación penal del siglo XIX utilizó una noción de delimitación espacial como punto de referencia para la demarcación de las intromisiones prohibidas. Por eso el delito de allanamiento de morada (art. 144 CP) es la figura paradigmática de intromisión. En relación a los atentados constitutivos de indiscreción, la legislación se concentró en la elaboración de criterios para reconocer deberes especialísimos de reserva. De aquí que la violación del secreto profesional (art. 247 inciso 2º CP) sea la figura paradigmática de indiscreción.

De esta diferente estrategia de concreción del merecimiento de protección de la intimidad frente a la libertad de expresión se desprende una importante consecuencia. Los actos de intromisión son atentados relevantes con independencia de la calidad personal de quien los comete. Existe un deber general de abstención de lesión a la intimidad así concebida. Los actos de indiscreción, cambio, sólo son relevantes como atentado en la medida de que constituyan una infracción deberes especiales, que recaen sobre un círculo restringido de personas. No existe un deber general de abstención de lesión a la intimidad así entendida. Frente a los atentados de indiscreción la protección de la intimidad es mucho más fragmentaria y se vincula a consideraciones institucionales adicionales. En medida importante el deber especial de reserva compensa situaciones de necesidad de interacción comunicativa, como la defensa jurídica o la prestación terapéutica.

El desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la percepción durante el Siglo XX produjo, por una parte, nuevos modos de interacción comunicativa, y por la otra parte, nuevos medios para atentar contra la intimidad. La incapacidad de la regulación del siglo XIX para proteger la intimidad en este nuevo contexto quedó demostrada dramáticamente en nuestro país el año 1992, con la impunidad de un caso de intromisión en comunicaciones telefónicas de relevancia política que concentró la atención de la opinión pública.

El artículo 161-A del Código Penal es el resultado de la reacción legislativa de la época a esa impunidad. Un resultado deficiente, a decir verdad. Además de la profusión de términos empleados para describir los posibles actos de intromisión, el artículo 161-A del Código Penal utiliza como criterio esencial de demarcación de la legítima expectativa de intimidad su

combinan ambas perspectivas. Se trata de los casos de agravación o calificación de actos de intromisión, por divulgación posterior de la información ilegítimamente obtenida.

vinculación a un espacio físico sobre el que pueda ejercerse un derecho de exclusión (“recintos particulares”, “lugares que no sean de libre acceso al público”). Este criterio es utilizado por la ley para definir el contexto donde debe tener lugar la interacción o debe existir la información que es objeto del ataque prohibido. Esa es una demarcación insatisfactoriamente restrictiva, pues priva de protección a la intimidad en espacios públicos; además, tratándose de las telecomunicaciones como objeto del ataque de intromisión el criterio simplemente carece de sentido. Finalmente, la ley comete el error de usar el criterio en cuestión para precisar el contexto en el cual debe realizarse la acción constitutiva de intromisión. Esto ya no es injustificado, sino derechamente absurdo: el acto de intromisión que es efectuado desde la calle hacia el interior, por ejemplo, no queda comprendido por el supuesto que define el hecho punible.

Además de todos estos defectos, el artículo 161-A deja en la indefinición el estatus de los actos de violación de la confidencialidad. Estos son atentados contra la intimidad posibilitados también por el desarrollo tecnológico. Se trata de casos en que una persona es admitida como interlocutor por otro, pero registra y/o simultáneamente difunde a otros, sin su autorización, la interacción entre ambos de modo tal que posteriormente puede reproducirla y/o la reproduce simultáneamente, en términos virtuales. Ese es el caso de la grabación o transmisión subrepticia de sonidos y/o imágenes.

La diferencia crucial entre esta clase de atentado y los actos de intromisión se encuentra en el hecho de que quien los comete pertenece al círculo de interlocutores admitidos por el afectado. Eso hace que la cuestión se plantee en términos de justificar su tratamiento diferenciado respecto de los actos de indiscreción. ¿Por qué habría que considerar a esta forma de indiscreción como prohibida sin más, si no existe un deber general de abstención de actos de indiscreción? ¿Qué distingue la grabación magnetofónica de una conversación, por ejemplo, de su memorización o su registro en notas?

Esta es una pregunta que ha marcado el debate jurisprudencial norteamericano en torno al ámbito de protección de la cuarta enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica. En los términos del juez White, en su opinión concurrente a *Katz v. U.S.*:

Cuando un hombre habla a otro asume todo el riesgo que es por lo usual inherente a hacer eso, incluyendo que el hombre con quien habla vaya a hacer público lo que ha escuchado. La cuarta enmienda no protege contra compañeros que no son de fiar (o que cumplen la ley) [...]. No es más que una extensión lógica y razonable de este principio que un hombre asuma el riesgo de que su interlocutor, libre de memorizar lo que escucha para posteriores repeticiones literales, se encuentra en cambio grabándolo o transmitiéndolo a otro²¹.

21 389 US 347 (1967), p. 363 (traducción del autor).

El voto de disidencia del juez Brennan en *United States v. López* bien puede contar como la contrapartida de la tesis anterior:

On Lee asumió el riesgo de que su confidente divulgaría su conversación; López asumió el mismo riesgo frente a Davis. El riesgo es inherente a todas las comunicaciones que no son privilegiadas a los ojos de la ley. No es un riesgo que sea indebido pedir que las personas asuman, ya que no hace más que compelerlas a usar discreción en la elección de sus interlocutores, de hacer confidencias perjudiciales sólo a personas cuyo carácter y motivos sean confiables. Pero el riesgo que *On Lee* y la decisión de hoy imponen es de una clase diferente. Es el riesgo de que terceros [...] puedan dar una evidencia independiente respecto de cualquier conversación. Hay una sola manera de precaverse frente a tal riesgo, y esa es mantener la boca cerrada en toda ocasión. [...] Si una persona ha de estar en guardia frente a la posibilidad de haber autorizado a que su interlocutor haga una grabación secreta de su conversación, él no será menos reacio a hablar libremente que si corriera el riesgo de que un tercero estuviera haciendo la grabación. [...] Pienso que existe un grave peligro de congelar toda comunicación privada, libre e irrestricta si grabaciones secretas, entregadas a agentes de policía por partícipes en una conversación, son evidencia válida para cualquier afirmación auto-incriminadora que el hablante pueda haber hecho. En una sociedad libre las personas no deberían tener que vigilar cada palabra suya tan cuidadosamente²².

La tesis es dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana es la del Juez White: bajo la cuarta enmienda nadie tiene una legítima expectativa de intimidad frente a actos de indiscreción, ya sean realizados mediante una narración verbal o mediante la reproducción de una grabación²³. No obstante, la tesis contraria ha encontrado acogida en la legislación penal estatal²⁴ y también en el derecho penal comparado²⁵.

¿Cuál es el estatus de los actos de violación de la confidencialidad en el Código Penal chileno? En la representación del legislador histórico, el artículo 161-A sanciona actos de intromisión, es decir, actos de ingreso no autorizado en el ámbito de la intimidad de otro, definido primariamente con un criterio espacial. No obstante, los términos literales con que esa disposición configura los distintos supuestos del hecho punible permiten la subsunción de esta clase de atentados a la intimidad sin problema alguno desde el punto de vista del principio de legalidad.

En *por Guillier Álvarez*, los hechos no eran objeto de controversia. Una persona fue recibida en un despacho por un funcionario judicial y

²² *United States v. López* 373 US 427 (1963), pp. 449s, 452 (traducción del autor).

²³ El caso central es *United States v. White* 401 US 745 (1970), especialmente pp. 751-3

²⁴ Ejemplarmente, la reforma del Código Penal del Estado de California por la *Invasion of Privacy Act*, de 1967. La mejor defensa doctrinaria del merecimiento de pena de las violaciones a la confidencialidad se encuentra en Greenawalt, K: "The Consent Problem in Wiretapping & Eavesdropping: Surreptitious Monitoring with the Consent of a Participant in a Conversation", 68 *COL. L. Rev.* 189 (1968), p. 216.

²⁵ Ejemplarmente, el § 201-I-1 del Código Penal alemán. Al respecto, véase e comentario de Walter Kargl al precepto, en Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (eds), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch* (Baden-Baden: Nomos, 2005; 2ª ed.), p. 3429-42.

sostuvo una conversación con él, grabando y filmando esa conversación sin su autorización. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los amparos interpuestos en contra del auto de procesamiento bajo el artículo 161-A del Código Penal, avalando la decisión del tribunal de instancia con una argumentación de considerable extensión. En lo que aquí interesa, la Corte expresamente negó toda relevancia a la cuestión de si el autor de una grabación no consentida es una persona aceptada como interlocutor por el ofendido o un tercero no aceptado por éste. En su opinión, ni la ley efectúa esa distinción ni ella se deduce del espíritu del precepto. A juicio de la Corte de Apelaciones:

lo que en éste [el precepto] se reprocha o reprueba no es el hecho de la *obtención* de la información de que da cuenta la conversación o el de su *difusión* posterior, sino la forma cómo fue obtenida esa información, esto es, mediante acciones y maniobras subrepticias y ocultas que han importado efectivamente una *intromisión* a la intimidad y esfera personal y *provada* del afectado (c.8-c; las cursivas son del original).

El argumento es evidentemente circular. La pregunta central que el precepto plantea, esto es, cuáles son las formas prohibidas de obtención de la información, no ha recibido respuesta. ¿Qué es lo que el afectado ha de autorizar para que el acto no esté cubierto por la prohibición: el acceso a la información o su modo de conservación?

La Corte Suprema, increíblemente, eludió dar respuesta a esta interrogante. Conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte se conformó en su sentencia con constatar que el auto de procesamiento es una resolución “que dista de ser arbitraria o aberrante” y sostiene que la apelación de un amparo no es la oportunidad para dilucidar los problemas interpretativos que plantea la disposición legal (c.5). Finalmente, sostuvo que la irrelevancia de los efectos lesivos de los derechos fundamentales de los recurrentes que produce la decisión judicial de someterlos a proceso – sólo el amparo de pleno derecho, temporalmente levantara por decisión judicial – permite considerar como inconveniente la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto.

Todos los argumentos de la Corte Suprema son errados.

Era falso que el auto de procesamiento no ocasionara otros efectos que el arraigo de pleno derecho. El artículo 18 de la ley 18838 establecía como inhabilidad para el desempeño de diversos cargos en personas jurídicas titulares de servicios de radiodifusión televisiva el hecho de haber sido procesado por delito que mereciera pena aflictiva. De hecho, se dictó una modificación legal – la ley 19982 – para poner término a la inhabilitación que afectó a uno de los recurrentes.

Es un error pretender validar una resolución judicial aduciendo que no constituye falta o abuso. En el contexto del amparo lo que se solicita es

el examen de legalidad de la resolución. Lo que la Corte debe determinar es su corrección a la luz del derecho vigente.

Es un error sostener que el auto de procesamiento no requiere una decisión de fondo en relación con la calificación legal del hecho imputado. Las cuestiones en las que se encuentra comprometido el principio de legalidad no admiten posposición procesal.

Es finalmente inaceptable que la Corte asuma, respecto de una decisión cuya corrección ha sido sometida a su conocimiento, la posición de un observador. Ningún tribunal puede justificar un acto de aplicación del derecho como una decisión plausible a la luz de las alternativas interpretativas disponibles. Todo tribunal debe comprometerse con la justificación de su decisión como la respuesta correcta a las cuestiones interpretativas planteadas por el caso. De este deber de fundamentar su decisión sujetándose al derecho vigente no se encuentra exenta la Corte Suprema.

DELITOS CONTRA EL HONOR

En *contra Aillón Flores* y en *contra Baraona Bray*, la Corte Suprema se pronunció sobre la consabida alegación de la ausencia de *animus iniurandi* por parte de acusado por la comisión del delito de injurias.

En *contra Aillón Flores*, recurriendo de casación en el fondo la defensa del acusado basó su alegación en un argumento lingüístico. Acudiendo a la distinción entre “sentido literal” o “gramatical” e “intención”, sostuvo que el sentido de una expresión proferida nunca puede determinarse atendiendo solamente al sentido gramatical. De aquí, sostuvo, que haya de atenderse prioritariamente a la intencionalidad del sujeto, esto es, al elemento subjetivo del *animus injuriandi*. La Corte entendió sin embargo que el *animus iniuriandi* es un elemento subjetivo orientado a la producción de un resultado ulterior, es decir una tendencia interna trascendente. Ese resultado ulterior consiste para la Corte en el menosprecio social del aludido por la expresión (c.18). De modo consistente con esa consideración, la Corte estimó la plausibilidad de una prueba indirecta de la concurrencia de dicho ánimo, basada en la relación empírica existente entre el significado de ciertas palabras y los efectos que causa su expresión en contextos similares al de los hechos del caso (c.19).

En *contra Barahona Bray*, por el contrario, la Corte avaló la posición de la sentencia del tribunal oral en lo penal, consistente en reducir el *animus injuriandi* al simple dolo del delito de injurias, esto es, el conocer que se está profiriendo una expresión deshonrosa, desacreditadora o menospreciadora y querer proferir dicha expresión (c.18).

La diferencia entre una y otra tesis no es irrelevante. En su primera versión, el carácter de tendencia interna trascendente referida a un resul-

tado ulterior implica una concepción más restrictiva del elemento subjetivo, acercándolo a las exigencias del dolo directo. En su segunda versión, la mera exigencia de conocimiento de la idoneidad lesiva del honor de la expresión – unida a su calificación como simple dolo – implica una concepción más extensiva del elemento subjetivo, ampliándolo a la clase de imputación subjetiva conocida como dolo eventual.

En ambos casos, sin embargo, la concepción de la Corte descansa en una misma estructura conceptual. Para la Corte lo crucial de la expresión injuriosa es su potencialidad lesiva del honor, entendiendo esta lesión como la causación de un efecto social, una alteración en la consideración que los demás tienen de la persona aludida por la expresión. En términos de la teoría de actos de habla, lo que caracterizaría a la injuria sería la clase de efecto perlocucionario que produciría²⁶. En consecuencia, el *animus iniuriandi* no sería más que una proyección cognitivo-volitiva referida a ese efecto.

Una consideración más atenta de la injuria como acto de habla, sin embargo, debería radicar en su sentido ilocucionario las condiciones que deben ser satisfechas para reconocer cuándo se la ha proferido y cuándo no. El *ánimus iniuriandi*, por lo tanto, no debe ser concebido como la anticipación cognitivo-volitiva de un efecto ulterior, sino como la relación de congruencia que debe existir entre las reglas sociales que atribuyen el sentido injurioso de una expresión y la realización de esa expresión con ese sentido por parte de quien la profiere. El catálogo usual de actitudes mentales incompatibles con el *animus iniuriandi* de injuriar – *animus iocandi, narrandi, criticandi*, etc. – debe ser entendido en rigor como un catálogo de reglas sociales que confieren un sentido distinto al acto de proferir esa expresión, aunque las palabras usadas sean las mismas. En vez de indagar los estados mentales del autor de la injuria – como pretenden los acusados, refugiados en la inaccesibilidad de esos datos –, o en los efectos sociales de un acto de habla, externos a él y por lo mismo contingentes, la discusión sobre la concurrencia o falta de concurrencia del *ánimus iniuriandi* debería concentrarse en la elucidación y explicitación de las distintas reglas sociales que, dependiendo del contexto, pueden conferir a los actos de expresión de ciertas palabras un sentido diverso al sentido injurioso que paradigmáticamente portan dichos actos.

—Íntimamente vinculada a la consideración de la determinación del sentido del acto de habla como una cuestión de seguimiento de reglas se encuentra el problema de la determinación exhaustiva del injusto de este delito, cuando se invoca una regla que confiere al acto de habla el carácter de acto de ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En rigor, detrás

26 La formulación general de la teoría se encuentra en Searle, J: *Actos de habla* (Madrid: Cátedra, 1986), especialmente p. 31-79.

de una cuestión aparentemente planteada como incompatibilidad de estados mentales muchas veces se encuentra, como núcleo del problema, la colisión de derechos entre la libertad de expresión ejercida al realizar el acto de habla y el honor de la persona aludida en dicho acto de habla. En *contra Barahona Bray* se plantea con una claridad inusual dicha colisión de derechos como la cuestión central del caso.

Los hechos del caso consisten en imputaciones a un Senador de la República de ejercer influencia sobre distintos funcionarios públicos, para mantener o favorecer situaciones relacionadas con la explotación ilegal de recursos forestales. En el juicio oral, el querellado invocó el legítimo ejercicio de la libertad de expresión como causa de justificación, apelando a las normas constitucionales respectivas (art. 19 N° 12 CPol) en su calidad de eximente de responsabilidad penal a través del artículo 10 N° 10 del Código Penal. En el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia condenatoria del tribunal oral en lo penal, la defensa impugnó como la solución de la colisión de derechos dada por el tribunal oral bajo su calificación como infracción sustancial de derechos (art. 373-a CPP). La Corte desechó esta calificación (cc.11-12), pero se hizo cargo del argumento de la defensa (c.17), entendiéndolo como impugnación de la validez de la sentencia condenatoria por errónea aplicación del derecho (art. 373-b CPP).

Tanto el tribunal oral en lo penal como la Corte Suprema asumen – correctamente – como premisa, que la colisión de derechos en este caso no puede resolverse categóricamente de modo unilateral a favor de uno de los intereses en conflicto. Por el contrario, aceptándose el merecimiento de protección de ambos, se sostiene que la solución del conflicto debe pasar por un juicio de ponderación. Lamentablemente, la Corte no avanza mucho más allá de este punto de partida. Su razón para rechazar la justificación de las expresiones como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión es la siguiente:

resulta evidente que el querellado excedió los límites razonables y prudentes de lo que temerariamente divulgó como hechos verdaderos, siendo falsos y en este aspecto no tiene la protección constitucional que exige (c.17).

En esta – excesivamente – escueta fundamentación aparecen confundidos dos criterios: la exigencia de veracidad de la imputación como presupuesto de la legitimidad de su formulación y la exigencia de la observancia de deberes de cuidado para reducir el riesgo de formular imputaciones falsas. Lo segundo es incompatible con lo primero. Si lo que determina la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión es la observancia de deberes de cuidado, entonces el reconocimiento de ese derecho implica la asunción de un riesgo permitido para el honor de las personas aludidas. Esta concepción de la justificación de las expresiones lesivas del honor de otro por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad

de expresión implica un cambio radical en la concepción del merecimiento de protección del honor. Conforme a esta concepción no se exige, para justificar la afectación del honor, que quien se vea afectado no “merezca” esa consideración social. Ese es, precisamente, el caso de quien es objeto de imputaciones verdaderas. La afectación del honor puede justificarse ahora aun tratándose de imputaciones que afecten a quien, en definitiva, resulta ser “merecedor” de esa consideración social, como es el caso de quien es objeto de imputaciones falsas.

Las consecuencias de este cambio de enfoque para la protección de la intimidad son también de la mayor importancia. En vez de estar constreñidos a realizar actos abusivos de obtención de información para reducir al máximo el riesgo de error, los medios de comunicación podrán confiar en atenerse a las reglas de cuidado debido en la apreciación y manejo de la información, sabiendo que no incurrir en responsabilidad penal aun si en definitiva las imputaciones que ellos formulen resulten falsas.

La consideración del ejercicio legítimo de la libertad de expresión como una causa de justificación de los atentados al honor por riesgo permitido es el modo correcto de incorporar la cuestión constitucional de la colisión de derechos en el esquema de análisis de la teoría del delito. *Contra Barahona Bray* bien puede ser considerado como un punto de partida de lo que podría transformarse en una correcta línea jurisprudencial sobre una de las cuestiones más controvertidas de la dogmática de los derechos constitucionales. Para ello es necesario, eso sí, que la Corte elimine la ambivalencia de su tesis y asuma la tarea de elucidar las reglas del cuidado debido en el ejercicio de la libertad de expresión²⁷.

27 En este sentido, es digno de nota que la sentencia del tribunal oral en lo penal desarrolla de modo más mucho más exhaustivo y riguroso la identificación y aplicación al caso de diversos criterios de ponderación (c. 10). Para un vistazo ilustrativo sobre el punto, Fuentes Torrijo, X: “Criterios para solucionar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de la honra de las personas: Dos métodos distintos de razonamiento jurídico”, en 6 *Ius et Praxis* (2000), p. 427-41.