



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGISTER

**DEVOLUCION DE LA VICTIMA LIBRE DE TODO DAÑO EN EL DELITO DE
SECUESTRO**

**Actividad Formativa equivalente a tesis (AFET) para optar al grado de Magíster en Derecho,
mención Derecho Penal.**

AUTOR ROGELIO ANDRES PIÑEIRO SANTIS
PROFESOR GUIA GERMAN OVALLE MADRID

SANTIAGO DE CHILE
ENERO DE 2013.

Es objetivo del presente trabajo delimitar el concepto de daño a que alude el legislador en la norma contenida en el artículo 142 bis del Código Penal, el cual consagra una importante atenuación de la pena fundada en razones de política criminal, situación que cobra especial relevancia para la determinación de la pena a imponer por la ejecución, como autor o partícipe, del delito de secuestro o sustracción de menores.

La norma exige la devolución libre de todo daño de la víctima antes o después de cumplirse cualquiera de las condiciones impuestas por los secuestradores, resulta importante entonces determinar el concepto de daño a que alude el legislador, concepto que en lenguaje vulgar y también jurídico puede llamar a equívocos, pudiendo pensarse en daño patrimonial. La devolución de la víctima a que se hace alusión con su respectiva atenuación se hace aplicable aún después de comenzada la persecución criminal y de individualizados los autores y partícipes del mismo, por ello me concentraré en el análisis de la etapa de tentativa y consumación del hecho ilícito, los distintos casos de punición, procedencia y determinación del requisito “devolución de la víctima libre de todo daño.”

Objective of this study is to define the concept of damage to the legislature referred to the standard contained in the article 142 bis of the Penal Code, which establishes a significant attenuation of the sentence based on criminal policy reasons, a situation that is particularly relevant for determining the penalty to be imposed by the execution, as author or participant, the crime of kidnapping or abduction

The standard requires the return free of any damage to the victim before or after you met any of the conditions imposed by the kidnappers, it is important then to determine the concept of damage referred to in the legislature, a concept that vulgar language and call legal misleading and can think of property damage. The return of the victim which are referenced with their respective attenuation is applicable even after the commencement of criminal prosecution and individual authors and participating in it, so I will concentrate on analyzing the stage of completion attempt and the fact unlawful, the different types of punishment, origin and determination of the requirement "return of the victim free from harm."

INDICE

Introducción.	5
1. El Secuestro.	6
1.1. Breve consideración histórica.	6
1.2. Elementos constitutivos del delito de secuestro.	7
1.3. Concepto de libertad.	8
1.4. Objeto jurídico.	9
1.5. Objeto material.	9
2. Estructura típica del delito de secuestro.	9
2.1. Tipicidad.	10
2.1.1. Conducta.	10
2.1.2. Tipo subjetivo.	11
2.2. Antijuridicidad.	11
2.3. Culpabilidad.	12
3. Problemática del delito de secuestro.	12
3.1. Punición del cómplice.	12
3.2. Secuestro como delito permanente.	13
4. Liberación de la víctima.	14
4.1. Liberación de la víctima en la etapa de tentativa.	14
4.2. Exigencia de dolo directo en la tentativa y tentativa inidónea.	14
4.3. Voluntariedad del desistimiento de la tentativa y su impunidad.	18
4.3.1. Fundamento del desistimiento.	18
4.3.2. Requisitos de impunidad del desistimiento.	19

4.3.3. Desistimiento en la tentativa calificada.	20
4.4. Conclusión.	20
5. Penalidad y atenuante especial del artículo 142 bis del Código Penal.	20
5.1. Génesis y fundamento de la atenuante.	20
5.2. Tratamiento de las lesiones en nuestra legislación.	23
5.2.1. Concepto de lesiones.	24
5.3. Clasificación doctrinaria.	25
5.3.1. Mutilaciones.	25
5.3.2. Lesiones graves.	25
5.3.3. Lesiones gravísimas.	25
5.3.4. Lesiones simplemente graves.	25
5.3.5. Lesiones menos graves.	26
5.4. Liberación y procedencia de la atenuante entre el instante de consumación y terminación del delito.	26
5.5. Liberación condicionada a exigencias legítimas y procedencia de la Atenuante.	27
5.6. Liberación de la víctima con lesiones menos graves y procedencia de la Atenuante.	30
5.6.1. De la regulación del daño.	30
5.6.2. Exclusión del daño psicológico.	32
5.6.3. Devolución de la víctima libre de daños mayores .	34
Conclusiones.	35
Bibliografía.	40

Introducción.

El delito de secuestro es uno de los que más afectan a la sociedad ya que no sólo atemorizan a aquellos con alta capacidad económica, sino que también a la sociedad en su conjunto sin distinción, además se trata de un delito de difícil persecución e investigación para el Ministerio Público.

Nuestro Código Penal en el artículo 141 lo define como “el que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad”. Además de considerar figuras agravadas en el mismo artículo del cual tomaremos como base para este estudio la primera figura agravada que se contempla en el artículo 141 inciso 3º del C.P., cual es el ejecutado para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones, el que se encuentra agravado por la presencia de un elemento subjetivo del tipo, que se concibe sólo con dolo directo.¹

El Código Penal Chileno trata este delito en los artículos 141 a 143 en el libro II título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”, párrafo 3º “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares”, distinguiendo el secuestro simple como figura base castigándolo con una pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo, misma con la que se castiga al que proporcione lugar para la ejecución del delito y el secuestro calificado, sea este: extorsivo, prolongado en el tiempo o con grave daño para la persona o intereses del secuestrado, castigándole con una pena de presidio mayor en su grado medio a máximo y al que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además violación, violación sodomítica o lesiones graves gravísimas hasta la castración la que castiga con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado y la sustracción de menores sancionada con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando es extorsivo o resulta grave daño en la persona del menor y al que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además violación, violación sodomítica o lesiones graves gravísimas hasta la castración la que castiga con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

¹ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica. 2005, p. 206.

Es evidente la gravedad de las penas que el legislador contempla para estos tipos penales, pero esta puede ser atenuada o rebajada un uno o dos grados si se produce la devolución de la víctima, caso que comprende desde los primeros momentos de la ejecución del delito hasta su completa consumación, procediendo la atenuación del hecho ilícito en cualquiera de las modalidades del secuestro simple y al menos en dos figuras del secuestro calificado, a saber, secuestro extorsivo o cuando el encierro o la detención se prolongare por más de quince días, teniendo como único requisito que la devolución lo sea libre de todo daño.

1. El Secuestro.

1.1. Breve consideración histórica.

Desde tiempos de Roma se creyó lícito someter a dominación a otros pueblos o grupos de personas, admitiendo que el hombre podía ser propiedad de otro quien además tenía la posibilidad de transferirlo vendiéndoles como esclavos obteniendo de ello ganancias de forma indebida. El plagio fue muy frecuente en la antigüedad, bien se robara un hombre libre para venderlo como esclavo como también el acto de esconder o suprimir a un esclavo en perjuicio de su dueño.² En España se presentan por primera vez los secuestros a principios de 1869 en Málaga, lugar en que comenzaron el desaparecimiento de personas exigiéndose altas sumas de dinero para su liberación, muchas veces los autores disfrazados con uniformes de la Guardia Civil.³ El Código Penal Chileno lo trata desde 1875 siendo modificado por primera vez en Mayo de 1993.⁴

Nuestro Código Penal contempla dicha figura en el *Libro II Título III DE LOS CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS QUE AFECTAN LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN, Párrafo 3 “Crímenes y Simple Delitos contra la Libertad y Seguridad Cometidos por Particulares”*, ubicación que ha sido criticada,⁵ proponiéndose que sería más correcto ocuparse de estos delitos entre aquellos que atentan contra intereses individuales.

² *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, II Bogotá. Temis, 1973, p. 490. en el mismo sentido, Jiménez Huerta señala que la palabra plagio expresó la sustracción de un siervo en perjuicio de su dueño como el secuestro de un hombre libre para venderlo como esclavo.

³ PUIG Peña. Federico *“Derecho Penal, Parte Especial”* Barcelona. España. 1975 Tomo IV.

⁴ Ver artículo 2º N° 1 de la ley 18.222, de 28 de mayo de 1993.

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 193 y ss.

La Constitución Política de la República declara en su artículo 1º que los hombres nacen libres, asegurando dicha libertad a todas las personas y del punto de vista de sus limitaciones y modo de garantizarla en el capítulo III, especialmente en el artículo 19 N° 7 que consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Esta libertad personal es libertad física, de movimiento y actividad denominándose jurídicamente como libertad de movilización, locomoción o ambulatoria,⁶ es decir, la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de uno a otro dentro o fuera del país. El numeral 7º letra c del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 dice que nadie puede ser arrestado a detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal y nuestro nuevo Código Procesal Penal por su parte autoriza la detención en caso de flagrancia por las policías y excepcionalmente por un particular conforme se dispone en el artículo 129 de dicho Código.

1.2. Elementos constitutivos del delito de secuestro.

En España, la jurisprudencia ha exigido dos supuestos para estar frente a un delito de secuestro conforme lo dispuesto en el artículo 164 del *Código Penal Español de 1995*, entendido este como delito complejo que sanciona dos acciones, la detención ilegal y por otra la exigencia de una condición para la puesta en libertad, es decir, que se prive de libertad a una persona sea mediante encierro o detención y que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad depende del cumplimiento de la condición impuesta.⁷ En Chile desde mi punto de vista los requisitos para el delito de secuestro simple son los siguientes: Que el sujeto activo sea un particular, aunque en ciertos casos también puede serlo un funcionario público, que se prive de libertad a una persona mediante encierro o detención ilegítima y ausencia de consentimiento por el sujeto pasivo.

⁶ VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio., NOGUEIRA Humberto. *Derecho Constitucional*, Tomo I, 1994, Editorial Jurídica de Chile. p. 229.

⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras Completas*. Tomo III. Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago. p. 145.

1.3. Concepto de libertad.

Ella es una facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos,¹ en sentido amplio se la define como la facultad del hombre para desenvolver su personalidad y determinar su conducta conforme a su voluntad.²

El delito comprende toda privación de libertad personal entendida esta en un sentido estricto como libertad física o ambulatoria, es decir, como el derecho que tienen todas las personas de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en un lugar específico, afectando la libertad ambulatoria en toda su amplitud la que puede serlo por cualquier medio, incluso el engaño.³ Desde este punto de vista la víctima pierde la facultad de decidir dónde estar o permanecer o hacia dónde dirigirse quedando esta en manos del sujeto o sujetos activos.⁴ A saber existen dos formas básicas de atentar contra este derecho:

- a) Suprimiendo directamente la libertad ambulatoria de una persona y donde pueden apreciarse dos tipos penales como lo son el delito de secuestro y la sustracción de menores.
- b) Vulnerando las garantías procesales que regulan las eventuales limitaciones a la libertad ambulatoria y donde pueden apreciarse otros tipos penales como lo son el delito de detenciones irregulares y arbitrarias, violación de prerrogativas y condenas irregulares.⁵

¹ *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Real Academia Española. 21ª Edición. Tomo II. España. 2000 p. 1252.

² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004 p. 194.

³ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed. Santiago 2006, p. 32.

⁴ *CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA*, 12º Edic. Edit. Jurídica de Chile. Santiago 2008. artículo 19 Nº 7 la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República trasladarse de un lugar a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre le perjuicio de terceros.”

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004 p. 202-215 BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007 p. 108.

1.4. Objeto jurídico.

Como ya se ha dicho el bien jurídico tutelado es la libertad,⁶ sin embargo también puede serlo la seguridad individual y la libertad ambulatoria de una persona en los casos de secuestro cuando este se ejecuta para pedir un rescate o imponer exigencias.⁷ En lo particular considero que el bien jurídico tutelado es la libertad personal en su expresión jurídica de locomoción o ambulatoria.

1.5. Objeto material.

El objeto material del delito es el propio sujeto pasivo, la víctima encerrada o detenida.

2. Estructura típica del delito de secuestro.

La figura de secuestro y de sustracción de menores están tratadas respectivamente en los artículos 141 y 142 del Código Penal, aunque del punto de vista de la libertad individual ambulatoria se pueden clasificar de la siguiente manera:

- a) Secuestro.
- b) Sustracción de menores.
- c) Detenciones arbitrarias.
- d) Detenciones ilegales.
- e) Tortura.
- f) Violación de prerrogativas.
- g) Condenas irregulares.⁸

Esta clasificación, posible entre otras, se basa en un concepto más bien físico de la libertad de una persona, es decir, como el derecho que tiene de decidir sin intervenciones de terceros la ubicación espacial que desee, teniendo todas ellas como sustrato común la privación de la libertad, entendida como la libertad ambulatoria individual consagrada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

⁶ BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007.p. 101 y ss.

⁷ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Edit. Jurídica de Chile. Santiago 2005, p. 201.

⁸ BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007 p. 103.

2.1. Tipicidad.

Como ya se adelantó el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluso el funcionario público que actúa como un particular, ya que si este lo hace dentro de la esfera de sus atribuciones como funcionario público comete el delito de detención ilegal, a su vez el sujeto pasivo también puede ser cualquier persona con la única diferencia de que si esta es menor de 18 años se cometerá el delito de sustracción de menores y las penas serán más elevadas. Antes ya manifesté que podía cometerse aún por engaño y también procede respecto de aquellas personas cuya voluntad y capacidad para ejercer su libertad ambulatoria depende de un tercero que lo tiene a su cuidado, como ocurre por ejemplo con las personas que temporal o permanentemente padecen de una enfermedad que les impide el libre movimiento por sí mismos. Los delitos que se estudiarán en relación con la minorante contenida en el artículo 142 bis serán los distintos tipos de secuestro y sustracción de menores.⁹

2.1.1. Conducta.

Las conductas que se traducen en la actividad del sujeto activo de impedir el ejercicio de la libertad de locomoción son las de detención y encierro, la primera consiste en la aprehensión de una persona privándole de su libertad de locomoción sea que se amarre, prive de sentido u otra forma, obligándola a permanecer en un lugar contra su voluntad, en cambio, el encierro consiste en mantener a una persona en un lugar de donde le es imposible escapar por imposibilidad física o que pudiendo estas salidas no son viables, también se le ha entendido como la colocación o mantenimiento, si ya estaba ahí, de una persona en un recinto cerrado o al menos limitado del cual no puede salir a su

⁹ *Código Penal*. 24° Edic. 2010. Editorial Jurídica de Chile. Art. 141. “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. Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. 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 presidio mayor en su grado medio a máximo. El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.” Art.142 “La sustracción de un menor de 18 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 u 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.”

voluntad o que ello le implique grave riesgo para su persona¹⁰. Cabe destacar que las breves o leves privaciones de libertad no alcanzan a ser de tal entidad que importen la comisión de estos delitos.¹¹ Si el encierro o detención descrito recientemente es voluntario por el sujeto pasivo, existiría ausencia de tipicidad sea que esta voluntariedad sea expresa o tácita. El art. 141 exige que este encierro o detención lo sean sin derecho, es decir, la conducta desplegada por el autor no se encuentre autorizada, cuestión que ha sido criticada indicándose que esta frase de “sin derecho” consiste en un error metodológico ya que resulta obvio que la conducta se sanciona en la medida que no se haya realizado legítimamente.¹²

2.1.2. Tipo subjetivo.

Este delito puede configurarse con dolo directo o eventual, ya que no existen fórmulas restrictivas que apunten a lo contrario. Distinguiendo que la figura básica del inciso 1º y 5º del artículo 141 puede ser cometida con dolo directo o eventual, cuestión que no ocurre con la figura del inciso 3º donde el secuestrador persigue un fin y por ende sólo podrá ser cometido con dolo directo.

2.2. Antijuridicidad.

Existe una conducta antijurídica cuando esta lesiona o pone en peligro un bien jurídico y su realización no se encuentra autorizada por la ley. La antijuridicidad material reside en la dañosidad social de la conducta, es decir, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y del punto de vista formal representa la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico, o sea la falta de autorización legal para realizar la conducta típica.

Así entonces habrá ausencia de antijuridicidad cuando exista alguna causal de justificación que permita la conducta, por ejemplo cuando la víctima consiente en su privación de libertad ya que existiría ausencia de interés como ocurre en el secuestro tipificado en el artículo 141 del Código Penal, misma cosa ocurre o la conducta se justifica por la causal del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por ejemplo en el ejercicio legítimo

¹⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004 p. 203.

¹¹ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2005, p. 203.

¹² BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007.p. 108.

de un derecho como ocurre por ejemplo en los casos de los Jefes de Escuelas Militares respecto de los cadetes y alumnos o los Directores de Salud por ciertas enfermedades y Capitanes de Buque para detener en ciertas circunstancias.¹³

2.3. Culpabilidad.

La imputación subjetiva de la acción a quien la realizó se funda positivamente en dos elementos, en que el sujeto sabía y quería la realización del hecho típico, es decir, en el dolo directo o cuando se representa el hecho típico aceptándolo como posible y en la culpa cuando el sujeto no imprime a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo la desviación del curso causal hacia la producción de resultados indeseables.¹⁴ Sin embargo, a estos elementos que fundamentan la culpabilidad se añaden otros presupuestos, a saber:

- a) Inexistencia de una causal de inimputabilidad consistente en la falta de madurez o de salud mental del autor.
- b) Ausencia de error de prohibición que haya impedido comprender la antijuridicidad de su conducta al autor, y
- c) Ausencia de causal de no exigibilidad de otra conducta que haya impedido actuar conforme a derecho.¹⁵

3. Problemática del delito de secuestro.

3.1. Punición del cómplice.

Cierto es que la mayor cantidad de delitos pueden ejecutarse por una sola persona pero resulta frecuente que en el delito de secuestro intervengan varias que se dividen el trabajo. El artículo 14 del Código Penal distingue tres formas de concurrencia al acto delictivo, autor, cómplice y encubridor. A su vez el artículo 141 inciso segundo del Código Penal señala que en la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito, siempre que sea a sabiendas, es decir, cuando ha mediado acuerdo previo conforme las reglas generales ya que de no mediar este acuerdo previo la

¹³ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2005, p. 204.

¹⁴ CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7º Edic. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. p. 316 y ss.

¹⁵ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. Santiago 2004, p. 246.

actuación entonces estaría referida a la complicidad, pero que en este caso se sanciona igualmente con la pena del autor.¹⁶

Particularmente pienso que cualquier forma de participación, en que no medie concierto para su ejecución, el tratamiento debiera ser como cómplices ya que su cooperación en la ejecución es a lo más simultánea.

Del punto de vista del marco sancionatorio, la única excepción a la complicidad se constituye cuando se proporciona el lugar para la ejecución del delito, ya que no obstante tratarse de esta forma de participación se sanciona con la misma pena del autor.

Esta participación posterior a la que hago alusión se diferencia de la coautoría sucesiva,¹⁷ toda vez que esta última requiere que el sujeto se sume con posterioridad a un hecho ilícito ya iniciado para continuar su ejecución en conjunto, en cambio, para estar frente a la complicidad en el delito de secuestro la contribución al designio delictivo no debiera ser funcional a la realización del hecho ilícito. Ejemplo sería el caso del cónyuge del sujeto activo, que facilita el ingreso al hogar común a petición de su marido para que en dicho domicilio pueda mantener en cautiverio a la víctima. Entonces en cualquiera de las demás hipótesis que configuran participación como cómplice se debiera estar a las reglas generales, es decir, imponerse la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito de que se trate.

3.2. Secuestro como delito permanente.

Este es un delito permanente ya que se prolonga mientras dura la privación de libertad y hasta el término de ella por causa ajena a la voluntad del sujeto activo o por consentimiento de la víctima, manteniéndose como hecho ilícito aún en esta última modalidad, ya que este consentimiento no puede obrar retroactivamente.

Se consuma este delito al quitarse la libertad al sujeto pasivo y perdura entonces hasta el momento en que ésta se recupere, independientemente de que el sujeto activo haya logrado la obtención de su objetivo, en el mismo sentido, según sentencia de la

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2004 p. 206.

¹⁷ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 612. Coautoría sucesiva “el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros” en principio se estima autor siempre que se den los restantes requisitos para considerarlo como tal.

Corte Suprema de fecha 17 de Noviembre de 2004 conociendo del secuestro de Miguel Sandoval, estimó que el delito era de carácter permanente atendido que el momento consumativo perduraba en el tiempo, aunque esta concepción radica en su contraposición con la de delito instantáneo, por quedar consumado en un solo instante, cuestión que ocurre en los delitos permanentes como en los delitos de estado, así se plantea, que en los delitos permanentes más que un momento consumativo existe un estado antijurídico que perdura hasta la supresión del mismo, entonces la consumación ocurre instantáneamente y según la doctrina mayoritaria lo que distingue a los delitos permanentes es entonces que lo “permanente” es la ejecución del comportamiento delictivo, por ello es que el secuestro se corresponde con un caso de unidad jurídica de acción.¹⁸

El carácter de permanente resulta importante desde este segundo punto de vista, es decir, que el delito siga ejecutándose actualmente, para la institución de la prescripción la que particularmente debiera contarse desde el último instante consumativo acreditable por el ente acusador, no bastando probar que se consumó alguna vez. También se afirma que los delitos permanentes son aquellos en los cuales “el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de manera que, en cierto modo, el hecho se renueva continuamente.”¹⁹

4. Liberación de la víctima.

4.1. Liberación de la víctima en la etapa de tentativa.

Nuestro Código Penal en su artículo 7º inciso final expresa que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

La tentativa es punible cuando el sujeto exterioriza actos ejecutivos tendientes a producir un resultado u omite la conducta tendiente a evitar el mismo, el que no se consuma en definitiva por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Esta intención de delinquir cuando sólo queda en eso “intención” no es punible, ya que lo sería cuando este propósito y exteriorización ejecutiva de la conducta o la omisión de aquella que debiera producir el resultado, va seguido de actos directos e inmediatos con miras a la

¹⁸ MAÑALICH R., Juan Pablo. *El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía*. Revista Estudios de la Justicia (Nº 5). P 12-15, 2004.

¹⁹ JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Bosch, 1981. p. 357.

consumación y esta no se consigue por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. En otras palabras, si el sujeto activo abandona voluntariamente la ejecución²⁰ o impide la consumación del delito de secuestro, sin que medie ninguna causa externa que lo fuerce a ello, este ya no sería punible.

La tentativa puede estar presente en todos los tipos de secuestro de nuestra legislación Chilena, a saber el secuestro simple, calificado y la sustracción de menores, ello porque la privación de libertad puede llegar a su fin por una causa ajena a la voluntad del o los sujetos activos antes de que se produzca materialmente la lesión al bien jurídico protegido e incluso, habiéndose producido por un instante y este sea insignificativo penalmente, por ejemplo: siendo aprehendida la víctima en la afueras de la cancha de fútbol y conducida por los secuestradores hasta el automóvil que aguarda para su ingreso y posterior traslado al lugar de cautiverio, la víctima huye o la llegada de la policía evita el hecho ilícito. Interesante resulta entonces analizar desde este punto de vista la tentativa inidónea y el desistimiento de la tentativa.

4.2. Exigencia de dolo directo en la tentativa y tentativa inidónea.

En los primeros años de la post-guerra, basándose en la jurisprudencia permanente, casi nadie dudaba de la impunidad general de la tentativa inidónea.²¹ Estaríamos frente a una acción ejecutiva u omisión inidónea cuando ésta no es apta para producir el resultado deseado, es decir, estamos frente a un intento imposible de obtener un resultado conforme a un juicio ex-ante, por la falta o ausencia de la creación de un peligro o germen de posibilidad de producir el resultado, en general la punibilidad de las tentativas inidóneas no es aceptada, total o parcialmente con diferentes argumentos en el derecho vigente.²²

Para abordar este tema referente a actos ejecutivos, se los ha tratado de determinar confrontándolos con los actos preparatorios, atendiéndose a que los primeros

²⁰ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 570.

²¹ ROXIN, Claus. *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea* www.juridicas.unam.mx Biblioteca jurídica virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. “la opinión vertida tenía muchos adversarios hasta 1930. luego el legislador de la parte general nueva se refirió en el § 22 del Código Penal Alemán expresamente a la “representación del hecho” y cuando la ley estableció en el § 23 III que incluso la tentativa inidónea gravemente incomprensible es punible, se aclaró y resolvió dicha cuestión al menos para el derecho Alemán.

²² ROXIN, Claus. *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea*, título original en Alemán *Zur Strafbarkeit des untaulichen Versuchs*. Traducción de Dirk Styma [en línea] <http://www.juridicas.unam.mx> [consulta 30 junio 2011].

constituyen conato o tentativa en sentido amplio. La línea divisoria en estos actos es de suma importancia ya que generalmente ahí se encuentra el límite entre la conducta impune y la punible. Nuestro sistema legal diferencia dos formas de actos de ejecución que no llegan al delito consumado, a saber, la tentativa y la frustración. Para esta primera forma, la tentativa, se debe estar en presencia de dos requisitos, el primero es la realización de hechos externos y el segundo es que estos hechos representen un comienzo de ejecución,²³ por ende debe tratarse de un delito que pueda cronológicamente dividirse en etapas, distinguiéndose éstas como una forma de aparición de un delito que no llega a su realización plena. Según Carrara la esencia de la punibilidad radica en que se trataría de actos ejecutivos que no generan dudas del propósito delictivo, es decir, aquellos que son unívocos,²⁴ postura criticada por Cury indicando que en la práctica son muy pocos o quizás inencontrables los actos unívocos.

Existen varios criterios para determinar el comienzo de ejecución, que debiera resolverse teniendo en consideración los siguientes factores:²⁵

- * La voluntad finalista que dirige los actos.
- * Las exigencias de la figura legal en cuanto al verbo rector y al resultado.
- * La previsibilidad objetiva del resultado situándose en el momento y circunstancias del acto realizado.
- * Idoneidad de los hechos para obtener un resultado y
- * Para que se produzca el resultado deben faltar uno a más actos ejecutivos, independiente de la verificación o no del resultado ya que si este aún no se verifica pero no faltan actos por ejecutar estaríamos frente a un delito frustrado. De esta forma uno de los requisitos de la tentativa es la idoneidad de los actos en relación con el resultado querido, ya que en caso de estar frente a actos que no son idóneos se habla de delito imposible o tentativa inidónea según los Alemanes, la que no puede ser castigada como

²³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 57-58.

²⁴ CARRARA, Francesco. Opúsculos, I, p. 237 y ss. Actos unívocos, como aquellos que objetivamente apreciados sólo sirven para la consecución del propósito delictivo.

²⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 61 y ss.

tentativa ni frustración ya que nunca existió peligro de que el resultado se verificara.²⁶ y a propósito del último requisito es que se plantea un problema en relación con la existencia de la tentativa ya que de faltar actos por realizar estos podrían no ejecutarse por la intervención de terceros o por la propia voluntad del agente, caso este último en que se habla de desistimiento de la tentativa o tentativa abandonada.²⁷

Respecto de la faz subjetiva del tipo de tentativa en términos generales, existe acuerdo en que no existe un dolo de tentativa, que este es común a la tentativa y la consumación, que en la tentativa deben estar presente los demás elementos subjetivos del tipo distintos del dolo cuando son exigidos por la figura de consumación; que no procede tentativa culposa y que podría existir tentativa con dolo eventual. Aunque la existencia de tentativa con dolo eventual forma parte del acervo de la opinión dominante, ello se ha criticado ya que no sería posible, no obstante que el dolo eventual acepta la producción de un resultado que el sujeto toma como suyo para el caso hipotético que este se produzca. La crítica se funda en que no es imaginable un esfuerzo fallido hacia la consumación y porque el artículo 7º del Código Penal exige que se haya dado principio a la ejecución por hechos directos, los que se caracterizan por estar orientados hacia la consumación, es decir, buscan un resultado específico que sólo puede obtenerse con dolo directo.²⁸

Se deduce entonces que la tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la tentativa idónea; debe darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer esta, objetivamente, una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Este requisito de la peligrosidad debe medirse conforme a parámetros objetivos que valoren el propósito del autor, teniendo presente las circunstancias y el contexto en que se actuó.²⁹

²⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 67.

²⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 58 y ss.

²⁸ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 562-563, este autor un principio apoyaba la idea de tentativa con dolo eventual, actualmente estima que sólo procede con dolo directo.

²⁹ MUÑOZ Conde, Francisco. *Teoría General del delito*. 4º Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. pág 188 y ss.

4.3. Voluntariedad del desistimiento de la tentativa y su impunidad.

4.3.1 Fundamento del desistimiento.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española desistir es apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado.

Conforme al artículo 7 inciso 2º del Código Penal existe frustración cuando la falta de consumación se debe a causas independientes de la voluntad, entendiéndose a contrario sensu que si la falta de consumación es por causa dependiente de la voluntad del sujeto activo el hecho entonces no sería punible.

Esta afirmación rige con claridad para la frustración, ¿pero qué ocurre con la tentativa? Si puede entenderse lo anterior para la frustración, es decir, cuando el sujeto ha puesto todo lo necesario o realizado todos los actos ejecutivos tendientes a lograr la consumación sin conseguirlo, con mayor razón debiera entenderse que no pueden ser castigados los actos ejecutivos de tentativa cuando estos son abandonados o desistidos por su autor.

Es un principio generalmente admitido que en la tentativa acabada, es decir, cuando se han realizado todos los actos de ejecución del hecho ilícito o tentativa inacabada, cuando se han realizado sólo algunos actos de ejecución y se desiste el autor de manera voluntaria de la consumación del hecho, se produzca la impunidad por razones de política criminal u otras.³⁰ Para Cury, el desistimiento de la tentativa constituye una causal de atipicidad por falta de dolo,³¹ así plantea que para estar frente a la tentativa punible es necesario que la voluntad permanezca inalterada con miras a la consumación hasta la interrupción del curso causal o hasta su frustración. El desistimiento entonces no se trata de la cancelación de la voluntad sino de un defecto en su formación ya que el dolo nunca se habría perfeccionado íntegramente.

Cabe destacar que el desistimiento debe serlo de un hecho que busca llegar a ser delito consumado ya que si sólo se desiste de la tentativa esta sería irrelevante para el derecho penal. Entonces el principal fundamento de la impunidad del desistimiento está dado por la falta de un requisito de la tentativa, en que el autor voluntariamente, decide no

³⁰ MUÑOZ Conde, Francisco. *Teoría General del delito*. 4º Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. pág 190.

³¹ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 569.

consumar el delito no pudiendo fundamentarse que lo hizo por circunstancias ajenas a su voluntad. De este modo podría estimarse que desiste de la tentativa quien abandona voluntariamente la ejecución todavía incompleta, de la acción típica, distinguiéndose dos requisitos:

- a) El abandono de la acción típica iniciada e inconclusa.
- b) Voluntad de abandono de la ejecución del hecho típico, cuestión que determina la diferencia entre la tentativa punible y la desistida.³²

En España si el sujeto desiste del intento de cometer un delito por su propia voluntad, ello no es punible conforme el artículo 42 del Código Penal Español. Se concluye mayoritariamente por la doctrina que el desistimiento voluntario exime de toda pena operando como una causa personal de exclusión de pena.³³

Se ha sostenido que el desistimiento es un supuesto de atipicidad o que se trata de un caso de inculpabilidad. Esta situación es criticada por Guillermo Hassel, plantea que no podría ser causa de atipicidad porque si la tentativa se detiene en una etapa posterior no se puede borrar lo que se ha hecho por existencia de actos ejecutivos previos y que no es de inculpabilidad por que ya no habría nada que prevenir.

4.3.2. Requisitos de impunidad del desistimiento.

Como ya se ha mencionado el desistimiento debe serlo por la propia voluntad del sujeto sin que exista motivación ajena a ella.

Entonces la voluntariedad es esencial para la impunidad del desistimiento, siempre que ésta no esté motivada por la representación de ninguna acción del sistema penal que impida o ponga en peligro la obtención del resultado delictivo, ni en el convencimiento del sujeto de que es imposible consumar el hecho ilícito.

En el desistimiento de la tentativa inacabada bastaría para lograr su impunidad que el autor voluntariamente detenga la realización de los actos ejecutivos que buscaban consumar el hecho, en cambio, si la tentativa es acabada deberá realizar otros actos para

³² BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Teoría de Delito*, 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007.p. 198 y ss.

³³ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. Santiago 2004, p. 380.

impedir la consumación. Esta decisión seria, firme y decidida sólo alcanza al que desiste por ser una causa personal de exclusión de la pena.³⁴

4.3.3. Desistimiento en la tentativa calificada.

En este caso los actos ejecutivos de tentativa constituyen por si mismos delitos, la operatividad descrita para el desistimiento mantiene su validez pero sus efectos no alcanzan a los hechos ilícitos consumados que se pudieron haber generado. Por ejemplo si el sujeto activo desiste voluntariamente del secuestro extorsivo y libera a la víctima antes de subirla al vehículo que la trasladará hasta el lugar de cautiverio, pero se le ha sustraído su celular, se responderá sólo por el hecho ilícito autónomo consumado.

4.4. Conclusión.

El autor del hecho ilícito no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito. Si la liberación de la víctima se produce voluntariamente en la etapa de tentativa o frustración y ella ya ha sufrido lesiones, se responderá por ellas en tanto tengan la fuerza suficiente para subsistir como delito autónomo y habrá entonces desistimiento cuando es voluntario y particularmente creo que sólo cuando el sujeto activo desiste sabiendo que puede continuar ejecutando el delito sin ninguna interferencia de terceros, al menos en estado de probabilidad razonable.

5. Penalidad y atenuante especial del artículo 142 bis del Código Penal.

5.1. Génesis y fundamento de la atenuante.

Su lógica existencial es asimilable a la del desistimiento espontáneo, arrepentimiento e incluso a la etapa de tentativa,³⁵ para desentrañar los argumentos que se tuvieron en vista para crearla acudiré a la historia fidedigna de ella. El Código Penal Chileno de 01 marzo 1875 no la contenía no obstante que si regulaba el delito de secuestro y la sustracción del menor de 10 años haciendo aplicable las penas del secuestro propiamente tal si la víctima era mayor de esa edad, el que tenía asociada una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, su regulación era una consecuencia de la necesidad del mantenimiento del orden interior y con ello asegurar el completo y

³⁴ MUÑOZ Conde, Francisco. *Teoría General del delito*. 4º Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. pág 192.

³⁵ BUSTOS Ramírez, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal, Parte Especial Tomo III 2ª Edic.* 2009.

perfecto ejercicio de libertades individuales y todos los derechos que la Carta Fundamental garantizaba a los ciudadanos.

Ya el mensaje del Código Penal de esa época señalaba que respetando los principios que dominaban la legislación vigente, se procuró dar reglas bastante comprensivas pero precisas para que puedan fácilmente ser aplicadas por el tribunal en cualquier caso sometido a su decisión en cuanto a atenuantes y agravantes se refería. Es así como se crea un catálogo general de circunstancias atenuantes, las que se encuentran numeradas taxativamente³⁶ aceptándose como tales sólo aquellas que contenía el ordenamiento jurídico, sistema que adoptó la comisión redactora no obstante que el Código Penal Español contenía la autorización para la creación de atenuantes por analogía.³⁷ Hasta el año 1993 sólo existe tipificado el delito de secuestro y sustracción de menores pero no se contiene ninguna norma relativa a atenuar dichas penas fundadas en el interés superior de la víctima, salvo aquella que contempla una rebaja de la pena, facultativa para el juez, que operaba cuando los autores del delito voluntariamente devolvían al menor libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, y siempre que esta devolución se hiciera antes de pagar el rescate. Es así como nace la idea matriz de un proyecto de ley que permita perfeccionar las normas relativas a los delitos de secuestro y de sustracción de menores mejorando y sistematizando la legislación vigente relativa a dichos delitos, con el objeto de dar una señal clara de la voluntad del Estado de enfrentar estos delitos con eficacia y decisión.

La creación de dicha atenuante se encuentra en la moción de varios diputados³⁸ que señalan que la regulación del delito de secuestro y de sustracción de menores así como las disposiciones que determinan conductas terroristas y su penalidad presentan una serie de vacíos y contradicciones, a saber que el artículo 142 del Código Penal, al castigar la sustracción de menores, no agrava la pena cuando el ofendido es además víctima de homicidio, violación, castración, mutilación o lesiones graves gravísimas cuestión que si ocurre cuando la víctima es mayor de edad conforme lo regulado en el artículo 141 del Código Penal. Tampoco se consideraba como agravante

³⁶ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 474 y ss.

³⁷ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 475.

³⁸ Moción parlamentaria con origen en la Cámara de Diputados, ingresada el 11 de marzo de 1992, publicada en boletín 625-07 Alberto Espina Otero, Hernán Bosselín Correa, Andrés Chadwick Piñera, Sergio Elgueta Barrientos, Carlos Kuschel Silva, Jorge Molina Valdívieso, Andrés Sotomayor Martínez y Raúl Urrutia Ávila [en línea] <http://www.congreso.cl> [consulta 04 Agosto 2011].

la comisión del delito de abusos deshonestos³⁹ durante la sustracción del menor. Esta diferencia de penalidad no tiene ningún sentido ni justificación, a la inversa el artículo 142 establece un incentivo a los partícipes del delito de sustracción de menores que devuelvan al menor libre de todo daño, no obstante, en el caso del secuestro no existe este beneficio para el que devuelva sano y salvo al ofendido y por último este beneficio es para los partícipes del delito que liberen al menor sustraído voluntariamente y sin que se haya pagado rescate, produciéndose el absurdo de que una vez cancelado éste los delincuentes no tienen ningún estímulo o interés para devolver al menor en buen estado, situación que pone en grave riesgo su vida.

Con estos argumentos se decidió enviar una moción, para que entre otras cosas se agregara un nuevo artículo 142 bis que hiciera aplicable, tanto para el delito de secuestro como para la sustracción de menores, la atenuante especial que hasta la fecha existía sólo en favor de quienes cometen este último delito, consistente en rebajar la pena en dos grados si voluntariamente se devolvía al ofendido libre de todo daño y de paso suprimir la exigencia que la devolución se haga antes de pagar el rescate. En definitiva y según consta en el boletín N° 625-07,⁴⁰ se informó en su artículo 3° que se agregaba un nuevo artículo 142 bis, para rebajar la pena hasta en dos grados a los partícipes de los delitos de secuestro o de sustracción de menores que voluntariamente devuelven al ofendido libre de todo daño a la autoridad, a sus familiares o a los encargados de su persona, se expresó además que este artículo junto con hacer aplicable también la disminución de la penalidad al secuestro suprime la exigencia que la devolución se haga antes de pagar el rescate, porque lo fundamental es salvar, libre de todo daño, a la víctima de estos delitos. Se trata de que el pago no sea un elemento a considerar necesariamente para que opere la rebaja de la pena, que es preciso incentivar la devolución del ofendido libre de todo daño sin que medie la exigencia del pago del rescate. Teniendo presente que el daño, al menos psicológico, siempre existirá. Además El Senador señor Otero formuló indicación para sustituir este artículo por otro que recoge la inquietud planteada en el seno de la Comisión, de incentivar la devolución de la víctima

³⁹ La voz abuso deshonesto es empleada en la moción parlamentaria conforme la normativa vigente a dicha época, la que luego pasó a denominarse abuso sexual según lo dispuesto en la ley 19.617 de fecha 12 de julio de 1999.

⁴⁰ Boletín 625-07 que contiene el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el mencionado proyecto de ley, en segundo trámite constitucional [en línea] <http://www.congreso.cl> [consulta 04 Agosto 2011].

libre de todo daño, por un lado y de dar un trato preferente al que libera a la víctima sin que medie ninguna exigencia.

Esta atenuante por colaboración se distingue de la contemplada en el artículo 11 Nº 9 del Código Penal ya que esta última está fundada en la conducta posterior del sujeto, evidenciándose una personalidad en que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena,⁴¹ en cambio, en el artículo 142 bis se requiere voluntariedad para poner término a la ejecución del delito.

El secuestro es considerado como uno de los delitos de mayor crueldad bajo el amparo del anonimato, el secuestrador somete a su víctima privándola de libertad para luego dejar la responsabilidad de la vida del secuestrado y la carga de la culpa en sus familiares quienes negocian la entrega en definitiva de la víctima a cambio de una contraprestación, esto de manera indiscutible genera inseguridad pública, a contrario sensu, entonces la seguridad como condición humana es indispensable para la convivencia de los ciudadanos en sociedad, así las cosas y en un modelo de estado democrático de derecho, el Estado es el llamado a garantizarla.

5.2. Tratamiento de las lesiones en nuestra legislación.

El delito de lesiones en nuestra legislación se estructura tomando como tipo base el delito de lesiones menos graves previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal estableciendo como tipos agravados los delitos de lesiones graves y graves gravísimas contenidos respectivamente en el artículo 397 Nº 1 y 2 además se establece una falta de lesiones en el artículo 494 Nº 5 todas normas del Código Penal, conocido como lesiones leves.⁴²

Las lesiones graves son tipos penales que se establecen en relación al resultado producido diferenciadas unas de las otras por el grado de incapacidad quedando como tipo base las lesiones menos graves. Las lesiones leves no configuran por su parte tipo base de las anteriores ya que ellas no están determinadas por el resultado sino que lo están atendiendo a la calidad de las personas y circunstancias del hecho, diferencia está última fundada en la menor antijuridicidad. Para que concurra el injusto de lesiones

⁴¹ CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. p. 496.

⁴² VAN Weezel, Alex. Informe en derecho “La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar”. Lexdefensor. 30.10.2007.

menos graves se requiere de un comportamiento, acción u omisión, destinado a lesionar a otro afectando su salud individual, un resultado material de lesiones al sujeto pasivo distinto de los descritos en el artículo 397, es decir, sólo aquellas que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por un tiempo inferior a 30 días y que la lesión sea objetivamente imputable a la conducta desplegada por su autor, luego al analizar la norma contenida en el artículo 141 inciso 5 del Código Penal se agrava la pena comprendiendo sólo la generación en el sujeto pasivo de hasta lesiones graves gravísimas como mínimo excluyendo del tipo las lesiones graves. Como tipo especial por otro lado tenemos el contenido en el artículo 141 inciso 4 que también agrava la pena pero cuando resultare daño grave en la persona o intereses del secuestrado, lo que en una primera aproximación permite extraer la siguiente conclusión, que los tipos agravados de secuestro del artículo 141 inciso 4 y 5 no están haciendo referencia a las lesiones menos graves por lo que debiera acudir al tipo base contenido en el artículo 141 inciso 1º del Código Penal para someter a estudio la tipicidad del hecho ilícito, así entonces acudiendo al elemento sistemático de interpretación cabe concluir “que en el artículo 142 bis al referirse a libre de todo daño, nos referimos a que la víctima no haya sufrido lesiones graves.” o dicho en otros términos me refiero a que la atenuante del artículo 142 bis del Código Penal procede aún cuando la víctima de este delito sufra lesiones menos graves.⁴³

5.2.1 Concepto de lesiones.

Este se encuentra regulado en los artículos 395 a 403 bis del Código Penal, refiriéndose a lesiones corporales no obstante que la doctrina está conteste que éste incluye el concepto restringido de integridad corporal como bien jurídico protegido pero también el referido a la salud desde un punto de vista fisiológico, como así también el equilibrio de las funciones síquicas.⁴⁴ El artículo 397 las define como la acción en que se hiere, golpea o maltrata de obra a otra persona, aumentado la penalidad asignada al delito de acuerdo a las consecuencias que se deriven de él.

⁴³ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2005, p. 205.

⁴⁴ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 2ª ed. Santiago 2002, p. 149.

5.3. Clasificación doctrinaria.

El Diccionario de la Lengua Española define lesión como el daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad.⁴⁵ Para su clasificación se atenderá al criterio seguido por el Código Penal en orden decreciente de gravedad, distinguiendo las mutilaciones de las lesiones propiamente tales.⁴⁶

5.3.1. Mutilaciones.

El Código Penal la trata en su artículo 395 y 396 refiriéndose en ellos a la castración como también a las mutilaciones sean estas de miembro importante o menos importante.

5.3.2. Lesiones graves :

Están comprendidas en los artículos 397 y 398 del Código Penal definidas por las acciones de herir, golpear o maltratar de obra a otro calificándose como tales las que generen consecuencias no comprendidas en las lesiones menos graves. La doctrina a subclasificado estas lesiones de la siguiente forma:⁴⁷

5.3.3. Lesiones gravísimas:

Están comprendidas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal referidas a aquellas lesiones que deja a la víctima demente, inútil para el trabajo, impedido de miembro importante o deforme.

5.3.4. Lesiones simplemente graves:

Están comprendidas en el artículo 397 N° 2 del Código Penal y son aquellas cuya consecuencia es la producción de una enfermedad o incapacidad para el trabajo por mas de 30 días, esta figura suele aplicarse en subsidio de las lesiones gravísimas cuando no se ha podido determinar su naturaleza o cuando no se cumplen todos los requisitos de las lesiones gravísimas.

⁴⁵ El Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, además define la lesión grave como la que causa en el ofendido pérdida o inutilidad de un miembro, o lo incapacita para trabajar por mas de treinta días y como lesión menos grave la que dura de quince a treinta días.

⁴⁶ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed. Santiago 2006, p. 172.

⁴⁷ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2005, p. 113.

5.3.3 Lesiones menos graves.

Se describen en ellas las acciones de herir, golpear o maltratar de obra a otro, siendo calificadas por los jueces como menos graves cuando no producen incapacidad para trabajar superior a 30 días.

5.4. Liberación y procedencia de la atenuante entre el instante de consumación y terminación del delito.

El dolo que se encuentra presente en la tentativa es el proyectado hacia la consumación del delito, es decir, para el caso concreto, el querer privar de libertad ambulatoria a otro. Por la forma de consumación de un hecho ilícito se pueden distinguir los tipos instantáneos y permanentes, el primero es el que tiene un solo momento consumativo, en cambio, es permanente cuando su consumación permanece mientras dure la situación de privación de libertad ambulatoria,⁴⁸ lo que cobra relevancia en cuanto a la prescripción de la acción penal. Hablar de secuestro permanente ha sido calificado como un equívoco ya que su sola mención evidencia su naturaleza sin que sea necesario referirse a su carácter de permanente, concepción que por lo demás ha sido utilizada para validar el pronunciamiento de sentencias condenatorias por delito de secuestro, tomando como base que lo distintivo del carácter de permanente de estos delitos es que el hecho de su consumación perdura en el tiempo hasta el momento en que la víctima recupere su libertad o que se ponga fin por muerte del sujeto pasivo. El disentir de esta posición se funda en que se estaría desconociendo la función del concepto consumación ya que este abarca el momento en que queda realizada la totalidad de los elementos del tipo delictivo, es decir, consumación sería el instante preciso en que el tipo delictivo se realiza completamente, así en el delito de secuestro la consumación se produce en el instante mismo de privación de toda posibilidad de desplazamiento voluntario del sujeto pasivo. Desde este punto de vista la característica de los delitos permanentes se manifiesta en relación de contraste con los delitos de ejecución instantánea, así entonces delito permanente será cuando puede sostenerse una diferencia entre el instante de la consumación y el instante de la terminación del delito por muy breve que sea ese intervalo.⁴⁹

⁴⁸ BULLEMORE, Vivian/MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo III. 2ª ed. Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007. p. 109.

⁴⁹ MAÑALICH R. Juan Pablo. *Terror, Pena y Amnistía*. El derecho penal ante el terrorismo de estado. Edit. Flandes Indiano. 2010 p.163-170.

En esta etapa ya no se ofrecen mayores dificultades en cuanto marco penal aplicable, además por la redacción y comprensión literal del artículo 142 bis del Código Penal “si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, 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” se puede extraer que desde la tentativa punible hasta la consumación y posterior instante de terminación del delito es aplicable la atenuación dispuesta en esta norma.

5.5. Liberación condicionada a exigencias legítimas y procedencia de la atenuante.

Esta figura de secuestro está contenida en el artículo 141 inciso 3º del Código Penal,⁵⁰ como una figura agravada y lo es cuando se ejecuta para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones. Atendida la naturaleza de las condiciones, “para devolver a la víctima” debieran entenderse de manera restrictiva y no quedar incluidas aquellas condiciones o exigencias que los secuestradores hagan saber para deponer su conducta, liberar a la víctima y entregarse posteriormente, cuando ellas tienen por finalidad obtener algo a lo que se tenga derecho, así por ejemplo, si lo exigido es la presencia de un juez de garantía con la finalidad de no ser llevados ante la policía por temor a malos tratos; la exigencia de ser trasladados directamente ante el tribunal o por ejemplo la presencia de un carro modular de Gendarmería para ser llevados prontamente a una audiencia de control de detención.

Como se dijo existen varias modalidades de secuestro, siendo el secuestro extorsivo uno de los casos en que el sujeto activo impone determinadas exigencias para la liberación de la víctima, caso en el cual estaríamos en presencia de un tipo agravado de dicho delito, así las cosas, el fundamento de la agravación es que aquí se pretende la lesión de otros bienes jurídicos, a saber por ejemplo, que frente a la exigencia de sumas de dinero por la liberación se afectará el patrimonio del sujeto pasivo o de terceros, a contrario sensu, si la exigencia no tiene como fin la afectación de ningún otro bien jurídico adicional a la libertad ambulatoria de los secuestrados, debiera entenderse que estamos frente a la figura del secuestro simple, por ejemplo si los secuestradores para poner fin al

⁵⁰ Artículo 141 inciso 3º Código Penal. “Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.”

delito y liberar a la víctima exigen ser llevados de inmediato ante el Juez de Garantía competente y no derivados a la policía de manera previa por temor a vulneración de sus derechos como imputados.⁵¹

Mi planteamiento es que el delito no debiera agravarse o calificarse atendido este tipo de exigencias, es decir, cuando la naturaleza de la exigencia sólo es verificar ciertas circunstancias para poner fin a la privación de libertad como lo es el exigir el respeto de los derechos como imputado y reconocimiento de las garantías de que son titulares. Para fundar este razonamiento basta revisar el artículo 7º del Código Procesal Penal que establece que la calidad de imputado se adquiere por toda persona desde que se le atribuya participación en un hecho punible y desde la primera actuación del procedimiento que se dirija en su contra haciéndose titular de manera simultánea de las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y otras leyes le reconozcan, a su vez el artículo 93 del C.P.P. precisa que todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieran las leyes y en su letra h) consagra el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que al ser ejercido no podría ser tomado como exigencia sino como ejercicio de un legítimo derecho no configurándose el elemento normativo del tipo penal de secuestro extorsivo.

Algo muy similar y en relación con la petición de ser llevados antes juez de garantía se dispone por el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como también lo prescribe el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al señalar que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Además algo muy similar se dispone en el artículo 95 del Código Procesal Penal Chileno que consagra un amparo preventivo para ante el juez de garantía, norma que dispone que “toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere.”

⁵¹ Sentencia de fecha 22 de Agosto 2007 del Tribunal Oral en Lo Penal de Quillota, causa Rit 35-2007 Ruc 0400358380-0. SIAGJ.

En conclusión, las exigencias que tienen por finalidad algo a lo que tienen derecho los sujetos activos y que en definitiva no lesionan otros bienes jurídicos distinto de la libertad ambulatoria, no pueden estimarse como imposición de exigencias conforme lo prescrito en el artículo 141 inciso 3º, por ende debiera descartarse la utilización de este tipo penal y preferirse el tipo base contemplado en el artículo 141 inciso 1º. En definitiva si la calificación jurídica del hecho ilícito es de secuestro simple estando frente a exigencias a las que se tiene derecho y que no permiten calificar el hecho como secuestro calificado, sólo en apariencia harían improcedente la atenuante ya que el objetivo de esta atenuación es lograr que a la víctima no se le cause daño y en definitiva sea liberada,⁵² situación e interés aplicable tanto al secuestro como la sustracción de menores ya que de lo contrario el autor del secuestro simple nunca tendría incentivo para devolver a la víctima, cuestión querida por el legislador.

Su fundamento se halla en razones de política criminal, así el legislador ha impulsado esta norma en la necesidad de protección que la víctimas demandan en todo delito y en especial en el secuestro, incentivando su liberación siendo indiferente si esto se ha producido por fines altruistas o con el sólo cálculo de una pena más benigna.

En mi opinión está atenuante procede con claridad en el delito de secuestro simple y secuestro extorsivo en las modalidades de rescate o imposición de exigencias o intento de arrancar decisiones incluida la figura del inciso 4º en lo referido a que el encierro o la detención se prolongue por más de 15 días. Ella procede antes o después de cumplidas las condiciones o en ausencia de las mismas, eso si lo que debe alcanzarse es la ratio legis de la atenuación, ya que la letra de la disposición exige que sean devueltas libre de todo daño lo que no significa ausencia absoluta de éste, ya que es evidente que para cometer el delito de secuestro es o puede ser necesario causar algún daño a la víctima, así entonces la ley debe estar haciendo alusión a un daño de cierta entidad, ya que de lo contrario la atenuante nunca sería procedente.

En palabras de Politoff, Matus, Ramírez la redacción de este artículo 142 bis cuando usa la expresión “libre de todo daño” debe adecuarse a la naturaleza del delito de que se trata, por lo que debe entenderse solamente como “libre de todo daño

⁵² Sentencia de fecha 22 de Agosto 2007 del Tribunal Oral en Lo Penal de Quillota causa Rit 35-2007 Ruc 0400358380-0. SIAGJ.

adicional al necesario para la comisión del delito” pues de otro modo su aplicabilidad sería imposible.⁵³

Una de las importantes innovaciones del nuevo proceso penal es la mayor relevancia que se ha dado a la víctima, consagrada ésta en el rol que llega a ocupar en la solución de algunos conflictos cuando ella es interviniente, necesario por ejemplo en las salidas alternativas de acuerdo reparatorio situación contemplada en el artículo 6º del Código Procesal Penal obligando al Ministerio Público a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal, además esto se debe a que en los últimos tiempos, la ciencia penal ha ido otorgando mayor preponderancia a la ubicación que tiene la víctima no sólo dentro de la estructura del delito sino que también en la solución de conflictos.

5.6. Liberación de la víctima con lesiones menos graves y procedencia de la atenuante.

5.6.1. De la regulación del daño.

Daño es el detrimento o destrucción de los bienes, a diferencia del lucro cesante, proviene del latín *damnum*, es el efecto de dañar o dañarse.⁵⁴ En Derecho civil, la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. El daño puede ser causado por dolo o culpa, o bien puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de daño doloso, el autor actúa de forma intencional o maliciosa, y en caso de daño culposo, la conducta es negligente, descuidada o imprevisora. En principio, el daño doloso obliga al autor del daño a resarcirlo, además acarreando una sanción si constituye un ilícito penal, en cambio, el acto ilícito meramente civil suele provocar tan sólo el nacimiento del deber de reparar o indemnizar el daño. Nadie responde de los daños causados de modo fortuito, así entonces la responsabilidad por daños exige como regla general que exista un nexo causal entre la conducta del autor y el daño.

⁵³ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2005, p. 206.

⁵⁴ *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Real Academia Española. 21ª Edición. Tomo I. España. 2000 p. 577.

Particularmente la palabra daño tiene un significado plural refiriéndose este a un resultado determinado como a la acción que produce dicho efecto.⁵⁵ Puede referirse a efecto de dañar o dañarse, entendiendo por tal causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; maltratar o echar a perder una cosa; condenar a alguien, dar sentencia contra él.⁵⁶ Pero en Chile en gran medida puede referirse al resultado de destrucción, deterioro o inutilización de una cosa, cabe tener presente además que nuestra legislación penal lo contempla en el artículo 484 del Código Penal refiriéndose al causado en la propiedad ajena y en el artículo 495 N° 21 del mismo cuerpo legal cuando se trate del causado en bienes públicos o de propiedad particular y siempre que su valor no exceda de una unidad tributaria mensual.

Ahora al tratar el delito de secuestro y en especial el concepto de daño contenido en el artículo 142 bis del Código Penal, lo cierto es que de las normas citadas no puede extraerse un concepto claro de daños, en un primer acercamiento ha de entenderse como la destrucción, inutilización, deterioro o menoscabo de una cosa,⁵⁷ pero el concepto que se ocupa en la atenuante privilegiada en el delito de secuestro no es ésta.

Algunos tratadistas definen el daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, definición que se entiende en el sentido de daño material. También se define como el mal, perjuicio o deterioro causado a una persona por otra u otras, o por el hecho de las cosas, de este modo, en el ámbito federal en México, el Artículo 2108 del Código Civil vigente se entiende por daño "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". En cuanto a la reparación del daño, el Código Civil reconoce en su artículo 2053 que debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral que permitan compensar a la víctima. En el Derecho Español se distingue claramente entre daños patrimoniales y daños morales, con importantes consecuencias legales. Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida. El daño material es la lesión causada a los bienes por la acción de un tercero; es un perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente y el daño moral es

⁵⁵ BAJO Fernández, Miguel. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 1° Edic. Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. España. 2003 p. 503.

⁵⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. 21ª Edición. Tomo I. España. 2000 p. 661.

⁵⁷ BAJO Fernández, Miguel. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 1° Edic. Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. España. 2003 p. 504.

aquel daño que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama.

Para dilucidar el concepto de daño debemos recurrir entonces a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, al elemento sistemático y lógico de interpretación y a la figura agravada del artículo 141 inciso 5° del Código Penal en el cual la pena se eleva considerablemente si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, con lo que se colige que lo protegido por el legislador es la integridad corporal de la víctima ya que al menos el daño psicológico siempre existirá. Con todo lo expuesto y zanjado, el concepto de daño, se abordará de ahora en adelante como la producción de un daño o detrimento corporal, esto es, como una afectación a lo que comúnmente se conoce como salud individual.⁵⁸ Excluyéndose de él las lesiones leves provocadas a la víctima atendida su mínima lesividad.⁵⁹

5.6.2. Exclusión del daño psicológico en el concepto de libre de todo daño.

No resulta fácil determinar si bajo toda circunstancia están excluidos los daños psicológicos o sólo en determinadas situaciones, para averiguarlo debemos tener presente que en el libro II título VIII párrafo 3° de nuestro Código Penal al tratar las lesiones corporales se sancionan los delitos denominados contra la integridad física cuyo bien jurídico protegido sería la salud individual o personal, psíquica y física.⁶⁰

En este concepto entonces queda comprendido el bienestar físico de la persona, el buen funcionamiento de su organismo y de su mente, entonces cuando el legislador se refiere a libre de todo daño y no obstante estarse refiriendo a la integridad física del sujeto pasivo y su salud corporal y mental, creo que se debe hacer una distinción para los delitos en estudio normalmente violentos, tal sería el caso del estrés postraumático o las depresiones reactivas que padecen las víctimas de este tipo de delitos,⁶¹ secuelas o consecuencias ya consumidas o inherentes al delito de que se trata, que no pueden ser consideradas como daño relevante desde el punto de vista penal. Así entonces en los

⁵⁸ POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre /RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago 2004, p. 111.

⁵⁹ MERA, FIGUEROA. Jorge. *Hurto y robo*. 1ª Edic. Santiago. Edit. Lexis Nexis 1995. pág. 115 y ss.

⁶⁰ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte especial*. 2ª Ed. Tomo III. Santiago Editorial Jurídica de Chile. 2002. p. 147 y ss.

⁶¹ SILVA Sánchez, Jesús. *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. 1ª Edic. Editorial Atelier Libros Jurídicos. 2006. p. 63.

delitos violentos la víctima siempre sufrirá algún daño, sea éste por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el derecho asegura a todas las personas, ello en el sentido que es un imposible que el legislador hubiese exigido la ausencia de todo tipo de daño para permitir la procedencia de la atenuante en estudio. Concluir de esta manera, permite entender que no cabe vaciar de contenido a la norma de beneficio, por medio de la cual se insta al sujeto activo a cesar su actividad delictiva permitiendo que el sujeto pasivo recupere su libertad.

La afirmación que contiene este título permite la concurrencia de la norma de beneficio contenida en el artículo 142 bis del Código Penal cuando el hecho ilícito es de aquellos sancionados en el artículo 141 y 142 excluyéndose la situación en que el secuestro es calificado por las lesiones graves o graves gravísimas.

Al análisis legal de las lesiones del artículo 397 y 399 del Código Penal se desprende que la tipicidad está definida por el resultado imputable a la acción de herir, golpear o maltratar, otorgándole la ley el tratamiento de lesiones graves y distinguiendo la doctrina entre lesiones graves gravísimas o simplemente graves,⁶² estas últimas cuando dichas lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad por más de treinta días, igual situación descrita en el artículo 398 describiendo la conducta de administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu.

Desde este punto de vista entonces se puede concluir, según la sistemática de las lesiones en el Código Penal, que el daño psicológico sufrido por el sujeto pasivo no estaría comprendido en el concepto de lesiones graves ya que éstas no provienen de las acciones ejecutivas del sujeto activo consistentes en herir, golpear o maltratar, cuestión que haría perfectamente procedente la atenuante del artículo 142 bis del Código Penal, siguiendo una interpretación positivista de la norma contenida en el artículo 397 del Código Penal, que exige para estar en presencia de lesiones, de un número tasado de modalidades comisivas tipificadas expresamente en nuestro Código Penal.⁶³

⁶² VAN Weezel, Alex. Informe en derecho “La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar”. Lexdefensor. 30.10.2007.

⁶³ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. 2ª ed. Santiago 2002, p. 170.

5.6.3. Devolución de la víctima libre de daños mayores.

Si los daños psicológicos no pueden ser estimados entonces como lesiones graves por falta de tipicidad, significa esto que ¿todo daño psicológico será compatible con la procedencia de la atenuante en estudio?, para averiguar la respuesta hay que tener presente que la norma de beneficio premia en definitiva al que evita daños mayores y accede a que la víctima recupere su libertad. Este importante incentivo o estímulo dirigido al sujeto activo consistente en rebajar la pena asignada al delito en dos grados descansa entonces en razones de política criminal, así entonces quien libera a la víctima con menores daños podrá optar a la concesión de la atenuante sea que se trate de lesiones menos graves o daños psicológicos.

Lo cierto es que el artículo 399 del Código Penal refiere que las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, es decir, aquellas lesiones distintas de la castración, mutilación o lesiones graves, sean estas graves gravísimas o simplemente graves, que están reguladas en relación al tiempo de enfermedad o incapacidad para el trabajo. Entonces se puede concluir que cuando nos referimos a los daños psicológicos, serían aquellos no comprendidos en las calificaciones jurídicas antedichas entendiéndose por tal aquellos daños psicológicos inferiores a treinta días, ya que el delito de lesiones menos graves no está definido en función de criterios distintos de la imputación de un resultado determinado a una conducta previamente determinada como ocurre con las lesiones graves.⁶⁴

⁶⁴ Weezel, Alex Van. “La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar”. Intranet Defensoría. Lexdefensor. 30.10.2007 consultado 14.12.2011. En él propone que si se atiende solamente a las normas contenidas en el Código Penal, la sistemática utilizada por el legislador respecto de las lesiones propiamente tales parece clara, i) las lesiones graves del art. 397 CP responden un modelo típico basado en la intensidad de los resultados imputables a la conducta; (ii) las lesiones del art. 399 CP y las lesiones del art. 494 N° 5 CP responden a un modelo típico que sólo negativamente tiene en cuenta los resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos; (iii) por lo tanto, los delitos de lesiones en el Código Penal pueden agruparse en dos clases fundamentales, al interior de las cuales se contienen a la vez dos grados distintos de gravedad que responden al mismo criterio que da origen a la clase correspondiente; (iv) las dos clases son: la de aquellos delitos que se definen positivamente en función de la magnitud de los resultados (art. 397 N° 1 y N° 2 CP), y la de aquellos delitos que se definen negativamente en función de los resultados y positivamente en función de otros criterios (art. 399 y art. 494 N° 5 CP); (v) las subclases son: por una parte, las lesiones gravísimas y las lesiones simplemente graves (art. 397 N° 1 y N° 2 CP, respectivamente) y, por otra, las lesiones llamadas “menos graves” (art. 399 CP) y las lesiones leves (art. 494 N° 5 CP).

Con lo dicho podemos distinguir las siguientes situaciones, a saber: a) procedencia de la atenuante cuando el daño psicológico que ha sufrido la víctima es inferior o igual a treinta días, b) improcedencia de la atenuante cuando el daño psicológico sufrido por la víctima es superior a treinta días y c) que el delito de secuestro no sea susceptible de ser calificado por el resultado cuando se ha producido un daño psicológico superior a treinta días, debido a la ausencia del nexo causal entre el resultado lesivo y la acción del sujeto activo, es decir, si del encierro o detención resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado que se tradujere sólo en haber sufrido un daño psicológico superior a treinta días, el delito no podría estimarse como el delito de secuestro calificado contemplado en el artículo 141 inciso 4° del Código Penal.

Conclusiones.

Las normas relativas al secuestro al usar la voz “resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado” utilizadas en el artículo 141 del Código Penal permite fundar la conclusión de que se está refiriendo al efecto y no a la causa de las lesiones como mayoritariamente se ha entendido cuando se describen el tipo de lesiones y éstas han sido provocadas por las acciones de herir, golpear o maltratar de obra a otro, donde pareciera que sólo el maltrato físico sería suficiente para fundar un castigo.

Liberación de la víctima libre del daño necesario para la comisión del hecho ilícito.

Desde este punto de vista cabe revisar el tipo penal contenido en el artículo 141 inciso 5° del Código Penal, figura de secuestro que se encuentra agravada por el resultado producido asignando la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en caso que se hayan producido a la víctima castración, mutilación o lesiones graves gravísimas contempladas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, dejando en claro el legislador que sólo ese tipo de lesiones fijan el marco punitivo indicado, no creándose un tipo penal que encuadre las lesiones graves como condición para calificar y aumentar drásticamente la pena, concluyéndose que ellas están comprendidas en la figura del artículo 141 inciso 4° al referirse a que se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si resultare grave daño en la persona o intereses del secuestrado, entonces siguiendo esta lógica el legislador debe referirse a las lesiones graves en orden decreciente de gravedad sin alcanzar el tipo base, es decir, cuando en el inciso 5° se describió las lesiones que aumentan la pena del secuestro se incorporó sólo las del 397 N° 1 del Código Penal, entonces por interpretación pro-reo debe entenderse

que cuando en el inciso 4° se refiere a que la pena también se aumenta cuando resulte un grave daño en la persona o intereses de la víctima, se está refiriendo a las lesiones no incluidas ahí, por ende debieran ser las del 397 N° 2 o llamadas lesiones simplemente graves.

Fundan también lo dicho aquellas situaciones de tal manera inherentes a la realización del hecho punible que se encuentran implícitas en el tipo penal aunque no se hayan incorporado expresamente en su descripción como por ejemplo ocurre en la violación propia que involucra el abuso de la superioridad de sexo. Lo anterior ocurre ya que dicha inherencia deriva de las circunstancias concretas de comisión del delito ya que el autor no tendría otra manera de perpetrarlo. Así en el secuestro de personas es necesario el ejercicio de la fuerza ya que para privar de libertad en contra de la voluntad del sujeto pasivo, se requiere de la fuerza necesaria para lograr vencer su resistencia, de tal manera que sólo ejerciendo esta fuerza física sobre el cuerpo de la persona es que se logra privarla de su libertad, situación que acarreará la generación de lesiones a la víctima o así ocurrirá en la mayor parte de los casos. Me parece que las lesiones leves y menos graves, que no presentan una diferencia objetiva, siendo la afectación de la integridad corporal de igual magnitud, no alcanzan a constituir un injusto de tal entidad como la requerida para fundar la existencia de la figura de secuestro del artículo 141 inciso 4° y su elevada pena que se extiende desde el presidio mayor en su grado medio a máximo, pasando este tipo de lesiones a formar parte del tipo penal de secuestro simple, creo entonces como suficiente respuesta del derecho penal entender que estamos frente al delito de secuestro simple cuando la víctima resulta con lesiones menos graves procediendo la aplicación de la atenuante en estudio. Por otra parte, al examinar la concurrencia de la atenuante especial del artículo 142 bis del mismo Código debiera estarse a la misma razón cuando se exige devolución de la víctima libre de todo daño, el que debiera entenderse como libre de aquel daño que no sea necesario para la comisión del ilícito.

De revisar la estructura de delito de robo con violencia o intimidación a las personas desde el punto de vista de las lesiones producidas se puede extraer lo siguiente: que la figura del robo calificado del artículo 433 del Código Penal exige la producción de un daño para la vida o integridad corporal refiriéndose a esta última como mutilaciones o lesiones graves en el numeral 2 del mismo artículo. Además el robo tipificado en el artículo 436 del mismo cuerpo legal contempla la figura general del robo con violencia o

intimidación exigiendo el empleo de dicho medios pero sin indicar cómo, cuestión que si soluciona el artículo 433 indicando que es el resultado lesivo al que se hace alusión, entonces parece fuera de dudas que en este caso particular deben incluirse en el robo simple las lesiones menos graves, ya que la figura calificada del artículo 433 en su N° 2 considera las simplemente graves, no parece razonable entender entonces que la violencia como modo de ejecución del delito exista ante la presencia de lesiones leves generadas a la víctima atendida su mínima lesividad. De seguir esta lógica se advierte que igual cosa ocurre en el tratamiento del delito de secuestro, ya que la figura calificada por el resultado exige la presencia de las lesiones del artículo 397 N° 1 en el artículo 141 inciso 5°, sin hacer alusión expresa el inciso 4° pudiendo interpretarse que en ese orden de ideas debiera entenderse que se sancionará con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando resulte para la víctima grave daño, entendidas entonces como las lesiones de menor gravedad a las del 397 N° 1 es decir, lesiones graves., así entonces la figura base debiera atender a las lesiones menos graves.

Liberación de la víctima libre de daños mayores

La génesis del artículo 142 bis del Código Penal entrega otros argumentos para entender que aún resultando la víctima con lesiones menos graves resulta aplicable la rebaja de pena de dicha norma, a saber, cierto es que la idea matriz del proyecto fue perfeccionar la legislación vigente relativa a delitos de secuestro y sustracción de menores y con ello dar una clara señal de la voluntad del Estado de enfrentar con eficacia y decisión estos delitos, destacó el comentario del senador Otero quien manifestó que es preciso incentivar la devolución del ofendido sin que medie exigencia del pago del rescate teniendo presente desde el punto de vista de los daños producidos a la víctima, que al menos ellos siempre existirán en su fase psicológica. Este proyecto se funda en ideas como que la devolución de la víctima es lo más importante buscándose fortalecer los estímulos y el interés para los sujetos activos de devolver a la víctima evitando así poner en grave riesgo sus vidas, afianzándose de esta manera que lo fundamental es salvar, libre de todo daño, a la víctima de estos delitos. La redacción de las normas punitivas de este delito y el reconocimiento en la discusión parlamentaria de que al menos siempre existirá un daño presente en la víctima permite concluir que la atenuante procede aún en presencia de daño. Creo que en esta discusión parlamentaria aunque no se mencionan expresamente, lo que se quiso buscar al ampliar el campo de acción de la atenuante del artículo 142 bis fue evitar el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima,

que no se le causen padecimientos innecesarios sea para obtener el rescate, el cumplimiento de ciertas exigencias o la toma de ciertas decisiones, evitando así la innecesaria crueldad en la ejecución de estos delitos o la comisión de nuevos delitos en el período de cautiverio, premiando así a quienes instan por la devolución o liberación de la víctima sin daños mayores que atentasen contra la integridad física o moral estrictamente necesarios para privar de libertad y mantener en el lugar de cautiverio, o los daños psicológicos que siempre estarán presentes en la víctima, fundándose así la atenuante en los antecedentes y personalidad del imputado, reconociendo la colaboración efectiva para detener y poner fin al estado en que se encuentra la víctima.

Existen además nuevas normas en estudio contenidas en el anteproyecto del Código Penal Chileno de 2005 elaborado por la comisión del Foro Penal que ha aumentado la pena para el secuestro simple regulado en el nuevo artículo 115 y 116 que consagra lo siguiente: art. 115 “El que encierre o detenga a otro privándolo de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo. Si se exige un rescate u otra condición para liberar al ofendido o si el encierro o detención se prolonga por más de siete días, se aplicará el máximo de la pena. Si con motivo u ocasión del secuestro se comete, además, la violación del ofendido, la pena será de reclusión mayor en su grado medio, a no ser que el hecho merezca mayor pena según lo dispuesto en el artículo 53.” y Art. 116. “La sustracción de persona menor de doce años será castigada con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio. Si se exige un rescate u otra condición para liberar al menor o si la sustracción se prolonga por más de siete días, la pena será de reclusión mayor en su grado medio. A menos que el hecho merezca mayor pena según lo dispuesto en el artículo 53, si con motivo u ocasión de la sustracción el hechor comete, además, la violación del menor, se aplicará el máximo de la pena señalada en el inciso anterior.”

El artículo 115 esta vez fija el marco punitivo en reclusión mayor en su grado mínimo, contemplando el máximo en caso de exigirse rescate u otra condición para liberar al ofendido o si el encierro o detención se prolonga por mas de 7 días, eliminándose así, la agravación de pena que existía en el artículo 141 inciso 4° del Código penal cuando la víctima resultaba con grave daño, no consideró además las menciones a la castración, mutilaciones y las lesiones graves gravísimas para regular la pena, agregando sólo la agravación o aumento de pena en caso de que el sujeto pasivo fuere víctima además del delito de violación. Con ello cabe concluir que las lesiones se

tratarán como concurso de delitos siempre que no sean las inherentes y necesarias para la comisión del hecho ilícito. Se suprime entonces la calificación basada en el “daño grave”, por entenderse que los daños graves que ameritan un aumento importante de pena serán constitutivos de delito y deben tratarse como tales, concursalmente.⁶⁵ Además el artículo 142 bis se reemplaza por el artículo 103, quedando como sigue: Artículo 103. “Si en los casos de los dos artículos anteriores se devuelve voluntariamente al ofendido libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en uno o dos grados.”

En esta materia se ha procedido a simplificar, por un lado, las distinciones del vigente artículo 142 bis del Código Penal y sus defectos, por ejemplo el hecho que no contemplaba el caso del que nada exige, dejando al juez la ponderación de las circunstancias del hecho y la fijación de los alcances de la rebaja, pero al mismo tiempo dándosele carácter obligatorio a la rebaja en al menos un grado, por considerar que se trata de un mecanismo de política criminal de enorme importancia, que pierde su fuerza cuando la rebaja sólo es una eventualidad incierta, no obstante que nuevamente no se hacen menciones al concepto de “libre de todo daño.”

⁶⁵ “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. *Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

Bibliografía.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol II. 1º Edic.* Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A. España.

BULLEMORE, VIVIAN/MACKINNON, JOHN. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed.* Edit. Lexis Nexis. Santiago. 2007.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN. *Obras Completas. Tomo III. Derecho Penal, Parte Especial, 2ª ed.* Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago.

CARRARA, FRANCESCO. Opúsculos, I, p. 237 y ss Actos unívocos, como aquellos que objetivamente apreciados sólo sirven para la consecución del propósito delictivo.

Código Civil.

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Constitución Política de la República.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CURY URZÚA, ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte General. 7º Edic.* Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª Edición. Tomo II. España. 2000.

ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed.* Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 2ª ed.* Santiago 2002.

JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1981.*

LABATUT GLENA, GUSTAVO. *Derecho Penal. Parte Especial, 7ª ed.* Santiago 2006.

MAÑALICH R., JUAN PABLO. *El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía.* Revista Estudios de la Justicia (Nº 5).

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”. Polít. crim. Nº 1, D3, p. 1-269.

MERA FIGUEROA, JORGE. *Hurto y robo. 1ª Edic.* Santiago. Edit. Lexis Nexis 1995.

MEZGER, EDMUNDO. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II - edición - Editorial Valletta ediciones.* Buenos Aires Argentina. 2004.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Teoría General del delito*. 4º Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2007.

NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo 2 – 2º Edición - Editorial Jurídica Conosur Ltda.

POLITOFF, SERGIO / MATUS, JEAN PIERRE / RAMIREZ, CECILIA. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica. 2005.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Derecho penal. Tomo I* - Editorial Jurídica Conosur. Santiago 1997

PUIG PEÑA, Federico. *“Derecho Penal, Parte Especial”* Barcelona. España. 1975 Tomo IV

ROXIN, CLAUS. *Acercas de la punibilidad de la tentativa inidónea* www.juridicas.unam.mx

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. 1ª Edic. Editorial Atelier Libros Jurídicos. 2006.

VAN WEEZEL, ALEX. Informe en derecho *“La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar”*. Lexdefensor.

VERDUGO, MARIO / PFEFFER, EMILIO / NOGUEIRA, HUMBERTO. *Derecho Constitucional, Tomo I*, 1994, Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 1ª edición – Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina 2005.