



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN CHILE

Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo

Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Camila Fernanda Guerrero Martínez

Profesor guía: Dr. Jean Pierre Matus Acuña

Santiago, Chile 2015

**A mis padres, Marco y Jacqueline, quienes han recorrido este camino
conmigo. Gracias a su esfuerzo y sacrificio he llegado hasta aquí.
Les debo todo.**

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a todos quienes me ayudaron a llevar a cabo la presente investigación, especialmente a la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, por haberme proporcionado los datos estadísticos que fueron interpretados en el presente trabajo y que dan sustento a la tesis aquí planteada.

Quiero agradecer además a mi hermana, a mi familia en general y por sobre todo a John. Su amor y apoyo incondicional fue fundamental durante todo este proceso.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION	9
CAPÍTULO I.....	11
HISTORIA DE LA LEY	11
1.1. Establecimiento del artículo 142 del Código Penal.....	11
1.1.1. Proyecto del Código Penal chileno de 1874.....	18
1.1.2. Código penal de 1874.....	23
1.2. Modificaciones al artículo 142 del Código Penal.....	27
1.2.1. Ley 9.762, publicada el 10 de noviembre de 1950.	27
1.2.2. Ley 18.222, publicada el 28 de mayo de 1983.....	37
1.2.3. Ley 19.029, publicada el 23 de enero de 1991. Boletín 1-07.....	45
1.2.4. Ley 19.241, publicada el 28 de agosto 1993. Boletín 625-07.....	56
1.2.5. Modificaciones legales posteriores que inciden en el delito de sustracción de menores.....	66
1.3. Principales modificaciones legales en el derecho español a propósito del delito de sustracción de menores.	68
1.3.1. Código Penal de 1995, introducido por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995.	68
1.3.2. Ley Orgánica 9/2002 del 10 de diciembre de 2002 sobre sustracción de menores.	72
1.4. Conclusiones preliminares.....	78

CAPÍTULO II	83
BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 142	83
2.1. Nociones generales sobre el concepto de bien jurídico	83
2.2. Alternativas dogmáticas sobre el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores.....	87
2.2.1. Tesis de la libertad personal como bien jurídico protegido	89
2.2.2. Tesis de la seguridad individual del menor como bien jurídico ...	97
2.2.3. Tesis de los intereses familiares y del ámbito de protección del menor.....	104
2.2.4. Tesis de la pluriofensividad	110
2.3. Bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código penal según los tribunales superiores de justicia.....	111
2.4. Conclusiones preliminares y adopción de una postura	122
 CAPÍTULO III	 125
CONDUCTA TÍPICA Y FIGURAS DELICTIVAS DEL ARTÍCULO 142	125
3.1. Conducta típica.....	125
3.1.1. Qué se entiende por sustracción	127
3.1.2. Sujetos del delito	134
3.1.3. Figura simple del artículo 142 n° 2 y culpabilidad.....	136
3.1.4. Consentimiento del sujeto pasivo.....	141
3.2. Figuras agravadas y culpabilidad	143
3.2.1. Agravante simple.....	144

3.2.2.	Figura hiperagravada.....	154
3.3.	Atenuante especial del artículo 142 bis.....	156
3.4.	Relación con otros delitos.....	160
3.4.1.	Delitos contra el orden de las familias.....	162
3.4.4.	Otros delitos que atentan contra la seguridad personal y la libertad ambulatoria	176
3.5.	Conclusiones preliminares.....	178
CAPÍTULO IV	186
PROBLEMAS ACTUALES EN RELACION CON EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES.	186
4.1.	Situación actual del delito de sustracción de menores en Chile. Recapitulación y problemas detectados.....	186
4.2.	Problema de los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo.....	195
4.2.1.	El problema en la doctrina.....	196
4.2.2.	El problema en la jurisprudencia nacional.....	204
4.2.3.	Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.....	220
4.2.4.	Toma de postura	237
4.3.	La sustracción de menores en el proyecto del Nuevo Código Penal, boletín N° 9.274-07.....	245
4.3.1.	Conducta típica y figuras delictivas	246
4.3.2.	Relación con los crímenes de genocidio y de lesa humanidad.	250

4.4.	Conclusiones preliminares.....	254
	CONCLUSIONES	260
	BIBLIOGRAFÍA	264
	ANEXO. FICHAS DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS	272

RESUMEN

Las rupturas familiares de la modernidad y las posteriores desapariciones de niños (ya sea dentro o fuera del país) en manos de alguno de sus progenitores, aparece como un problema propio de nuestros tiempos, reflatando una de las viejas discusiones que se han dado en el delito de sustracción de menores respecto de la determinación del sujeto activo. Teniendo en cuenta las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, así como también la evolución del artículo 142 del Código Penal, habría que diferenciar entre la solución dada para el caso de los guardadores y de los progenitores. Tratándose de los guardadores, no sería aplicable la referida norma, por encontrarse regulada una figura especial en el artículo 355 del Código Penal y que sería plenamente aplicable a los mismos. Sin embargo, tratándose de los progenitores, sería posible que en ciertos casos les sea aplicable el artículo 142 por ser un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo, eso sí, habría que efectuar una serie de distinciones partiendo siempre de la base de encontrarnos en situaciones de crisis familiar, ya que de lo contrario el menor se encontraría irrefutablemente en la esfera de protección de sus padres y no resultaría afectado el bien jurídico protegido por la norma.

INTRODUCCION

Esta memoria se enmarca dentro del proyecto de Repertorio de legislación y Jurisprudencia del Código Penal y sus Leyes complementarias, edición 2015. Dicho proyecto tiene por finalidad entregar una recopilación actualizada de la jurisprudencia desarrollada en las últimas décadas, con especial énfasis en los aportes judiciales de los tribunales superiores de justicia, intentando abarcar todas las normas del Código Penal. A partir del trabajo de investigación, recopilación y análisis de sentencias, efectuamos una sistematización de los principales aportes judiciales referidos a los títulos I a III del libro segundo del Código Penal y que se encuentra en el anexo de esta obra.

Para efectos de esta memoria, hemos seleccionado los aportes judiciales de uno de los delitos menos estudiados por la dogmática penal nacional, pese a los grandes cambios que ha sufrido la norma a lo largo de su historia, esto es, el delito de sustracción de menores del artículo 142 del Código Penal.

Uno de los aspectos más controvertidos del tipo, dice relación con posibilidad de que los padres y los guardadores de un menor puedan ser considerados sujetos activos del delito y, frente a este debate, la jurisprudencia más reciente no ha sido conteste con la doctrina nacional. Nuestro objetivo es, por tanto, determinar los principales argumentos que se han dado para aceptar

y para rechazar la denominada sustracción parental, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, realizando un estudio crítico de dichos planteamientos y adoptando una postura.

De esta manera, partiremos por analizar la historia legislativa del establecimiento del artículo 142 del Código Penal y sus modificaciones, para posteriormente, referirnos a las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del bien jurídico protegido por el delito, para efectos de poder definir quiénes son sus titulares y quienes pueden lesionarlo o ponerlo en peligro.

En seguida, examinaremos el contenido normativo del delito de sustracción de menores, la conducta típica de la figura simple, sus agravantes, su atenuante especial y su relación con los delitos de usurpación del estado civil, negativa de entrega de un menor, inducción al abandono del hogar, secuestro y detención ilegal, tipificados en los artículos 354, 355, 357, 141 y 148 del Código Penal respectivamente.

Finalmente, nos referiremos a la situación actual del delito de sustracción de menores y a la problemática planteada como hipótesis de trabajo, identificando el tratamiento dado en la doctrina nacional, en la jurisprudencia nacional, en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y en el Proyecto del Código Penal, boletín 9274-07.

CAPÍTULO I

HISTORIA DE LA LEY

1.1. Establecimiento del artículo 142 del Código Penal.

El origen remoto del delito de sustracción de menores se encuentra en el robo de niños, en un contexto cultural en que la esclavitud era una institución consagrada jurídicamente y ofrecía grandes y seguros rendimientos, pudiendo el hombre descender desde el sujeto *juris* al objeto *juris*. De esta manera, así como se podían desear las cosas ajenas con un valor determinado en el mercado, se podía también codiciar tener bajo su poder a un niño libre, ya sea para venderlo como siervo o para explotar sus servicios. Según señalan los comentaristas del Código penal español de 1848¹ y de 1870², este delito fue castigado con gran rigurosidad tanto en el Digesto³, como en el Fuero Juzgo⁴ y

¹Cfr.: PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ªed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III. p. 247-250.

² Cfr. GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 567-568 y 577-578.

³ Digesto. Lib. XLVIII, tít. 15, L.1. “*Si liberum hominem emptor sciens emerit, capitate crimen adversus eum ex lege Fabia de plagio nascitur...*” (sic).

⁴ Fuero Juzgo. Ley 3, tít. 3, lib. VII. “*Quien vendiere fiio ó fiia de omne libre, ó de muier libre en otra tierra, ó lo saca de su casa por enganno, é lo lieva en otra tierra, sea fecho siervo del padre, ó de la madre, ó de los hermanos daquel mismo, quel puedan justiciar ó vender, si quisieren; ó si quisieren tomen del la emienda del omecillio, que son CCC sueldos: ca atal cosa cuemo aquesta los padres é los parientes no lo tienen por ménos que si lo matasen. E si los padres pudieren cobrar el fiio, el que lo vendió peche á los padres la meatud del omecillio que son CL sueldos; é si non oviere de que los pague, sea servo de los padres*” (sic)

las Partidas⁵, por la frecuencia con que entonces se cometía esta clase de delitos, dados los incentivos perversos que podían obtenerse del negocio de la servidumbre.

Ahora bien, el artículo 142 del Código Penal chileno reconoce como origen histórico⁶ el artículo 408 del Código Penal español (CPE) de 1848, que deja de lado la noción de robo de niños⁷, para hablar derechamente de sustracción, término utilizado hasta nuestros días en la legislación chilena y española vigente.

El artículo 408 del Código Penal español establecía lo siguiente:

⁵ Partidas. Ley 22, tít., 14, P. VII. “*Sosacan ó furtan algunos ladrones, los fijos de los omes, ó los siervos ajenos, con intención de los llevar á vender á tierra de los enemigos, ó por servirse dellos como de siervos. E por que estos atales fazen muy gran maldad, merecen pena. E por ende dezimos, que cualquier que tal furto como este fiziere, que si el ladrón fuere fijodalgo, debe ser echado en fierros, é condenado para siempre que labre en las labores del Rey. E si fuere otro ome que non sea fijodalgo, deve morir por ende. Essa mesma pena ha lugar en todos aquellos que dan ó venden ome libre, é los que lo compran, ó resciben de otra manera en don á sabiendas, con intencion de se servir dél como de siervo ó venderlo.*” (sic).

⁶ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 63.

⁷En el código penal español de 1822 se castigaba el robo de niños en los artículos 664 y 675 en los siguientes términos: Artículo 664: “... el que cometa este delito (rapto), sufrirá la pena de cinco á nueve años de obras públicas, sin perjuicio de otra mayor que merezca, si usare del engaño referido o causare heridas ú otro maltratamiento de obra en la violencia. Entiéndese incurrir en la pena de este artículo, como raptor con violencia, el que roba niño ó niña que no hubiese llegado á la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de ellos ó causarles algún daño.” (sic); Artículo 675: “El que robe á algún menor de edad que se halle bajo patria potestad, ó bajo tutela ó curaduría, ó bajo el cuidado y dirección de otra persona, consintiendo el menor en el robo, sufrirá también una reclusión de dos á seis años, con cuatro más de destierro del pueblo en que habite el robado y veinte leguas en contorno, y pagará además una multa de 20 a 60 duros” (sic)

“La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal”.

Dada la influencia de la norma transcrita en la codificación nacional, consideramos pertinente dedicar algunas líneas a las críticas efectuadas por dos comentaristas españoles de la época y cuyas apreciaciones acerca de la tipificación del delito de sustracción de menores en dicho país son disímiles, para efectos de establecer si acaso estas quedaron o no plasmadas –aun cuando no haya sido de manera intencional- por la Comisión Redactora del Código Penal chileno de 1874.

Primeramente nos referiremos a PACHECO, cuya influencia en la codificación penal chilena queda de manifiesto en la sesión N° 2 del 26 de abril de 1870⁸, en que a instancia del señor Alejandro REYES, se manifestó la conveniencia de utilizar como base el Código español por sobre el Código belga por ir más acorde a las tradiciones chilenas y por ser una verdadera reforma de nuestra legislación vigente, ventaja de la que carecía el Código belga y “no siendo pequeña razón para esta preferencia también la de tener un comentador como el señor Pacheco, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis códigos distintos, que servirían inmensamente para ilustrar la materia”.

⁸ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 4.

Así, para el referido autor, el delito de sustracción de menores del artículo 408 CPE de 1848 no presentaba dificultades⁹. Es más, sostuvo que “la ley lo ha mirado en todos los tiempos y en todos los países con una justa severidad, y el artículo que examinamos lo pena como debía penarlo, con uno de los mayores castigos que reconoce el código”. Aclara que lo que acá se regulaba era precisamente el robo, la sustracción de un niño para quedarse con él, o para hacerle perder las nociones de su origen, la posesión de su real y efectiva existencia. Señaló para tal efecto como ejemplo, “lo que cuentan que hacían los gitanos vagabundos”, sobre lo que “puede hacer una persona que quiera suprimir derechos existentes delante de sí, y para ello arrebatada, sustrae, y hace desaparecer menores que, poseyéndolos, le estorban”. Finalmente, el autor se refiere a la edad del sujeto pasivo, señalando por qué la ley habla de sustracción de niños y nada más, pues “cuando es una persona de inteligencia, cuando es quien ya tiene noticia de sí mismo el objeto de tal sustracción, no se verifica, porque no puede verificarse (...) es menester que recaiga en menores de siete años, o en quienes sean tan inocentes como ellos simples o mentecatos, para que pueda aplicarse al acto en cuestión”¹⁰

En una línea totalmente opuesta a la formulada por PACHECO, y refiriéndose al Artículo 498 del Código penal español de 1870 (que mantenía la

⁹ PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ªed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III. p. 249.

¹⁰ PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ªed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III. p. 249.

misma redacción del artículo 408 del código predecesor), GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA¹¹, criticó duramente la referida norma, formulando al respecto cuatro objeciones que se derivaban de su hipótesis preliminar: que a diferencia del código penal italiano, no se habría hecho en España un deslinde de su peculiar materia con claridad y precisión, y que si se consideraban todos los fines que pueden estar detrás de la sustracción de un menor, el delito en comento no tendría razón de ser, por su escasa ocurrencia y porque siempre podría quedar comprendido en otras figuras ya reguladas. Así, su alcance especial debiera limitarse a comprender dentro de sus términos, sólo a los sujetos que sustraigan menores con un fin que no sea el rescate, ni saciar apetitos carnales, ni alterar el estado civil del secuestrado, ni realizar cualquier otro delito concretamente definido y concretado por el código.

Pasando ya al análisis específico de la norma, y contrariamente a lo sostenido por PACHECO, la primera objeción del autor se refiere al exceso de penalidad. A diferencia de las otras finalidades por las que se puede extraer a un niño (exigir rescate, violarlo, cambiar su situación ventajosa por una miserable, etc.), la pena sería notoriamente exagerada si se trata de una sustracción cuyos efectos sean solo sacar del poder de sus padres o guardadores a una criatura, por lo que la conducta debiese quedar comprendida dentro de la detención ilegal (paralelo al secuestro en nuestra codificación).

¹¹ GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 565-578.

Como segunda objeción, sostiene, el período de siete años que el artículo fijó para que pueda tener lugar la incriminación sería muy corto y debiese ser extendido hasta los quince o, por lo menos hasta los nueve años (otra gran diferencia con PACHECO). La razón de esta postura, asumo, tendría su origen en la regulación del código italiano (que el autor reconoce admirar¹²), dado que para esta escuela la especialidad de los delitos de sustracción de menores, consistiría en que sólo a los mayores de doce pero menores de quince años, era preciso dispensarles una protección tutelar. Los menores de doce años no necesitarían otra protección que la general otorgada por la ley a todos los ciudadanos al definir y castigar los delitos contra la libertad, con la salvedad de que existía una presunción *juris et de jure* de que si un menor era arrebatado antes de cumplir esa edad, habría sido llevado sin su consentimiento. Como tercera objeción, y habida cuenta del extremo rigor con que la ley castigaba el delito, resulta para GROIZARD inconcebible que no se haya graduado la penalidad según el daño material -mayor o menor- que haya causado la acción culpable. Lo anterior, especialmente si toma en consideración que la menor duración de la sustracción, esto es, 24 horas, 15 días, etc. (que el autor traduce en menor duración e intensidad de la fuerza física o del mal material causado), ya ha sido aceptada como motivo de menor criminalidad para el castigo de los delitos contra la libertad individual en su forma más genérica. Finalmente, la cuarta y última objeción se dirige a la omisión por parte del legislador de los

¹² GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 574.

medios para llegar a obtener la sustracción, ya que para el autor sustraer también implicaría apartar, separar, extraer.

Ahora bien, la crítica de GROIZARD se enmarca dentro de un análisis macro que efectúa acerca de la sociedad de ese entonces (análisis aplicable a la de hoy en día), en que “la incolumidad de la libertad es un dogma en todas partes”¹³. Sostiene que entre los criterios de imputación del plagio antiguo y del plagio moderno (sustracción actual) existirían diferencias sustanciales según las cuales debían ser graduadas las penas: “Las épocas han cambiado la naturaleza de este delito o, por lo menos, han hecho de él un instrumento inútil para lograr los fines de mayor perversidad y de mayor daño que antes con él se alcanzaban”. Sostuvo que el Código no habría estado acertado en ese punto y la consecuencia de haber consultado más los precedentes que los principios, más las conexiones históricas que la filosofía, habría sido el imponer “una pena superior a la que demanda la defensa de los intereses sociales en la materia”¹⁴

Si bien a lo largo de la codificación nacional se puede apreciar una marcada línea hacia el endurecimiento de las penas (aspecto que se identifica con el pensamiento de PACHECO) y que tendrán su punto culmine con la introducción de la pena de muerte en 1983, podremos apreciar a lo largo del

¹³ GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 578.

¹⁴ GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 578.

capítulo, que algunos de los planteamientos de GROIZARD en orden a extender el límite de edad máxima de la víctima para la aplicación de la norma (a los 25 años inclusive!) y a graduar la pena conforme al daño material causado por la acción culpable, serán efectivamente introducidos en la normativa nacional con las reformas posteriores del artículo 142. Eso sí subsistirá, aun en la actualidad, el silencio normativo¹⁵ en el ordenamiento chileno en cuanto a los diversos medios de comisión del delito (retener, impedir el regreso, etc.).

1.1.1. Proyecto del Código Penal chileno de 1874

Originalmente, el delito de sustracción de menores figuraba en el artículo 127 del proyecto del Código Penal. Según consta en las Actas de la Comisión Revisora, dicha norma habría pasado por una breve discusión en la sesión N° 31 del 21 de abril de 1871¹⁶, y solo tuvo por objeto establecer una mayor escala de punibilidad en relación con el delito de secuestro. Atribuyo esta escasa discusión a lo sostenido durante las primeras sesiones de la Comisión en que se señaló expresamente la utilidad de las observaciones de PACHECO

¹⁵ Para LABATUT, el que la ley no haga referencia a los medios empleados para la comisión del delito, implica que pueden ser cualquiera, “incluso la inducción a la fuga sin que el raptor participe materialmente de ella”. Cfr.: LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

¹⁶ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 62-63.

respecto del Código Penal español de 1848, que como vimos en el apartado anterior, no tenía reparos acerca de la forma en que se tipificó el delito de sustracción de menores en España. Las únicas diferencias, según veremos, son más bien de forma: en vez de establecer la edad mínima en 7 años, se hizo en 10, pero se mantuvo una elevada pena al igual que en caso español, difiriendo levemente en la cuantía de la misma.

Así, la redacción del referido artículo 127 quedó establecida de la siguiente manera:

“Artículo 127 PCP: La sustracción de un menor de 10 años será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias”.

La frase “atendidas las circunstancias” es una novedad, sin embargo no se dieron razones para su inclusión en el primer borrador del proyecto, así como tampoco se dieron razones para su eliminación de la versión final del mismo.

Posteriormente, en la sesión N° 67 del 2 de diciembre de 1871¹⁷, a propósito de la discusión de los crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas, específicamente del delito de suposición de partos y sustitución de un niño por otro, artículo 341 del proyecto, el señor RENJIFO realizó una indicación para que se agregara a este artículo la sustracción de niños. Sin embargo, al encontrarse ya regulado en el título de los delitos contra la libertad, se convino postergar la ubicación definitiva del delito para cuando se examinara el proyecto en su conjunto.

Una importante modificación de efectuó en la sesión N° 70 del 6 de abril de 1872¹⁸, a propósito de un artículo contenido en el párrafo del delito de rapto, relativo al que arrebatara individuos de ambos sexos entre 10 y 25 años¹⁹. Se hizo presente que la disposición correspondía más bien al título en que se castigan los atentados contra la seguridad de las personas y se resolvió agregarlo como inciso segundo del artículo 127, destinándose el párrafo cuarto del título VII solo para el rapto de mujeres con fines deshonestos (hoy derogado).

¹⁷ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 132-135.

¹⁸ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 137.

¹⁹Artículo 345 del proyecto en ese momento, que paso a ser el artículo 358 en la versión final del Código.

De esta manera, la redacción final del artículo 127 del proyecto quedó establecida de la siguiente manera, aminorando la penalidad en el caso en que el sujeto pasivo tuviese más de diez y menos de veinticinco años de edad:

“Artículo 127 PCP: La sustracción de un menor de diez años será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

Si el sustraído fuere mayor de diez y menor de veinticinco años, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Este cambio me produce extrañeza, particularmente por lo elevado del límite de edad fijado para que sea aplicable el tipo. Se ha sostenido²⁰, que el límite de 25 años era una consecuencia de la mayoría de edad fijada por el artículo 297 del Código Civil de la época²¹. Comparto esta postura y agrego además, que podría deberse al cambio del lenguaje normativo que significaba entender este delito ya no como robo de niños (concepto cuya indeterminación causaba problemas en el derecho comparado), sino como sustracción de menores, entendiendo este último concepto en un sentido normativo, esto es,

²⁰ COLLADO, M. 1987. El delito de sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 3.

²¹ El Código Civil de la República de Chile. Imprenta Nacional. Mayo 31 de 1856: Artículo 26. “Llamase (...)... mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veinte i cinco años, i menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos (...)”; Artículo 297 CC: “La habilitación de edad es un privilegio concedido a un menor para que pueda ejecutar todos los actos i contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinte i cinco años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una lei espresa le declare incapaz” (sic).

referida a una persona menor de edad, según las determinaciones que cada ordenamiento interno establezca. Otra cosa distinta es la crítica que pueda formularse al legislador civil de la época por fijar un tope máximo tan elevado para la mayoría de edad.

Finalmente, la norma del proyecto sufrió un último cambio en la sesión N° 146 del 2 de junio de 1873²², al modificarse el recién introducido párrafo segundo del artículo 127 (que paso a ser el artículo 143), limitándose el tope de edad a los 20 años. Lo anterior, debido a que, según la Comisión Revisora “el mayor de aquella edad puede entrar sin inconvenientes en las reglas comunes”. Ahora bien, pese a que no se estableció expresamente cuales eran dichas “reglas comunes”, entiendo que se refieren delito de secuestro, ya que dicha figura está dentro del mismo título y es el delito que lo precede inmediatamente. Eso sí, hay quienes han estimado²³ que la falta de claridad de la Comisión Redactora en este punto podría prestarse para la confusión con el delito de usurpación u ocultación de estado civil.

Así, la redacción definitiva del delito de sustracción de menores en el Proyecto del Código Penal pasó a ser la siguiente:

²² ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013). p. 263.

²³ FERNÁNDEZ, P. 1899-1900. El Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado. 2° ed. Santiago, Imprenta Litográfica y Encuadernación Barcelona. Tomo II. p. 273.

“Artículo 143(127) PCP: La sustracción de un menor de diez años será castigada con presidio mayor en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

Si el sustraído fuere mayor de diez y menor de veinte años, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Como observación final, y según hicimos notar al inicio de este apartado, a pesar de ser el texto que en definitiva fue aprobado por la Comisión Revisora, no se dieron razones por las cuales se eliminó de la versión oficial del Código Penal de 1874 la frase “atendidas las circunstancias”, que aparece desde la sesión 31 del 21 de abril de 1871, pero que no figuraba en el artículo 408 del Código penal español y que le sirvió de base.

1.1.2. Código penal de 1874

El delito de sustracción de menores quedó finalmente tipificado en el artículo 142 del Código Penal, de la siguiente manera:

“Artículo 142 CP: La sustracción de un menor de diez años será castigada con presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Si el sustraído fuere mayor de diez y menor de veinte años, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados”.

El referido artículo no estuvo exento de críticas por parte de los comentaristas de la época. Para FERNANDEZ²⁴, por ejemplo, la norma generaba incongruencias si se comparaba con el inciso segundo del artículo 354 del Código penal. Dicha norma establecía:

“El que usurpare el estado civil de otro, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo i multa de ciento a mil pesos.

Las mismas penas se impondrán al que sustrajere, ocultare o espusiere a un hijo lejítimo o ilejítimo con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil” (sic).²⁵

Así, si el sustraído era menor de 20 años, podían darse dos interpretaciones: que el artículo 142 no tendría aplicación en el caso especial del inciso segundo del artículo 354 en que existe sustracción con un propósito especial (pérdida de estado civil); o bien, “importaría estimar que hay dos delitos: la sustracción i el propósito, lo que sería chocante” (sic). Aclara su

²⁴ FERNÁNDEZ, P. 1899-1900. El Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado. 2° ed. Santiago, Imprenta Litográfica y Encuadernación Barcelona. Tomo II. p. 273.

²⁵ CÓDIGO PENAL CHILENO DE 1874. 2013 (reimpresión). Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez. p. 138.

postura señalando que “toda sustracción tiene un propósito preconcebido i sólo es aceptable una mayor pena cuando la sustracción daña más; pero imponer dos penas es chocante, lo repetimos. Por eso nos inclinamos al primer término de la disyuntiva, o sea, que hay simplemente una repetición (sic)”²⁶ Concluye el autor sosteniendo que habría sido preferible colocar ese inciso segundo del artículo 354 como tercer inciso del artículo 142, aumentando la pena y no ponerle la misma, como se había hecho.

Por su parte, FUENZALIDA²⁷ planteó dos objeciones al respecto: en primer lugar, que el inciso segundo del artículo 142 resultaba ser “enteramente inútil” y no tendría concordancia especial en ningún código. Esto se debía, sostuvo, a que en la norma sólo se comprendían aquellos sujetos que verificaban sustracciones con un objeto pasajero²⁸, por ejemplo, “para obtener un rescate o ejercitar una venganza con los mismos sustraídos o con sus padres o guardadores”, conductas que ya se encontrarían comprendidas en el artículo 141 relativo al secuestro y que no hace distinción de edades. En segundo lugar, FUENZALIDA criticó el criterio adoptado –especialmente por considerar elevada la edad de veinte años- para penar el delito de sustracción

²⁶ FERNÁNDEZ, P. 1899-1900. El Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado. 2° ed. Santiago, Imprenta Litográfica y Encuadernación Barcelona. Tomo II. p. 273.

²⁷ FUENZALIDA, A. 1883. Concordancias i comentarios del Código Penal chileno. Lima, Imprenta Comercial. Volumen II. p. 69-70.

²⁸ Esto quiere decir, un propósito distinto de la sustracción de menores con miras deshonestas, que no implique hacer que los menores de veinte años pierdan su estado civil y que no se trate de inducir a los mayores de diez y menores de veinticinco años a que abandonen la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, casos todos que quedarían comprendidos en otras normas de Código Penal.

de menores, si se lo comparaba con la pena asignada para el delito de secuestro. Así, sostuvo que no habría razón alguna “para que se pueda penar hasta con veinte años de presidio al que, sin derecho encierra o detiene a un hombre mayor de veinte años por más de noventa días, y sólo con un máximo de cinco años al que sustrae a un hombre de diecinueve y lo mantiene en detención por igual tiempo”²⁹

Lo relevante de la crítica de FUENZALIDA acerca de la pena, es que contrariamente a lo que se ha sostenido previamente³⁰, fue efectivamente aplicada en las posteriores modificaciones del Código Penal, no en cuanto se haya reducido la edad del menor para ser considerado sujeto pasivo, ya que solo se redujo en dos años el límite de edad en la modificación de 1950 (límite que se mantiene al día de hoy), sino en cuanto se elevó la pena para las conductas realizadas contra menores de entre 10 y 18 años, procurando salvar las objeciones formuladas que se dirigían a la baja penalidad del inciso segundo del artículo 142, en relación con la del artículo 141.

²⁹ FUENZALIDA, A. 1883. Concordancias i comentarios del Código Penal chileno. Lima, Imprenta Comercial. Volumen II. p. 70.

³⁰ COLLADO, M. 1987. El delito de sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Quien sostiene, a propósito de las críticas formuladas por el autor: “Sus conclusiones aunque lógicas, no han tenido acogida en las modificaciones posteriores del artículo 142. En efecto, en todas ellas se ha mantenido el criterio de castigar la sustracción de un niño mayor de diez años, pero que no ha alcanzado la mayoría de edad, como delito de sustracción de menores y no como delito de secuestro de personas”

Finalmente, BAÑADOS³¹ formuló una acrítica dirigida al primer inciso de la norma. Si bien estimó que el hecho de que se castigara con presidio mayor a quienes roban niños, era una forma de salvaguardar con una sanción grave la tranquilidad del hogar y de la sociedad³², sostuvo que dicha pena debió haberse hecho extensiva a casos en que la sustracción se refiriera a menores de 15 años, “pues a esa edad aún son susceptibles de ser engañados y robados sin que puedan oponer gran resistencia”

1.2. Modificaciones al artículo 142 del Código Penal

1.2.1. Ley 9.762, publicada el 10 de noviembre de 1950.

En 1950, a iniciativa del senador Marmaduke Grove, se promulgó la ley 9.762 que modificó de manera sustancial el texto del artículo 142 del Código Penal, transformándolo en una disposición extraordinariamente rigurosa en cuanto a sus sanciones.

³¹ BAÑADOS, F. 1920. Código Penal de la República de Chile concordado y comentado. Santiago, Dirección de Impresiones L.A. Lagunas M. p. 161-162.

³² “La sustracción de niños es un crimen que no solo afecta la tranquilidad de sus padres y la de su familia en general, sino que en muchos casos puede originarse el grave mal de sustraer a la sociedad de un elemento útil y necesario, como sería el robo de un niño inteligente y a quien sus raptos destinaran a ser acróbata u otros oficios, cosa que ha sucedido con frecuencia”. Cfr. BAÑADOS, F. 1920. Código Penal de la República de Chile concordado y comentado. Santiago, Dirección de Impresiones L.A. Lagunas M. p. 161.

El origen de la modificación, explica el senador GROVE³³, estaría determinada por el auge del delito en la época y por lo difícil que resultaba pesquisarlo, lo que revelaría la existencia de un factor favorable (asumo que se refiere a algún incentivo perverso para su comisión) que era desconocido y que urgiría “neutralizar”. Estas razones, sostiene el senador, harían procedente el aumento de la pena señalada “en un grado que produzca necesaria temibilidad” (sic), en virtud de “principios positivos del Derecho Penal” (sin referirse a los mismos). Todo lo anterior, como respuesta al “clamor claro de la opinión pública”³⁴

³³ Moción del senador Marmaduke Grove del 18 de enero de 1938. Ley 9762 de 1950. “El delito de raptó o secuestro de menores de diez años, que hasta hace poco era relativamente escaso en nuestro país, ha tomado auge en los últimos tiempos, alarmando justamente a las familias. No obstante haber sido descubiertos y detenidos los autores de uno de esos atentados, con toda la publicidad que se ha podido darle, la prensa vuelve a anunciar cuatro o cinco secuestros más, que tienen la apariencia de una verdadera burla a la justicia.

Este delito es difícil de pesquisar y la frecuencia con que se está cometiendo, revele la existencia de algún factor favorable que aún no se conoce plenamente y que urge neutralizar. Razones ambas que hacen precedente, según principios positivos de Derecho Penal, el aumento de la pena señalada al delito en un grado que produzca la necesaria temibilidad.

Nuestro Código Penal en su artículo 142 castiga este delito con presidio mayor en cualquiera de sus grados, pena exagerada, para algunos casos revestidos de circunstancias especiales, y exigua para casos extremos que suelen ocurrir.

Con el fin de poner coto a esta serie de raptos de que damos cuenta y a otros atentados de que se hace víctima a los menores, con bastante frecuencia y oyendo el clamor diario de la opinión pública, tenemos el honor de someter a vuestra consideración el siguiente Proyecto de Ley:

(...)

³⁴ Moción que por lo demás ha sido objeto de análisis por RAMIREZ HERMOSILLA, para caracterizar el “discurso punitivista detrás del sentimiento colectivo de inseguridad de las intervenciones de los parlamentarios entre 1932 y 1973, vinculado especialmente a la posibilidad de ser víctima de delitos contra la propiedad que al mismo tiempo afectan la vida o integridad física del ofendido”. Ese sentimiento colectivo se particulariza en las víctimas, “quienes tienen un lugar central en el debate parlamentario en ambos periodos, para ungielos como el pilar central de las leyes que aumentan la penalidad o punibilidad de conductas. Frente a esa relevancia casi estructural de la víctima, las posturas contrarias a la mirada exclusiva o preponderantemente punitivistas señalan que este tipo de medidas no irán en beneficio de las víctimas, ya que no disminuirán los delitos, y distinguen la víctima del delito cometido por un individuo de la víctima de una sociedad que lo ha creado como delincuente”. Cfr. RAMIREZ, T. 2012. Apuntes para una política criminal con memoria. Revista de Estudios de la Justicia (17): 173-195.

Ahora bien, el proyecto de ley fue redactado en términos bastante draconianos³⁵ introduciendo además referencias expresas acerca de los móviles que originarían la perpetración del delito y que diluían su carácter de tipo especial, haciendo mucho más difusos los límites que guardaría con otras figuras ya reguladas por el Código, con el riesgo de ocasionar problemas concursales. Por otro lado la alusión que realizó a una cierta esfera de custodia o resguardo –efectiva- al señalar el lugar en que se podía cometer el delito podría acarrear consecuencias indeseadas. En el artículo primero del proyecto se refirió a la sustracción del menor “del domicilio o habitación de sus padres, guardadores o familiares” lo que permitiría sostener que la sustracción de un

³⁵ El proyecto del 18 de enero de 1944 sobre modificación del artículo 142 del Código Penal establecía lo siguiente:

Artículo 1º: La sustracción de un menor de 10 años del domicilio o habitación de sus padres, guardadores o familiares, con el ánimo de que permanezca en poder del raptor o de sus secuaces por más de 24 horas, será castigada: a) con la pena de muerte: 1. Cuando el menor falleciere por causas que hubieren podido obviarse si hubiere permanecido en poder de sus padres, familiares o guardadores. 2. Cuando el menor hubiere sufrido malos tratamientos, lesiones o descuido en su alimentación y atención propias de su edad, que revistan carácter grave, a juicio del tribunal. 3. Cuando el raptor exigiere dinero u otros bienes como rescate, y 4. Cuando el raptor hubiere procedido con miras deshonestas, que hubiere realizado o comenzado a realizar. b) Con presidio mayor en sus grados medio a máximo en los demás casos.

Artículo 2º: En los casos de que trata la letra a) del artículo anterior, las circunstancias atenuantes que concurren en favor de los autores no producirán rebaja o disminución alguna que la pena señalada. Pero si concurrieren varias y entre ellas se encontrare la del N°7 o la del N°8, del artículo 11 del Código Penal, podrá aplicárseles la pena inferior en uno o dos grados.

Artículo 3º: Los que despojaren de sus ropas a un menor de 10 años con el propósito de apropiárselas, sin la voluntad de los padres, guardadores o familiares, y aprovechando la circunstancia de encontrar al menor en despoblado, sufrirán la pena de presidio menor en su grado máximo o presidio mayor en su grado mínimo

Esta pena se aumentará en dos grados si el menor sufre lesiones, violencias o malos tratos.

Artículo 4º: Esta ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial”

menor de la vía pública, o bien sería una conducta atípica, o bien quedaría comprendida dentro del artículo 141³⁶.

Por su parte, la rigidez de la norma propuesta se puede apreciar en las sanciones previstas (contemplando incluso la pena de muerte) y en la improcedencia de circunstancias atenuantes a favor del sujeto activo en caso de fallecimiento del menor, salvo las del artículo 11 N°7³⁷ y 11 N°8³⁸. Finalmente, contemplaba una nueva forma de atentado contra un menor, referido al hecho de despojarlo de sus ropas en deshabitado y sin el consentimiento de los encargados de su persona, lo que me parece una novedad absolutamente innecesaria que solo podría explicarse por la contingencia de casos de este tipo y que hayan generado alarma pública³⁹ en la época.

³⁶ Y de hecho, en la actualidad, este argumento de la atipicidad del delito de sustracción de menores en la vía pública y su reconducción a la figura del secuestro (artículo 141) ha sido efectivamente planteado en tribunales, resultando desestimado por la Corte Suprema, al estimar que el tipo no contempla referencia alguna acerca de una esfera de custodia física. Cfr.: C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012. “Se afecta de manera directa la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista exigencia típica alguna referida a una determinada esfera de resguardo custodia física y personal que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar el ilícito, basta la lesión al bien jurídico protegido. El tipo penal se cumple aun cuando el menor sea secuestrado en la vía pública.”

³⁷ Artículo 11 N°7 del Código Penal: “Son circunstancias atenuantes (...) 7° Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”

³⁸ Artículo 11 N°8 del Código Penal: “Son circunstancias atenuantes (...) 8° Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito”.

³⁹ De hecho, el diputado informante del proyecto, el señor CABEZON, solicitó un artículo especial que dijera que por el solo hecho de substanciarse un proceso en el que hubiera además de la sustracción: el fallecimiento del menor, lesiones, fines deshonestos, petición de rescate, etc., se entendería que este constituía inmediatamente alarma pública. Dicha moción fue inmediatamente refutada por el diputado BÓRQUEZ, para quien alarma pública era “el justo

Por la complejidad de los cambios que se pretendían introducir, el 20 de junio de 1944 la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado envió un oficio dirigido al Instituto de Ciencias Penales para que elaborara un informe sobre el proyecto del senador Grove. Evacuado el informe con fecha 15 de julio de 1944, fue finalmente aprobado por el Senado en la sesión N° 57 del 6 de septiembre de 1944. Ahora bien, por la influencia de este texto como guía para la redacción final de la norma y sus posteriores modificaciones, dedicaremos algunos párrafos a las objeciones formuladas por el organismo al proyecto Grove.

Las sugerencias del informe del Instituto de Ciencias penales sobre el proyecto de reforma del artículo 142 pueden ser resumidas en cuatro grandes indicaciones, graficadas en su contraproyecto⁴⁰: (1) eliminar la referencia a

temor que siente cada cual de verse expuesto al mal irreparable y grave”, y un acto deshonesto –por la indeterminación misma de su contenido factico- no produce alarma pública, por lo que era preferible decir que dichos delitos no eran excarcelables. Cfr. Cámara de Diputados. Sesión del día 17 de enero de 1945, en: RAMIREZ, T. 2012. Inseguridad, delitos y delincuentes: una historia de(l) miedo hacia una política criminal con memoria. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho mención Derecho Público. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 376-380.

⁴⁰La redacción propuesta para el artículo 142 por el Instituto de Ciencias Penales fue el siguiente:

Artículo 142: La sustracción de un menor será castigada: 1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en los siguientes casos: a) Si se ejecutare para obtener un rescate; b) Si a consecuencia de ella resultaren lesiones graves, de las indicadas en el artículo 397 N°1, o la muerte del menor. 2°. Con presidio perpetuo o muerte si concurrieren las dos circunstancias señaladas en el número anterior. 3°. Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

Si el sustraído fuere mayor de 10 años y menor de 20, la pena será de presidio menor en cualquiera de sus grados; pero en los casos previstos en los N°s 1° y 2° del inciso anterior, se aumentará en uno o dos grados respectivamente.

Si antes de que se le persiga o decrete su prisión el reo devolviera voluntariamente al menor sustraído, libre de todo daño a sus padres, guardadores o encargados de su persona o a la

determinados móviles; (2) elevar la pena cuando se haya pedido rescate y cuando a consecuencia de la sustracción se produzcan lesiones graves o la muerte del niño; (3) elevar la pena cuando concurren las dos circunstancias enunciadas, conjuntamente; (4) atenuar la pena en caso de devolución voluntaria del menor sustraído.

En cuando a la primera, el informe clasifica los tipos de móviles del delito advirtiendo que la diferente peligrosidad del agente y la distinta gravedad del hecho mismo permiten justificar la diversa penalidad. Así, estos móviles pueden ser: 1) el robo de especies; 2) fines sexuales; 3) afección por los padres, parientes o extraños; 4) fines de venganza; 5) fines de lucro, para aprovechamiento en el trabajo o mendicidad, y; 6) cometido para obtener un rescate. De tal manera que, en los casos 1 y 2 se produciría un concurso de delitos (sustracción de menores y robo o violación), que por aplicación de las reglas generales del Código penal acarrearía una pena mayor y, en el caso del 3, sería aplicable el artículo 13 en forma favorable al imputado. Razones todas que permitirían sugerir la eliminación de la primera parte del proyecto de reforma.

Ahora bien, aclaró que los delitos de sustracción que envuelvan otro móvil distinto de los números 1, 2 y 3, quedarían comprendidos dentro del

autoridad, podrá imponérsele una pena inferior en dos grados a la señaladas en este artículo” (sic).

artículo 142, cuya formulación abierta daba lugar a la aplicación de penas que guarden relación con la gravedad del hecho en cada caso particular, salvo el número 6, referido al que tenga un fin de obtener un rescate. En efecto, para el Instituto, este último móvil revelaría en el autor “un desprecio tan grande por las normas jurídicas y morales que reglan la vida de una nación organizada y que ofende tan gravemente los más nobles sentimientos humanos, que no vacila en apoyar el aumento de sanción como medio eficaz para impedir que ese delito, por fortuna casi ignorado entre nosotros, tome el incremento que se ha advertido en países en que el crimen ha logrado un mayor perfeccionamiento y organización.” La segunda reforma propuesta sería entonces: agregar una disposición que fije una mayor pena al delito cometido para obtener rescate.

Como “cuestión de mayor importancia teórica y punitiva” sugiere en tercer lugar, la sanción que corresponda al actor cuando, a consecuencias del delito pero sin intención positiva del agente, fallece el menor o sufre lesiones graves. Argumenta que lo más conveniente “para mantener la unidad de los principios que informan el Código Penal” es seguir el mismo criterio del artículo 351 sobre abandono de un menor⁴¹ (que contempla una pena superior al delito simple cuando a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño), por tratarse de un delito que en este aspecto guarda

⁴¹ El artículo 351 del Código Penal establecía: “Si del abandono en un lugar solitario resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo ejecuta la pena de presidio mayor en su grado medio, cuando fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo precedente, y la de presidio mayor en su grado mínimo en el caso contrario.”

semejanza con la sustracción de menores. Eso sí, limita cuidadosamente el alcance del término “lesiones graves” señalando que se refieren a las señaladas en el artículo 397 número 1, debido a la gravedad de las penas que contempla el artículo 142, por lo que solo en ese supuesto y en el caso de muerte del menor, regiría el aumento de pena. Finalmente, en cuarto lugar, sugiere consignar en el mismo precepto “una disposición que tienda a favorecer la devolución del menor sustraído por el raptor, prometiendo a este una atenuada pena” (sic), aplicando un principio análogo al que inspira el artículo 456⁴² y que “no tiene otro alcance que ser una prudente medida de política criminal”.

Tras la aprobación del informe por parte del Senado y, haciendo suyas las conclusiones, con fecha 7 de septiembre de 1944 el documento fue remitido a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, quien emitió su primer informe el 12 de diciembre del mismo año⁴³. Dicho documento realizó las

⁴² La redacción del artículo 456 en esa época rezaba: “Si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviera voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito.”

⁴³ Cámara de Diputados. Sesión 12^a. Extraordinaria, 12 de diciembre de 1944 (sesión 16 a 19 horas) [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/18829 [Consulta: 20.02.2015].p. 718. “Honorable Cámara, Vuestra Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, pasa a informaros el proyecto de ley remitido por el Honorable Senado, que modifica los artículos 142 y 358 del Código Penal, que se refieren al rapto de menores. En los últimos tiempos se han producido, especialmente en los grandes centros poblados, una serie de raptos y sustracción de menores con móviles de lucro algunas veces (dedicación del menor al trabajo o a la mendicidad) o para obtener un rescate o apropiarse de las ropas que visten, otras para convertirlos en un objeto pasivo del delito y, por último, estos raptos o sustracciones se han hecho por individuos anormales que tratan de satisfacer sus peores y desviados instintos.

siguientes modificaciones al informe del Senado⁴⁴: (1) Incorporó a continuación del artículo 142 N°1 letra a) propuesto, la frase “o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor”, ya que dicha situación es precisamente una de las que más ha alarmado a la opinión pública por las fatales consecuencias que estos actos ocasionan no sólo en la persona física del niño, sino también en su personalidad espiritual o psíquica; (2) Como consecuencia de la anterior modificación, consideró necesario establecer que la pena del n° 2 se aplique si concurren “a lo menos”, dos de las circunstancias que puede presentar el delito (obtención de un rescate, fines deshonestos, lesiones y muerte); (3) En relación con el N°3 la comisión consideró que era igual de grave la sustracción de un menor de 10 años que un mayor de 10 años pero menor de edad, por lo que modificó la escala de punibilidad sustituyendo “presidio menor en cualquiera de sus grados” por “presidio menor en su grado máximo” y, finalmente, (4) Modificó el inciso final propuesto, sustituyendo la

El Honorable Senado se ha hecho eco del sentir de la opinión pública en el sentido de tratar de eliminar del medio ambiente a este peligroso factor de delincuencia e inmoralidad y con este objeto, se ha aprobado el proyecto que vuestra comisión pasa a informaros”

⁴⁴ La redacción propuesta para el artículo 142 por la Comisión de Constitución, Legislación y justicia fue el siguiente:

Artículo 142. La sustracción de un menor de 10 años será castigada:

1) Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en los siguientes casos: a) Si se ejecutare para obtener un rescate o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, y b) Si a consecuencia de ella resultaren lesiones de las indicadas en el artículo 397, número 1, o la muerte del menor. 2) Con presidio perpetuo o muerte si concurrieren a lo menos dos de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del número anterior.

Si el sustraído fuere mayor de 10 años y menor de 20 años, la pena será presidio menor en su grado máximo; pero si concurren cualquiera de las circunstancias prescritas en las letras a) y b) del N° 1), se aumentará en dos grados.

Si antes de iniciarse procedimiento judicial el raptor devolviera voluntariamente el menor sustraído, libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérsele una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo”.

palabra “reo” por “raptor”, dado que antes de que se persiga o se decrete prisión contra un individuo, este no es reo y por lo tanto, la ley no debe emplear este término.

Finalmente, el 18 de julio de 1950 el proyecto de reforma sufrió una última modificación en la sesión ordinaria N°17 de la Cámara de Diputados⁴⁵, rebajándose a la edad de 18 años lo establecido en el inciso segundo de la norma, dado que en una reforma al Código Penal se estaba proponiendo la rebaja de la minoría de edad de 20 a 18 años. Posteriormente, y tras ser aprobadas las modificaciones por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y por el Senado, el 24 de octubre de 1950 el Ejecutivo promulgó definitivamente el proyecto como ley, entrando en vigencia el 10 de noviembre de 1950 la ley 9762, que modificó el artículo 142 del Código penal, en los siguientes términos:

"Artículo 142. La sustracción de un menor de 10 años será castigada:

1) Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en los siguientes casos:

⁴⁵ Cámara de Diputados. Sesión N° 17. Ordinaria, del 18 de julio de 1950 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/21194 [Consulta: 20.02.2015].

a) Si se ejecutare para obtener un rescate o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, y

b) Si a consecuencia de ella resultaren lesiones de las indicadas en el artículo 397, número 1, o la muerte del menor.

2) Con presidio perpetuo o muerte si concurrieren a lo menos dos de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del número anterior.

3) Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

Si el sustraído fuere mayor de 10 años y menor de 18 años, la pena será presidio menor en su grado máximo; pero si concurre cualquiera de las circunstancias prescritas en las letras a) y b) del N° 1), se aumentará en dos grados.

Si antes de iniciarse procedimiento judicial el raptor devolviera voluntariamente al menor sustraído, libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérsele una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo".

1.2.2. Ley 18.222, publicada el 28 de mayo de 1983.

En 1983, a iniciativa del Almirante José Toribio Merino, se promulgó la ley 18.222 que modificó el Código Penal y la Ley de Seguridad del Estado en relación con el delito de secuestro, teniendo como objetivo “actualizar la ley penal en esta materia, completándola con nuevas circunstancias y figuras delictuales, estableciendo sanciones más severas”⁴⁶, en razón del incremento que habría alcanzado en dicha época las formas delictuales del delito.

Según señaló MERINO a la Junta de Gobierno en la sesión legislativa N°34 del 23 de diciembre de 1982, la modificación del artículo 142 tuvo como antecedente dos casos de relevancia pública. Uno de ellos fue – paradójicamente- el “caso Anfruns”⁴⁷.

En lo referido al artículo 142 del Código Penal, las reformas propuestas por MERINO implicaban una reestructuración del delito de secuestro en relación

⁴⁶ Junta de Gobierno, sesión legislativa N°34 del 23 de diciembre de 1982 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34954 [Consulta: 25.02.2015]. p. 16.

⁴⁷ Al respecto, el Almirante Merino señaló a la Junta de Gobierno lo siguiente: “(...) Esta modificación al Código Penal la propuse por dos razones, por dos casos muy particulares que sucedieron en Chile: en caso Anfruns y el caso del señor Duval. Ambos fueron realmente trascendentes y la ley de secuestro en este momento lo más que tiene son quince años y un día, aunque los autores maten a los afectados. Entonces esta modificación la considero indispensable, especialmente cuando en el secuestro se pretende cambiar una actitud política del Estado o cambiar una situación de hecho existente. Entonces, espero yo que podamos aprobarla, porque es una modificación importante. En el secuestro, cuando hay realmente daños corporales o muerte del secuestrado, el que produce el secuestro tiene que sufrir la pena máxima, que es la pena de muerte, porque no hay delito más canallesco que este. No creo que haya un delito peor. ¿No sé si estarán de acuerdo ustedes? (...)” Cfr. Junta de Gobierno, sesión legislativa N°34 del 23 de diciembre de 1982 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34954 [Consulta: 25.02.2015]. p. 17 y 18.

con la sustracción de menores: (1) propuso que la privación de libertad de personas mayores de diez años sea constitutiva del delito de secuestro, quedando regida la conducta por el artículo 141 que también era modificado. De esta manera, el delito de sustracción de menores sólo tendría vigencia respecto de menores de diez años; (2) propuso eliminar la diferencia de penalidad que contemplaba la ley por razones de edad, entre la de un menor de 10 años (que puede llegar a la pena de muerte), y la de una víctima mayor de dicha edad pero menor de 18 años y; (3) en cuanto a las figuras calificadas, propuso tipificar dos móviles nuevos para la perpetración del delito: imponer exigencias o arrancar decisiones, tal y como se hacía en el artículo 141 con la misma reforma.

Según MERINO, esta última propuesta tendría como fundamento la contingencia de la época, dada la notoriedad que habría alcanzado en ese preciso momento “el secuestro en Nicaragua de la hija del Presidente para exigirle a éste que cambie su posición”⁴⁸. Antecedente que no sería del todo preciso, ya que no existen registros de algún secuestro de la hija del mandatario nicaragüense de la época, pero entendemos que MERINO se podría haber referido al secuestro de la hija del Presidente hondureño, Xiomara Suazo,

⁴⁸ Al respecto, MERINO señaló: “(...) imagínense que con este ejemplo el día de mañana eso suceda acá. ¡Qué es lo que vamos a hacer nosotros! Nosotros habíamos dicho que no nos importa a quien secuestren; seguiremos adelante de todas maneras, pero no hay penas al respecto o sólo un máximo de quince años y un día”. Cfr. Junta de Gobierno, sesión legislativa N°34 del 23 de diciembre de 1982 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34954 [Consulta: 25.02.2015]. p. 18

ocurrida el 14 de diciembre de 1982⁴⁹ en Guatemala, presuntamente por un movimiento de extrema izquierda, y por cuya liberación se exigía la publicación de un manifiesto político.

Finalmente, la Junta acordó dar simple urgencia a la moción, para efectos de volver a discutir las observaciones que pudiera tener la Comisión Conjunta al proyecto durante los meses siguientes.

Así, el 3 de mayo de 1983, en la sesión legislativa N° 8 de la Junta de Gobierno⁵⁰, se sometió a aprobación el texto de la Comisión Conjunta, que presentaba como diferencia respecto del texto propuesto por MERINO: en primer lugar, la propuesta de mantener la diferenciación que por razones de edad efectúa la norma, pero modificando su estructura con el objeto de adaptarla a las sanciones (no a los tipos mismos) de las nuevas figuras que se describían en el artículo 141. Lo anterior, dada la distinta connotación que tenía el delito de sustracción de menores en relación con la detención o encierro del secuestro y que podía graficarse en la distinta esfera de libertad de un menor de 11 años respecto de la de un mayor de edad.

⁴⁹ Según consta en la prensa internacional de la época [En línea]. Disponible en: http://elpais.com/diario/1982/12/23/internacional/409446012_850215.html; <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1982/12/16/027.html>; <http://news.google.com/newspapers?nid=1757&dat=19821218&id=V3kjAAAAIABJ&sjid=m9AEA AAAIABJ&pg=7020,635102> [Consulta: 25.02.2015].

⁵⁰ Junta de Gobierno, sesión legislativa N°8 del 3 de mayo de 1983 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34288 [Consulta: 25.02.2015]. pp. 6-14

Por su parte, en segundo lugar la Comisión Conjunta mantuvo la tipificación y penalidad de las figuras simples de ambos delitos del artículo 142 (sustracción de menor de 10 años y sustracción de un menor de 10 pero menor de 18 años), pero modificó las figuras calificadas, para efectos de hacer más factible la aplicación de la pena de muerte. Lo anterior, toda vez que en la codificación vigente en la época era necesario que concurrieren dos circunstancias calificadas para hacer procedente la pena capital, lo que era prácticamente imposible. Así, dada la modificación del artículo 141, que lo reconocía como delito complejo, se proponía incorporar como figura calificada la violación del menor a consecuencia de la sustracción y modificar la frase “muerte del menor” por “homicidio”.

En cuanto a las observaciones del proyecto, la única discusión que se dio al respecto fue a propósito de la aplicación de la pena de muerte. Para el General MENDOZA⁵¹, correspondía asignar al delito de sustracción de menores la pena única de muerte “de tal manera que al juez no le quede oportunidad para considerar los atenuantes” y cuya fundamentación transcribo: “ya sé lo que me van a decir los penalistas, pero si no tomamos las cosas con la seriedad que debiéramos tomarlas ahora, más adelante nos van a complicar. Habrá muchísimas consideraciones de acuerdo con las teorías penalistas y muchos

⁵¹ Junta de Gobierno, sesión legislativa N°8 del 3 de mayo de 1983 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34288 [Consulta: 25.02.2015]. pp. 11-12.

dirán que la pena de muerte es una aberración. Todo lo acepto plenamente, pero que es necesaria, caro que lo es.” Posteriormente, frente a las observaciones formuladas por el relator MIGUEL GONZÁLEZ en orden a que ni aun en el parricidio se contemplaba la pena de muerte, MENDOZA sostuvo que “lo que ocurre en el parricidio es un poco diferente, porque hay más perversidad en aquel que comete el delito con un menor y en los casos que estamos señalando, y no en la muerte de un pariente común y corriente, que se puede hacer por muchas razones”. Por su parte, JAIME DEL VALLE, por entonces Ministro de Justicia, manifestó que siendo partidario de la pena de muerte, no debía tipificarse como pena única, ya que se llegaría a una situación contraria a la deseada. Por esta razón, sostuvo, es que se utilizan las penas alternativas como rango dentro del cual el juez pueda actuar, ya que de lo contrario, el juez podría pensar que es demasiado drástica “llegando a la aberración de declararlo inocente, o decir, no hay méritos suficientes”⁵². Finalmente, MERINO en la misma línea de JAIME DEL VALLE, señaló como ejemplo “la realidad (que) tenemos en el caso Sagredo y el otro fulano en Valparaíso”⁵³, que el delito es de pena de muerte, pero uno de los jueces del proceso le impuso ya trescientos y tantos años de cárcel a uno y a otro y están afectos a la pena de

⁵² Junta de Gobierno, sesión legislativa N°8 del 3 de mayo de 1983 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34288 [Consulta: 25.02.2015]. p. 13.

⁵³ Merino se refiere al caso denominado por la prensa como “los psicópatas de Viña”, que fueron finalmente ejecutados en la cárcel de Quillota el 29 de enero de 1985, constituyendo el último fusilamiento antes de ser derogada la pena de muerte en Chile por la ley N° 19.734 del 5 de junio de 2001.

muerte, pero ninguno se atreve a firmar la sentencia de muerte, pero ésta la van a tener”⁵⁴.

De esta manera, la redacción final del artículo 142 del Código Penal pasó a ser la siguiente:

“Artículo 142.- La sustracción de un menor de diez años será castigada:

1.- Con presidio mayor en su grado máximo a muerte:

a) Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, y

b) Si a consecuencia de ella resultare homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido.

2.- Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

La sustracción de un mayor de diez años y menor de dieciocho, será castigada:

⁵⁴ Junta de Gobierno, sesión legislativa N°8 del 3 de mayo de 1983 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/34288 [Consulta: 25.02.2015]. p. 13.

- 1.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo 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 máximo a muerte al que además, cometiere homicidio, violación, o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, y
- 3.- Con presidio menor en su grado máximo en los demás casos.
Si antes de iniciarse el procedimiento judicial, el raptor devolviera voluntariamente al menor sustraído libre de todo daño a sus padres, guardadores encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérsele una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo."

A diferencia de quienes han destacado como positivas las reformas introducidas por la ley 18222⁵⁵, pienso que si bien existen algunos aspectos que deben destacarse, hay uno que claramente constituye un retroceso. Dentro de los primeros, resaltamos la inclusión de las lesiones corporales de castración (artículo 395) y mutilación de miembros (artículo 396), que se sumarían al 397 N°1 como lesiones graves que agravan la pena del artículo 142 (criterios que se

⁵⁵ RIVADENEIRA, T. 1983. El delito de secuestro y la sustracción de menores: nueva legislación consagrada en la Ley N° 18.222. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

mantienen hasta el día de hoy). Además, considero que es positivo que se haya incorporado “el grave daño en la persona del menor” como agravante simple, pero es desafortunada su ubicación. Tal cual como quedó tipificada, dicha agravante solo operaría para el caso de víctimas menores de 18 años pero mayores de 10, lo que es un sin sentido, dado que es precisamente el menor de 10 años el que estaría mucho más expuesto a sufrir grave daño (físico y psicológico), dada su particular situación de vulnerabilidad.

Finalmente, considero que constituyó un retroceso en la normativa nacional sobre sustracción de menores, el establecimiento de la pena de muerte para este delito, no solo por razones humanitarias, sino porque carece de un efecto disuasivo comprobado y porque, frente a un error judicial, la sanción es totalmente irreversible, negando la posibilidad de rehabilitación o reinserción del sujeto en la sociedad.

No será sino hasta el año 2001 que finalmente se logre erradicar dicha sanción del artículo 142, según veremos más adelante.

1.2.3. Ley 19.029, publicada el 23 de enero de 1991. Boletín 1-07

En 1991 y a iniciativa del Ejecutivo, entra en vigencia la ley 19.029, que modificó el Código de Justicia Militar, el Código Penal, la Ley 12.927 y la Ley 17.798.

Según consta en la cuenta del proyecto efectuada por el Presidente Patricio AYLWIN en la sesión N°1 del 20 de marzo de 1990⁵⁶, la ley formaba parte de un paquete de medidas legislativas que tenían por objeto adecuar el ordenamiento interno al Derecho Internacional, especialmente a los Tratados Internacionales ratificados por Chile en materia de Derechos Humanos. Admitiendo la imposibilidad de abolir la pena de muerte en su totalidad, ya que era necesario contar con la aprobación de 2/3 del Senado, se proponía cambiar la penalidad de algunos delitos contemplados en el Código Penal –entre otros cuerpos legales- dentro de los que figuraban los artículos 141 y 142. Así, comenzó un largo proceso de discusión que se inició con el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CCLYJ) del 19 de abril de 1990, cuya cuenta figura en la sesión N° 11 del 24 de abril de 1990⁵⁷. A diferencia de otras normas en las que solo se eliminaba la pena de muerte de los delitos, se dejó constancia de la aprobación de un nuevo texto que

⁵⁶ Cámara de Diputados. Sesión N° 1. Ordinaria, del 20 de marzo de 1990 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/22252 [Consulta: 25.02.2015], p. 17-22.

⁵⁷ Cámara de Diputados. Sesión N° 11. Ordinaria, del 24 de abril de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3862%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 25.02.2015]. pp. 578-590.

reemplazaba el artículo 142 en su integridad, por mayoría de votos (el resto de las normas del proyecto, fueron aprobadas por unanimidad)⁵⁸.

En el informe referido, los principales cambios se realizaron respecto de los menores de 10 años y se pueden esquematizar de la siguiente manera:

A. En cuanto a los menores de 10 años:

- 1) Se trasladó la agravante simple de los “abusos deshonestos” regulada en el N° 1 al N°2, en el que se encontraba la figura hiperagravada⁵⁹ consistente en cometer homicidio, violación o lesiones contempladas en

⁵⁸ El artículo 142 propuesto por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, rezaba lo siguiente:

"Artículo 142. La sustracción de un menor de 10 años será castigada: 1. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones; 2. Con presidio perpetuo si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, o si a consecuencia de ella resultare homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido; 3. Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos. La sustracción de un mayor de 10 años y menor de 18, será castigada: 1. Con presidio mayor en su grado medio a máximo 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 perpetuo al que además, cometiere homicidio, violación, o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, y; 3. Con presidio menor en su grado máximo en los demás casos.

Si los partícipes devolvieren voluntariamente al menor sustraído libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérseles una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo."

⁵⁹ Término utilizado por la doctrina nacional más reciente. Cfr.: POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 207 y 213.

los artículos 395, 396 y 397 N°1 a consecuencia de la sustracción (agravando su pena).

- 2) Se modificó la penalidad de la agravante simple consistente en obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones, que paso de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” a “presidio mayor en su grado máximo a perpetuo”.
- 3) Se modificó la penalidad de la figura hiperagravada (si a consecuencia de la sustracción resultare homicidio, violación, lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1 o se cometieren actos deshonestos) que pasó de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” a la pena única de presidio perpetuo.

B. En cuanto a los mayores de 10 pero menores de 18 años

- 1) Solo se modificó la penalidad de la figura hiperagravada (que a diferencia de los menores de 10 años no contempló los abusos deshonestos así como tampoco la figura simple), de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” a la pena única de presidio perpetuo.

C. En cuanto al inciso final de la norma, relativo al beneficio de reducción de pena por devolución de la víctima libre de todo daño:

- 1) Se eliminó la frase “si antes de iniciarse el procedimiento judicial”, dejando a la norma sin requisitos de orden temporal para que opere el beneficio.
- 2) Se sustituyó la frase “el raptor” por “los partícipes”, en mi opinión, para evitar confusiones terminológicas con el delito de rapto, que entonces se encontraba vigente.

Tras la aprobación general del proyecto de la CCLYJ, efectuada en la sesión N°13, del 26 de abril de 1990⁶⁰, la norma se mantuvo sin modificaciones en el segundo informe de la CCLYJ del 3 de mayo de 1990, según consta en la cuenta del proyecto efectuada en la sesión N° 17, del 8 de mayo de 1990⁶¹ y en la discusión particular del mismo⁶². Sin embargo, no fue sino hasta el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (CCLJYR), que se introdujeron cambios al proyecto de la CCLYJ en

⁶⁰ Cámara de Diputados. Sesión N° 13. Especial, del 26 de abril de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3864%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 25.02.2015]. pp. 737-771.

⁶¹ Cámara de Diputados. Sesión N°17. Ordinaria, del 8 de mayo de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3867%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 25.02.2015]. pp. 963-970.

⁶² Cámara de Diputados. Sesión N°18. Ordinaria, del 9 de mayo de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3868%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 25.02.2015]. pp. 1021-1056.

materia de sustracción de menores⁶³ (que ya había eliminado la pena de muerte en todos los supuestos). Así, al aprobar el reemplazo del artículo 142, la CCLJYR adoptó los siguientes acuerdos:

- (1) Se eliminó la diferencia existente por razones de edad en cuanto a la penalidad de la agravante simple entre menores de 10 años y mayores de 10 pero menores de 18 años, estableciendo para ambas situaciones la pena de “presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo”. Es decir, se rebajó en un grado el rango de penalidad de menores de 10 años.

- (2) Distinguió entre la penalidad de dos casos en los cuales el menor se hacía víctima de otros delitos durante la sustracción o a

⁶³ El artículo 142 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, rezaba lo siguiente: "Artículo 142.- La sustracción de un menor de 10 años será castigada: 1.- Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones; 2.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, y con presidio mayor en su grado máximo a muerte, si a consecuencia de la sustracción resultare homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1º, en la persona del ofendido; 3.- Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

La sustracción de un mayor de 10 años y menor de 18, será castigada: 1.- Con presidio mayor en su grado medio 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 máximo a muerte, al que además cometiere homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° I, en la persona del ofendido, y; 3.- Con presidio menor en su grado máximo en los demás casos.

Si los partícipes voluntariamente y sin que se haya pagado rescate devolvieren al menor sustraído libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérseles una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo." Cfr.: Congreso Nacional. Boletín 1-07. Primer informe de la Comisión de Constitución de Legislación y Justicia, del 29 de agosto de 1990 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1252&prmBL=1-07 [Consulta: 28.02.2015].

consecuencia de esta. Así, por un lado, si se cometen actos deshonestos, se reemplaza la pena única de presidio perpetuo por una pena divisible consistente en “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo” y, por otro lado, si resultare homicidio, violación o lesiones gravísimas de los artículos 395, 396 y 397 N°1, se reemplaza la pena única de presidio perpetuo por “presidio mayor en su grado máximo a muerte”⁶⁴

- (3) Se agregó una condición extra al inciso final –además de devolver a la víctima libre de todo daño- para habilitar el ejercicio de la facultad de reducir la pena, consistente en que no se haya pagado el rescate exigido. Además, se dejó constancia que la exigencia suponía que los autores de la sustracción hayan devuelto al menor por decisión propia y no porque hayan sido sorprendidos o apresados.

Tras la aprobación general del proyecto efectuado por el Senado, la Cámara de Diputados, en la sesión N°13 del 15 de noviembre de 1990⁶⁵, resolvió aprobar el proyecto de la CCLJYR referido a los números uno y tres de

⁶⁴ Todos los acuerdos que importaron rebaja de pena fueron unánimes, a excepciones de la penalidad de la figura hiperagravada. Votaron a favor de mantener la pena de muerte los senadores DIEZ, GUZMAN y LETELIER, mientras que en contra lo hicieron los senadores PACHECO y VODANOVIC.

⁶⁵ Cámara de Diputados. Sesión N°13. Ordinaria, del 15 de noviembre de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3915%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 28.02.2015]. pp. 1427-1447.

ambos incisos del artículo 142, así como su inciso final. Pero rechazó el número dos de ambos incisos, sobre la penalidad de la figura hiperagravada, ya que proponía mantener la pena de muerte en caso de que se cometiera homicidio, violaciones o lesiones del artículo 395, 396 y 396 N°1, a consecuencia de la sustracción.

Posteriormente, el proyecto pasó a Comisión Mixta, la que emitió su informe con fecha 28 de noviembre de 1990⁶⁶. A nivel general, la Comisión Mixta aprobó la indicación del Diputado MOLINA de conservar la pena de privación de la vida única y exclusivamente para delitos del Código de Justicia Militar cometidos en tiempo de guerra externa, ya que no obstante ser partidario de la posición abolicionista en esta materia, le parecía que de esta forma se podría encontrar un acuerdo que conciliara las dos tesis opuestas que se habrían manifestado en el curso de la tramitación del proyecto de ley. De esta manera, en cuanto al artículo 142, como ya habría existido un acuerdo entre ambas cámaras respecto del número uno y tres de ambos incisos (figura agravada simple y figura simple, respectivamente), se refirió exclusivamente a la figura hiperagravada del número dos de ambos incisos del artículo 142⁶⁷, ya

⁶⁶ Congreso Nacional. Boletín 1-07. Informe de la Comisión Mixta, del 28 de noviembre de 1990 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1252&prmBL=1-07 [Consulta: 28.02.2015]

⁶⁷ El artículo 142 inciso primero número dos propuesto por la Comisión Mixta del Congreso Nacional, rezaba lo siguiente: "2.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, o si a consecuencia de ella resultare homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1°, en la persona del ofendido."

que el proyecto del Senado establecía la pena de muerte en un supuesto de esta figura. Propuso eliminar la diferencia de penalidad cuando el menor fuese víctima de otros delitos, estableciendo la misma pena de “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo” ya sea para el caso de abusos deshonestos como para el caso de que se cometiera homicidio, violación o lesiones del 395, 396 y 397 N°1, como consecuencia de la sustracción. Dicho informe fue aprobado por la Cámara de Diputados en la sesión N°18 del 6 de diciembre de 1990⁶⁸, pero rechazado por el Senado en la sesión N° 24, del 12 de diciembre de 1990⁶⁹

Finalmente, se aprobó el artículo según los términos establecidos en el segundo trámite constitucional (Senado), que fueron aceptados por la cámara de origen, quedando tipificado el delito de sustracción de menores de la siguiente forma:

“Artículo 142. La sustracción de un menor de 10 años será castigada:

Por su parte, el artículo 142 inciso segundo número dos establecía: "2.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, al que además cometiere homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1°, en la persona del ofendido, y Números 17) y 18) del proyecto de la Cámara.

⁶⁸ Cámara de Diputados. Sesión N° 18. Especial, del 6 de diciembre de 1990 [En línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=3920%20&prmTIPO=TEXTOSESION> [Consulta: 28.02.2015] pp. 2189-2192.

⁶⁹ Diario de sesiones del Senado. Sesión N° 24. Ordinaria, del 12 de diciembre de 1990 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/1443 [Consulta: 28.02.2015] pp. 22-28.

1.- Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones.

2) Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

La sustracción de un mayor de 10 años y menor de 18, será castigada:

1.- Con presidio mayor en su grado medio 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 menor en su grado máximo en los demás casos.

Si los partícipes voluntariamente y sin que se haya pagado rescate devolvieren al menor sustraído libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérseles una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo."

De esta manera, los cambios introducidos por la ley fueron los siguientes:

(1) Se eliminó la diferenciación de penas en cuanto a la agravante simple entre menores de 10 años y mayores de dicha edad pero menores de 18,

estableciéndose la de “presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo” para ambos casos; (2) La figura simple, contemplada en el número tres de ambos incisos pasó a estar en el número dos; (3) lo anterior, producto de la eliminación de la figura hiperagravada del delito de sustracción de menores; (4) en el inciso final se reemplazó la frase “el reo” por “los partícipes” y; (5) se estableció como condición del beneficio de reducción de pena el que no se haya pagado el rescate.

En mi opinión, la ansiedad y la presión política de publicar una ley que eliminara la pena de muerte de gran parte de los delitos comunes en Chile, jugó en contra de una tipificación más prolija. Por un lado, en cuanto al (3), no resulta entendible que no se haya hecho al menos una referencia al artículo 141 inciso final -que mantuvo la tipificación de la figura hiperagravada del delito de secuestro al no sufrir modificaciones con la ley-, ya que si bien contemplaba la pena de muerte, se hacía dentro de un rango de una pena divisible y no única. Su omisión establece una discriminación arbitraria entre ambos preceptos al regularse solo la figura para mayores de 18 años. En segundo lugar, en cuanto al (5), me parece que la inclusión de la condición de no operar el pago es innecesaria y perjudicial para la integridad de la víctima. Finalmente, no resulta claro por qué se mantuvo la diferenciación de edades si ambos incisos fueron redactados prácticamente en los mismos términos, con la salvedad de que en la agravante simple de los mayores de 10 pero menores de 18 años existe un

móvil más para la perpetración del delito consistente en que “resultare grave daño para la persona del menor”, lo que es totalmente aplicable a menores de 10 años.

1.2.4. Ley 19.241, publicada el 28 de agosto 1993. Boletín 625-07

El proyecto de ley que originó la dictación de la ley 19.241, surgió de la moción de los diputados Alberto Espina, Hernán Bosselin, Andrés Chadwick, Sergio Elgueta, Carlos Kuschel, Jorge Molina, Andrés Sotomayor y Raúl Urrutia, iniciativa que modificó el Código Penal y la ley que sanciona conductas terroristas, en lo relativo al secuestro de personas y sustracción de menores.

El origen de la moción según la cuenta del proyecto efectuada por el diputado ESPINA⁷⁰, en la sesión extraordinaria N°53 del 11 de marzo de 1992⁷¹ vendría determinada por los vacíos y contradicciones que tendrían el delito de sustracción de menores en relación con el delito de secuestro, y que podrían resumirse de la siguiente manera: (1) la diversa penalidad existente para los delitos del 141 y el 142 cuando, como resultado de la conducta típica se

⁷⁰ Moción del Diputado Alberto Espina, 11 de marzo 1992. Ley 19.241.: “Honorable Cámara, del análisis de la legislación vigente relativa al delito de secuestro y sustracción de menores, se desprende que este tiene vacíos y contradicciones, lo que hace imprescindible perfeccionarla y sistematizarla, con el objeto de dar una clara señal de la voluntad del Estado de enfrentar este tipo de delitos con la mayor eficacia y decisión (...)”

⁷¹ Cámara de Diputados. Sesión N° 53. Ordinaria, 11 marzo de 1992 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14053 [Consulta: 14.01.2015].p. 114-117.

cometiere además en la persona del ofendido, homicidio, violación, actos deshonestos o lesiones, siendo mucho más grave la pena establecida para el 141; (2) la existencia de un incentivo a los partícipes del delito de sustracción de menores que devuelven al menor libre de todo daño (aplicación de una pena inferior en dos grados), que el 141 no contempla; (3) el hecho de que el referido incentivo en la sustracción de menores solo opere si se devuelve a la víctima antes de que se pague el rescate, produciéndose el absurdo de que una vez efectuado el pago, los delincuentes no tendrían ningún estímulo para devolverla libre de todo daño, situación que pondría en grave riesgo la vida de víctima; y (4) que según el artículo 1 y 2 N°2 de la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, si los miembros de una organización terrorista cometen las conductas del 141 o 142 con el sólo objeto o finalidad de cobrar un rescate a un particular para financiar sus acciones delictuales, no cometería delito terrorista, lo que sería “absolutamente ilógico y contrario a la legislación”

Para afrontar dichos vacíos y contradicciones, ESPINA expuso las siguientes reformas en el proyecto de ley (en relación con el artículo 142)⁷²:

⁷² La redacción propuesta para el artículo 142 por el Diputado Alberto Espina fue el siguiente: “Artículo 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”

Agregando un artículo 142 al Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 142 bis: El que con motivo u ocasión del secuestro o de la sustracción de un menor, sancionados en los dos artículos anteriores, cometiere además homicidio, violación, actos deshonestos o alguna 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 muerte

(1)eliminar la distinción que hace el artículo 142 para penalizar la sustracción de un mayor de 10 años y menor de 18 años y de un menor de 10 años, haciendo aplicable el artículo en general para los menores de 18 años; (2) establecer una pena igual y común para menores de 18 años, consistente en 10 años y un día para la figura básica, y de 15 años y un día a presidio perpetuo para la agravante simple, esto es, si el delito se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor; (3) agregar un artículo 142 bis al Código Penal, si con motivo u ocasión de la sustracción de un menor o secuestro, cualquiera sea la edad del ofendido, se cometiere además en la persona de la víctima, homicidio, violación, actos deshonestos o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, y; (4) agregar un inciso en el artículo 2 N°5 de la ley 18.315, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, que establezca que los delitos del 141 y 142 cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán considerados siempre como delitos terroristas”

En cuanto al antecedente mediato, y si bien no quedó establecido expresamente en la exposición de motivos dela moción del diputado ESPINA,

Si los partícipes en los delitos de sustracción de un menor o de secuestro, voluntariamente devolvieren al ofendido libre de todo daño a la autoridad, sus familiares o a encargados de su persona, podrá imponérseles una pena inferior en tres grados a las señaladas en los dos artículos anteriores”

Agregando un inciso al artículo 2 N°5 de la ley 18.315:

“Los delitos de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores de los artículo 141 y 142 del Código Penal, cometidos por una asociación ilícita terrorista, serán siempre considerados como delitos terroristas”.

resulta evidente que el proyecto estaría influenciado por una serie de acontecimientos que marcaron la época y que dicen relación con el secuestro del hijo del dueño del diario “El Mercurio” -Cristián Edwards-, ocurrido el 9 de septiembre de 1991, cuya liberación se produjo el 1 de febrero de 1992, luego de cinco meses de cautiverio y un mes antes de que la moción ingresara al Congreso.

La influencia de ese suceso queda reflejada –en mi opinión- en la discusión generada en la sesión N° 18 del 15 de julio de 1992⁷³, entre los diputados ESPINA y PALESTRO. Este último, manifiesta dos reparos a la última parte del proyecto por considerar que se estaría introduciendo en él un ingrediente político, deformando la esencia y fondo de una iniciativa que considera justa, pero que “coloca al terrorismo como en otra fase del delito” (sic). Por un lado, sostuvo que los delitos del proyecto eran susceptibles de ser cometidos por cualquier persona y no entendía por qué debían asimilarse a un delito terrorista, mucho menos si se trataba de un concepto discutido. Por otro lado, manifestó que no existiría una delimitación clara acerca de cuáles serían las asociaciones ilícitas que podrían cometer estos delitos. Sobre este punto, ESPINA aclaró que para que un delito común se transforme en un delito terrorista, la legislación exige que concurren a lo menos una de las siguientes

⁷³ Cámara de Diputados. Sesión 8ª. Ordinaria, 15 de julio de 1992 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/20830 [Consulta: 14.01.2015] p. 1326.

dos circunstancias: que el delito se cometa con el propósito de intimidar a la población y que el delito sea cometido para obtener resoluciones de la autoridad –no de los particulares- o bien, para imponerle exigencias o conseguir del gobierno una decisión sobre determinada materia. En cualquiera de las dos situaciones un delito común, sostuvo, se transforma automáticamente en delito terrorista y que lo que pretende corregir el proyecto es precisamente que si una asociación o grupo terrorista que opera en el país, en pleno sistema democrático, decide secuestrar una persona, resulte indiferente si el rescate se lo exigió a los familiares del menor o a la autoridad. En ambos casos, sería evidente que estamos en presencia de la acción que comete una organización terrorista.

Frente a lo anterior, PALESTRO manifestó que la inclusión de la reforma en comento implicaría una grave discriminación, ya que el secuestro o sustracción de una persona modesta “no tendrá jamás la resonancia que tuvo por ejemplo el del señor Edwards”. De esta manera, “si se trata de una persona adinerada, de alta posición social, el secuestro es considerado acto terrorista; pero, como sucede tan a menudo en los sectores pobres de este país, en los cuales siempre hay secuestros obligados o aceptados por la otra persona, ello lógicamente no produce ningún efecto en contra del sistema o del orden establecido.” PALESTRO se refirió también al denominado “secuestro parental” señalando las graves consecuencias que podría generar la norma en los casos

en que “el padre o la madre reclamen porque su ex mujer o su ex marido ha arrancado del seno de su familia a su hijo para llevarlo a otro país (ya que) también podría considerarse un acto terrorista, porque el hecho provoca expectación pública.”⁷⁴

Posteriormente, con fecha 5 de abril de 1993⁷⁵, se emitió el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en el que se aprobó el proyecto prácticamente en los mismos términos señalados por ESPINA, con la salvedad de la indicación del senador OTERO de considerar que si bien el beneficio del 142 bis debía funcionar aun después de que se haya pagado el rescate (para incentivar la devolución de la víctima libre de todo daño), se debía igualmente dar un trato preferente al que libere a la víctima sin que medie ninguna exigencia.

Finalmente, según consta en el segundo informe de la Comisión, de fecha 13 de julio de 1993⁷⁶, el Ejecutivo introdujo dos indicaciones al inciso final del artículo 141, que incidirán directamente en la redacción final del 142 (por la

⁷⁴ Cámara de Diputados. Sesión 8ª. Ordinaria, 15 de julio de 1992 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/20830 [Consulta: 14.01.2015] p. 1333.

⁷⁵ Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, del 13 de julio de 1993. Boletín 625-07 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2181&prmBL=625-07 [Consulta: 14.01.2015] p. 11.

⁷⁶ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, del 13 de julio de 1993. [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2181&prmBL=625-07 [Consulta: 27.02.2015] pp. 2-5.

remisión que efectúa a dicha norma en su inciso final). La primera de ella fue aprobada y decía relación con eliminar de la figura agravada los “abusos deshonestos” y sustituirlo por la “violación sodomítica”. Según señaló el Ministro de Justicia de la época, Francisco CUMPLIDO, la agravación por abusos deshonestos estaba contemplada anteriormente pero había sido suprimida en 1983⁷⁷ porque la pena era muy alta en relación con la variedad de conductas que quedaban cubiertas con la tipificación de ese delito y, porque en caso de perpetrarse el secuestro y los abusos deshonestos, se produciría un concurso de delitos. La otra indicación se refería a la penalidad de la figura agravada en orden a sustituir la frase “presidio mayor en su grado máximo a muerte” por “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo”. Esta segunda indicación, fue finalmente rechazada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, ya que se manifestó que previamente el Congreso había decidido mantenerla para este delito, al discutir la ley 19.029⁷⁸.

Así, el 2 de agosto de 1993 el Senado envió un oficio a la Cámara de Diputados comunicándole la aprobación del proyecto con modificaciones según

⁷⁷ Dicha aseveración no sería del todo precisa, ya que según señalamos previamente, la agravante simple por abusos deshonestos se mantuvo para el caso de las víctimas menores de 10 años en la ley 18.222 de 1983 y recién fue suprimida definitivamente con la ley 19.029 de 1991.

⁷⁸ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, del 13 de julio de 1993. Boletín 625-07 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=2181&prmBL=625-07 [Consulta: 27.02.2015] p. 5: “El H. Diputado señor Espina apuntó que este proyecto no pretende reabrir el debate sobre la pena de muerte, pero, dado que el Congreso Nacional con anterioridad decidió mantenerla para este delito, debe actuarse con equidad, aplicando el mismo criterio ante hechos de la misma gravedad.”

consta en la sesión ordinaria N°22 del 3 de agosto de 1993⁷⁹. Dicho oficio fue discutido en la sesión ordinaria N°25 del 10 de agosto de 1993⁸⁰ y aprobado en los mismos términos expuestos, pero con algunas observaciones formuladas por el diputado BOSSELIN. Una de ellas decía relación con en el artículo 142 bis (que antes de la reforma correspondía al inciso final del artículo 142), y que hablaba de “devolver libre de todo daño” sin señalar a quien, y que en el proyecto original del diputado ESPINA se refería “a la autoridad, a sus familiares o a los encargados de su persona”. Según BOSSELIN, “como la norma propuesta por el Senado no hace distinción, la correcta inteligencia de la misma hace pensar que la devolución podrá hacerse tanto a la autoridad como a los familiares, a los encargados o a cualquiera otra persona, entidad o institución que reciba a la persona para reincorporarla al orden jurídico normal.”⁸¹

Esta última observación, según se verá más adelante, dista mucho de ser baladí, toda vez que será uno de los fundamentos que utilizarán más adelante algunos tribunales superiores de justicia para admitir la posibilidad de

⁷⁹ Cámara de Diputados. Sesión N° 22. Ordinaria, del 3 de agosto de 1993 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/22776 [Consulta: 25.02.2015] pp. 2123 y 2124.

⁸⁰ Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [Consulta: 25.02.2015] pp. 2437-2440.

⁸¹ Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [Consulta: 25.02.2015] p. 2440.

que padres y guardadores puedan ser sujetos activos del delito de sustracción de menores, según las circunstancias de cada caso.

De esta manera, el artículo 142 quedó finalmente redactado de la siguiente forma:

"Artículo 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."

Por su parte, la atenuante especial destinada a evitar que al menor privado de libertad se le cause daño -que había sido introducido por la ley 18.222 y estaba anteriormente regulado en el inciso final del sustituido artículo 142-, quedó tipificado en el artículo 142 bis en los siguientes términos:

"Artículo 142 bis.- Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplir 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."

Finalmente, la ley 19.241 en su artículo 4 agregó un nuevo párrafo al n° 5 del artículo 2° de la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, señalando que serán considerados siempre como delitos terroristas, los delitos de secuestro y sustracción de menores cometidos por una asociación ilícita terrorista. Sin embargo, esta última disposición fue finalmente derogada por la ley 20.467 el 8 de octubre de 2010.

El análisis en detalle, así como las diversas interpretaciones y críticas que han surgido en doctrina acerca del actual artículo 142 del Código Penal, se efectuará en el tercer capítulo, al tratar la conducta típica y figuras agravadas de la norma.

1.2.5. Modificaciones legales posteriores que inciden en el delito de sustracción de menores

Luego de la publicación de la ley 19.241, entraron en vigencia algunas leyes que, si bien no alteran sustancialmente la tipificación del delito en el artículo 142 del Código Penal, si inciden en su regulación. Dichas leyes son las siguientes:

- A partir de la Ley 19.734⁸², publicada el 5 de junio de 2001, la figura hiperagravada del delito de sustracción de menores dejó de tener la pena de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” y paso a tener la de “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, por la modificación del inciso final del artículo 141 al que se remite el actual inciso final del artículo 142.
- A partir de la ley 19.913⁸³, publicada el 18 de diciembre de 2003, el delito de sustracción de menores paso a ser delito de base del delito de lavado de activos.

⁸² Ley 17.734, que deroga la pena de muerte. “Artículo 1 N°15.- 15. En el inciso quinto del artículo 141, artículo 390 y numeral 1º del artículo 433, sustituyese la expresión "a muerte" por "a presidio perpetuo calificado".

⁸³ Ley 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos: “Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en los artículos (...) 142 (...) del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.”

- A partir de la ley 20.357⁸⁴, publicada el 18 de julio de 2009, el delito de sustracción de menores es tipificado como crimen de lesa humanidad, concurriendo las circunstancias que señala el artículo 1° de la ley.

De esta manera, podemos concluir preliminarmente, que el delito de sustracción de menores ya no contempla como sanción la pena de muerte en ninguna de sus formas, pasó a ser delito base del delito de lavado de activos y, concurriendo las circunstancias que se señala la ley, podría ser constitutivo de crimen de lesa humanidad.

Por otro lado, existen dos mociones en el Congreso, una destinada a tipificar el secuestro o sustracción de menores simulado⁸⁵ y la otra, a establecer como agravante simple el secuestro de un recién nacido⁸⁶, en relación con las investigaciones recientes sobre adopciones ilegales ocurridas entre los años 80' y 90'. Ambas fueron ingresadas a la Cámara de Diputados el día 20 de noviembre de 2014 y se encuentran actualmente en la etapa de primer trámite constitucional.

⁸⁴ Ley 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Artículo 5° N°7 y Artículo 6°, ambos en relación con el artículo 1° de la ley.

⁸⁵ Cámara de Diputados. Boletín 9730-07 del 20 de noviembre de 2014 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10149&prmBL=9730-07 [Consulta: 20.02.2015].

⁸⁶ Cámara de Diputados. Boletín 9731-07 del 20 de noviembre de 2014 [En línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10150&prmBL=9731-07 [Consulta: 20.02.2015].

1.3. Principales modificaciones legales en el derecho español a propósito del delito de sustracción de menores.

La breve referencia que ahora realizaremos a la actual regulación del derecho español en materia de sustracción de menores, obedece a dos motivos. El primero de ellos, dice relación con el aludido origen histórico del artículo 142 del Código Penal y que en su momento, los codificadores de 1874 consideraron pertinente utilizar como base, dado que constituía una actualización del derecho penal vigente en ese momento en Chile. El segundo motivo, se encuentra directamente relacionado con el anterior, y dice relación con el actual tratamiento que se está dando en España al denominado “secuestro parental” o sustracción de menores por sus propios progenitores y que constituye el objeto de la presente memoria, para efectos de poder contrastar los avances o retrocesos con la actual tipificación chilena.

1.3.1. Código Penal de 1995, introducido por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995.

Con anterioridad al Código penal español de 1995, se encontraban regulados dentro del título XII de los delitos contra la libertad y la seguridad, tres tipos de sustracción de menores, en los artículos 484 al 486 de la siguiente manera:

“Artículo 484: La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor.

Artículo 485: El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor⁸⁷.

Artículo 486: El que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandonare la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.”⁸⁸

Para DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTIN⁸⁹, el origen inmediato de estos preceptos se encontraría en el artículo 408 del Código penal español de 1848⁹⁰, al mantener una configuración idéntica hasta 1995, ya que en el Código penal español de 1822 se castigaba el rapto de niños impúberes y el robo de menores sometidos a la patria potestad, y el Código penal español de 1928 se habría limitado exclusivamente a hacer un cambio de localización sistemática.

⁸⁷ Equivalente al artículo 223 del código penal español vigente, con modificaciones. En el Código penal chileno la figura se encuentra tipificada como delito de negativa de entrega del menor, en el artículo 355.

⁸⁸ Equivalente al artículo 224 del código penal español vigente, con modificaciones. En el Código penal chileno la figura se encuentra tipificada como delito de inducción al abandono del hogar, en el artículo 357.

⁸⁹ DÍEZ, J y GRACIA, L. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 368.

⁹⁰ Artículo que, por lo demás, constituyó el origen histórico del artículo 127 del proyecto del Código Penal de 1874.

Para el referido autor, los tipos de sustracción de menores permitían una clasificación en: dos tipos básicos por un lado –el del artículo 484 y el del 485- y, por otro, un delito de sospecha inserto en un contexto cercano a ellos.

Esta regulación no estaba exenta de críticas por parte de la doctrina. Al problema de la determinación del bien jurídico protegido por los tres preceptos, se sumaba –ya que se encontraba relacionada- la determinación de los sujetos activos y particularmente, la posibilidad de que los progenitores puedan ser considerados como tales. Lo anterior, dentro de una crítica global acerca de la ubicación sistemática de las figuras en el Código penal⁹¹.

Así, con la entrada en vigencia del Código penal español de 1995, se suprimió el delito de sustracción de menores de siete años y, en su lugar, se agravó la pena de los delitos de detención ilegal o de secuestro –en su caso- para las víctimas menores de edad o incapaces. De esta manera, el delito sustracción de menores en España perdió sustantividad propia y quedó absorbido por estos delitos en el capítulo II del título VI sobre delitos contra la libertad, regulado de la siguiente forma en el artículo 165:

⁹¹ Para un análisis de estos tres preceptos, Cfr. DÍEZ, J. 1993. Sustracción de menores. En: DÍEZ, J. y GRACIA, L. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 367-391.; QUINTANO, R. 1961. La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 5-18.; COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la “sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014].

“Artículo 165 CPE 1995: Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”. (Énfasis añadido)

Si bien a simple vista, la redacción de la norma no pareciera generar problemas, para Adolfo CARVAJAL la omisión de tipificación de la sustracción parental de menores por parte del legislador español respondería a “un error de diseño en el proceso legislativo”⁹². Lo anterior, ya que no consideró el creciente fenómeno de la sustracción parental de menores a nivel internacional y no consiguió ofrecer una respuesta adecuada para los casos de sustracción de un menor por su progenitor en situaciones de separación, nulidad o divorcio, fenómeno precisamente incrementado entre el lapso de tiempo comprendido entre la entrada en vigor del Código Penal de 1995 hasta su posterior modificación en el año 2002⁹³. De hecho, antes de la reforma del año 2002, se planteaba un problema de persecución y detención internacional del progenitor sustractor cuando el menor era trasladado al extranjero y solo se podía acudir al delito de desobediencia genérica (paralelo al desacato en nuestra legislación) tipificado en el derecho español en el artículo 556 con una pena de prisión de

⁹² CARVAJAL, A. 2005. Los aspectos penales. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. La sustracción interparental de menores. Madrid, Dykinson. pp. 110.

⁹³ CARVAJAL, A. 2005. Los aspectos penales. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. La sustracción interparental de menores. Madrid, Dykinson. pp. 110.

seis meses a un año. Finalmente, no era posible solicitar una orden de detención internacional, pues por lo general los tratados bilaterales de extradición exigían que el delito imputado contemple una pena de prisión superior a un año.⁹⁴

1.3.2. Ley Orgánica 9/2002 del 10 de diciembre de 2002 sobre sustracción de menores.

Haciendo eco de las críticas formuladas, en el año 2002 se introdujo el artículo 225 bis al Código penal español. Con dicho precepto, señala CONDE-PUMPIDO⁹⁵, se buscaba regular desde el punto de vista penal, aquellos supuestos en donde la conducta de sustracción o de negativa de restitución de los menores sea llevada a cabo por uno de los progenitores, con extensión a los ascendientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, en los casos en que las facultades de custodia del menor hayan sido atribuidas legalmente al otro progenitor o a alguna institución en interés del menor.

⁹⁴ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 36.

⁹⁵ CONDE-PUMPIDO, C. 2004. Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Editorial Bosch S.A. p. 687.

Según se ha sostenido por LLORIA GARCÍA⁹⁶, en una “brevísima” Exposición de Motivos⁹⁷, el legislador español explicó que los cambios introducidos por la ley en materia civil y penal, obedecían a la necesidad de proporcionar una respuesta penal clara y distinta del delito de desobediencia genérico, única respuesta penal que podía ofrecer el Derecho Penal hasta antes de la reforma, frente a las graves conductas de incumplimiento en la restitución de menores cuando las facultades de custodia estaban atribuidas a otro progenitor⁹⁸. Para JIMÉNEZ FORTEA⁹⁹, habría incidido en la reforma la presión ejercida (en la clase política de la época), por parte de una asociación de padres constituida en 1997 y presidida por Adolfo Carvajal, cuyos miembros habrían sufrido la sustracción de algún hijo o se encontraban amenazados, para

⁹⁶ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 34-35.

⁹⁷La Ley Orgánica 9/2002, que introdujo en el Código penal el artículo 225 bis redactó la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

“La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.”

⁹⁸ CONDE-PUMPIDO, C. 2004. Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Editorial Bosch S.A. p. 687.

⁹⁹ JIMÉNEZ, F. 2008. Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 309.

que se introdujera un delito específico en el Código penal español, dada la supresión del mismo en 1995.

De esta manera, a raíz de la reforma en el derecho español, se mantuvo la regulación del artículo 165 para los casos en que la víctima de un secuestro o detención ilegal fuera menor de edad pero siempre que el sujeto activo no sea alguno de sus progenitores, caso en el que la conducta típica pasaría a ser sustracción y quedaría comprendida en la figura independiente introducida por el artículo 225 bis. Este último tipifica el delito de sustracción de menores en los siguientes términos:

“1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1. ° El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia;

2. ° La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

Dentro de los aspectos positivos que se han destacado acerca de la norma transcrita, además de la tipificación de la sustracción internacional de menores como delito, está el hecho de que esta no solo prevea sanciones en el

ámbito del Derecho penal, sino también en el ámbito del Derecho civil, al llevar aparejada la comisión del hecho delictivo, la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la estructura típica, es posible identificar elementos comunes y, a su vez, diferenciar una figura básica en el apartado 1 (“sin causa justificada para ello”), una interpretación auténtica del término “sustracción” en el apartado 2, sobre la cual se construye un subtipo agravado (apartado 3), una excusa absolutoria (apartado 4 primer párrafo) y un subtipo atenuado (apartado 4 segundo párrafo).

Sin embargo, si bien el artículo 225 bis responde al llamado a tipificar en el derecho interno español el delito de sustracción internacional de menores, esta regulación no ha estado exenta de críticas. Para LLORIA GARCÍA¹⁰⁰, si en algún ámbito debe hacerse patente el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal es en el incumplimiento de las relaciones familiares. En este entendimiento “la eficacia y legitimidad del Derecho penal quedaría gravemente entredicho si el instrumento punitivo se utilizara exclusivamente como medio de presión para conseguir el cumplimiento de lo pactado judicial o extrajudicialmente, en el

¹⁰⁰ LLORIA, P. 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 29.

ámbito privado”¹⁰¹, razón por la cual sólo cabría acudir a él frente a incumplimientos graves y reiterados, que efectivamente lesionen el bien jurídico protegido. Esta idea, asumo, habría sido plasmada correctamente por el legislador español al establecer en el apartado 4 una excusa absolutoria (comunicar dentro de 24 horas el lugar de estancia con compromiso de devolución inmediata, o restituir al menor dentro de las 24 horas) y un subtipo atenuado (restitución dentro de los 15 días siguientes a la sustracción). Ahora bien, sobre este punto, CONDE-PUMPIDO¹⁰², ha planteado que existiría un margen de interpretación para los supuestos en los que habiéndose comunicado su localización dentro de las 24 horas siguientes con compromiso de devolución, esta no se haya producido de una manera instantánea y, que, en el caso del subtipo atenuado, la forma en que está redactada la norma, llevaría a pensar que la restitución con comunicación dentro de los siguientes quince días sería una conducta atípica.

Finalmente, si bien es atendible la tipificación en el apartado 3 de la sustracción internacional de menores, ya que facilitaría la restitución del menor a su lugar habitual de residencia, se ha sostenido que no se encontraría una justificación similar para cuando el menor permanece en el país, lo que sumado a la posibilidad de incluir esta conducta en otros tipos previstos en el Código

¹⁰¹ LLORIA, P. 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 29.

¹⁰² CONDE-PUMPIDO, C. 2004. Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Editorial Bosch S.A. p. 688.

Penal español (por ejemplo en el delito de desobediencia del artículo 556 o en el de detención ilegal del artículo 163 y ss.), y de acudir a la vía civil para a resolución de conflictos, se estaría realizando un uso simbólico del Derecho penal.¹⁰³ En esta misma línea GUARDIOLA¹⁰⁴, para quien “ni siquiera la referencia a la diferencia de estas figuras con el delito de desobediencia genérico resulta de por sí base suficiente para excluir que estemos, cuando menos en algunas modalidades típicas, antes supuestos específicos de desobediencia, por más que se evidencia que se está buscando incriminar conductas que no necesariamente encajarían en el delito de desobediencia, o al menos darles una respuesta punitiva distinta”

1.4. Conclusiones preliminares

El delito de sustracción de menores encontraría su origen remoto en el robo de niños que se castigaba duramente, tanto en la antigüedad como en la edad media, dada la profusa ocurrencia de la conducta punible, que se veía favorecida por incentivos perversos otorgados por la propia institucionalidad (legalidad de la servidumbre, de la esclavitud, etc.). Su origen histórico en Chile,

¹⁰³ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial lustel. pp. 38.

¹⁰⁴ GUARDIOLA, J. 2008. Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial lustel. pp. 81.

por su parte, se encontraría en el artículo 408 del Código Penal español de 1848.

Desde su tipificación inicial hasta la actualidad, el artículo 142 del Código Penal chileno ha sufrido grandes cambios, que se vieron influenciados por la contingencia del momento, la opinión pública y la alteración del régimen institucional vivido en los últimos treinta años.

Ahora bien, los mayores cambios se realizaron respecto de la figura hiperagravada del delito, esto es, que a consecuencia de la conducta típica se cometiere además homicidio, violaciones o lesiones graves contempladas en los artículos 395, 396 y 397 N°1 y que hoy en día se encuentra regulada en el inciso final del artículo 142, por remisión al inciso final del artículo 141. A diferencia de lo que ocurrió con las figuras agravadas, conservó como sanción la pena de muerte desde su instauración en 1983 hasta su derogación definitiva en el año 2001.¹⁰⁵

Por otro lado, en cuanto a los abusos deshonestos, estos fueron introducidos como agravante en la ley 9.762 de 1950 por indicación de Grove, pese a las sugerencias del Instituto de Ciencias Penales de no incluirla por innecesaria, ya que solo se justificaría en caso de violación y, siendo ese el

¹⁰⁵ Posiblemente la figura agravada sea eliminada del tipo, en caso de que el Proyecto del Nuevo Código Penal chileno vea la luz (boletín 9.274-07), ya que no la contempla.

caso, habría concurso de delitos e igualmente se incrementaría la pena. Dicha agravante fue suprimida para el caso de los menores de 18 años pero mayores de 10 con la ley 18.222, pero mantenida para el caso de menores de 10 años. Finalmente, fue definitivamente suprimida en la ley 19.029 de 1991, aunque fue reflatada nuevamente en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de 1992, que pretendía incluirla junto con la figura hiperagravada en la ley 19.241, lo que fue rechazado.

Respecto de las agravantes simples que hoy se mantienen vigentes, es necesario distinguir. En cuanto a la finalidad de obtención de rescate, podemos decir que fue la que menos cambios sufrió a lo largo de las reformas. Desde su instauración por indicación de Marmaduke Grove y la posterior reformulación del Instituto de Ciencias Penales en 1944 para elevar su pena y considerarla agravante, se ha mantenido prácticamente igual.

Las agravantes simples de “imposición de exigencias” y “arrancar decisiones”, fueron introducidas por la ley 18.222 de 1983 y se mantienen vigentes en la actualidad.

En cuanto a “resultar grave daño para la persona del menor”, fue introducido como agravante por la ley 18.222 de 1983, pero solo para el caso de los mayores de 10 pero menores de 18 años, ya que no se contemplaba

para las víctimas menores de 10 años (que tenían la agravante de abusos deshonestos). Se mantuvo en los mismos términos con la ley 19.029 de 1991, salvo que se eliminó la pena de muerte de su escala de penalidad. Finalmente, a partir de la ley 19.241 la agravante rige para todos los caso en que las víctimas sean menores de 18 años, sin distinción.

Precisamente este fue otro de los cambios notorios sufridos por la norma: la diferenciación por edades de la víctima para establecer la mayor o menor punibilidad del delito y para la aplicación de algunas agravantes. La distinción fue introducida por la Comisión Redactora de 1872, a propósito del artículo que regulaba el delito de raptó. Posteriormente, la ley 9.762 no hizo cambios, la ley 18.222 mantuvo la diferencia de penas en la figura simple y en las agravantes, pero estableció la misma sanción para la figura hiperagravada sin distinción de edades “presidio mayor en su grado máximo a muerte”. La ley 19.029 solo mantuvo diferencia de penalidad en cuanto a la figura simple y, finalmente la ley 19.241 estableció la aplicación de la norma en general para menores de 18 años.

Por otro lado, la facultad de optar al beneficio de reducción de pena por la devolución libre de todo daño de la víctima también sufrió una serie de cambios. Se estableció con la ley 9.762 a indicación del Instituto de Ciencias Penales por aplicación análoga del principio contemplado en el artículo 456

como “prudente medida de política criminal” y se mantuvo igual hasta la ley 19.029. Los cambios introducidos por la ley consistieron en la eliminación de un requisito de orden temporal (“si antes de iniciarse el procedimiento judicial”), la sustitución de la frase “el raptor” por “los partícipes” y la incorporación de una condición para su aplicación, consistente en que no se haya pagado el rescate. Finalmente, la ley 19.241 trasladó la figura del artículo 142 y lo hizo aplicable al delito de secuestro incorporándolo en el nuevo artículo 142 bis. Eliminó la referencia a las personas a quienes se podía devolver la víctima y estableció una distinción en la reducción de penas: en dos grados si opera la devolución antes de cumplirse las condiciones exigidas y, en un grado después de cumplidas. Lo anterior con el objeto de resguardar la integridad de la víctima en todo momento.

CAPÍTULO II

BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 142

2.1. Nociones generales sobre el concepto de bien jurídico

Precisar lo que debe entenderse por bien jurídico ha sido quizás una de las tareas más difíciles en el ámbito de la ciencia penal¹⁰⁶, de hecho, bien podría decirse que en doctrina, hay tantas definiciones como autores han tratado el tema¹⁰⁷. Desde que se planteó la teoría de los bienes jurídicos, se ha presentado el problema de la determinación de su sustrato material –resolver qué es- y de la fijación de sus funciones en el sistema de derecho penal – establecer para qué sirve-. Esta labor, señala ABANTO¹⁰⁸, ha resultado

¹⁰⁶ Sobre el carácter controvertido del concepto de bien jurídico protegido: Cfr. FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 3: “*el debate jurídico-penal no solo reconoce implicancias teóricas, sino también disidencias procedentes de la política criminal y de la propia criminología. Se trata, en suma, de la discusión –nunca cerrada- en torno a la verdadera capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico para el derecho penal*”; GARRIDO MONTT. 2001. Derecho penal. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 64; ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal (18) 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [Consulta: 14.01.2015]. p. 4.

¹⁰⁷ Dentro de las cuales destacamos –por su influencia en la dogmática penal- la sostenida por ROXIN, que entiende por bien jurídico protegido “*todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad*”. Cfr. ROXIN, C. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [En línea]. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [Consulta: 14.01.2015]. p. 5.

¹⁰⁸ ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal (18) 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [Consulta: 14.01.2015]. p.4.

infructuosa en el sentido de pretender proporcionar una definición exacta del término. Así, sostiene que en la actualidad se han propuesto conceptos que se refieran a *algo* sobre lo cual sea posible generar consensos en toda sociedad libre y pluralista. Este algo vendría siendo definido de distintas maneras por la doctrina, ya sea como intereses¹⁰⁹, como valor de relación social¹¹⁰, etc. Eso sí, es posible señalar que existiría un consenso mínimo en doctrina¹¹¹, de ver al bien jurídico como el punto de encuentro entre injusto y política criminal¹¹², de tal manera que el Derecho penal solamente debiera tener por tarea proteger

¹⁰⁹ Cfr. ETCHEBERRY, A. 1999. Derecho Penal Parte General. Reimpresión 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 29. *“El bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan”*; POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 67. Para quienes se entendería por bienes jurídicos aquellos intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social.

¹¹⁰FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 291-292., quien extrapola al campo de los bienes jurídicos la tradicional distinción entre idea y materia del derecho, estando la idea conformada por un valor de relación social al servicio de la autorrealización del hombre y, simultáneamente, condición indispensable del desarrollo social y, la materia o contenido de ese valor social, conformada por los derechos humanos, cuyo respecto resulta condición básica para la autorrealización del sujeto y para el desarrollo de la sociedad. El autor sostiene: *“Entendemos pues, que únicamente aquellos valores sociales de relación de carácter iushumanista, merecen ser reconvertidos en bienes jurídico-penales. Ello supone comprender el bien jurídico como un valor, insertar el bien jurídico en el marco de la relación social y centrar su contenido en los derechos humanos”*.

¹¹¹En contra JAKOBS, quien sostiene que el Derecho penal no tiene por función la protección de bienes jurídicos, sino garantizar la vigencia de la norma, de tal manera que, partiendo de la base de que las normas son la estructura de la sociedad, para que la sociedad no solo exista de modo imaginario sino realmente, sus normas han de tener vigencia. Así *“el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”*. Cfr. JAKOBS, G. 2003. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En: MONTEALEGRE, E. (Coord.) El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia, Universidad Externado de Colombia. pp. 39-56.

¹¹² Cfr. HORMAZABAL, H. 1992. Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. 2ªed. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 169. Para quien *“la política penal fundada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los derechos sociales”*; FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 304.

bienes jurídicos y los tipos penales solamente debieran ser interpretados en este sentido¹¹³.

Ahora bien y siguiendo en esta parte a FERNANDEZ, son dos las funciones que la doctrina mayoritaria le ha atribuido a la teoría del bien jurídico. La función crítica o de garantía y la función sistemática o clasificadora. Dentro de la función crítica podemos encontrar, a su vez, la función político-criminal del bien jurídico y la función dogmática o teleológica. La primera -y más polémica- está dirigida a determinar -en el momento legislativo- si detrás de una nueva incriminación proyectada, existe realmente un objeto jurídico relevante y efectivamente merecedor de protección penal¹¹⁴. Dicho entendimiento importaría además, como dirección de política criminal, impugnar toda pretensión del legislador de limitar mediante sus incriminaciones la libertad individual, cuando no se trate de afirmar la enérgica tutela de un bien jurídico¹¹⁵. Por su parte, la función dogmática o teleológica, estaría dirigida a servir -en el momento judicial- como criterio de interpretación de la ley penal aplicable en

¹¹³ Cfr. POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 67. Los autores sostienen: “*una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a este otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos*”. ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal (18) 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [Consulta: 14.01.2015]. p. 4.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 293.

¹¹⁵ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 68.

relación con el tipo, el injusto y la culpabilidad¹¹⁶. Finalmente, la función sistemática o clasificadora, que informa la arquitectura de la Parte Especial de los códigos penales, estaría dirigida a la coherencia de los tipos legales con los bienes jurídicos, esto es, ordenar y agrupar elencos de figuras delictivas en razón de la homogeneidad del bien tutelado¹¹⁷, pero sin entrar a valorar la necesidad de tal protección penal.¹¹⁸

De esta manera, para efectos de nuestro análisis en la presente obra, en cuanto al sustrato material de la teoría de los bienes jurídicos, entenderemos por tales, aquellos intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social¹¹⁹ y, al referirnos al bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, lo haremos en un sentido sistemático, siguiendo a POLITOFF, MATUS y RAMIREZ¹²⁰, como el *objeto de protección jurídica* que ha de suponerse en una legislación racional y que, por lo mismo,

¹¹⁶ HORMAZABAL, H. 1992. Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. 2ªed. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 170. “*El bien jurídico deberá constituirse en reemplazo de la acción en la piedra angular de la teoría del delito. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico*”. FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 294. “*(...) a nuestro entender, la función dogmática del bien jurídico se realiza no sólo en coordinación con el tipo –como ha sido el criterio doctrinario tradicional-, sino que abarca todas las categorías estratificadas del sistema del delito y, por ende, incide también en el plano del injusto y de la reprochabilidad*”

¹¹⁷ FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda. p. 294.

¹¹⁸ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 69.

¹¹⁹ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 67.

¹²⁰ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 70

“constituye el punto de partida y la primera pregunta en la indagación acerca del ámbito de aplicación de una determinada figura delictiva”.

2.2. Alternativas dogmáticas sobre el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores

Según señala COBO¹²¹, conocido el bien jurídico protegido de un delito, o al menos, concretado como hipótesis de trabajo, es posible que se puedan definir quiénes son sus titulares y quienes pueden lesionarlo o ponerlo en peligro.

En este orden de ideas, desentrañar cuál es el bien jurídico que el legislador ha tenido en miras a los fines de su protección mediante la incriminación de la conducta consagrada en el artículo 142 del Código Penal, permitirá establecer cuál es el criterio a seguirse a la hora de determinar la tipicidad o atipicidad de ciertas acciones que presentan una marcada problemática de subsunción en la norma indicada. Determinar el bien jurídico protegido por la incriminación del delito en estudio, no es caer en discusiones superadas ni mucho menos meramente teóricas, sino que trae aparejadas una

¹²¹ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en:http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf[Consulta: 12.12.2014]. p. 211.

serie de consecuencias prácticas plenamente vigentes, particularmente en lo referido a los sujetos del delito.

Así, en el presente apartado, pretendemos plantear las principales posturas que se han sostenido en la doctrina nacional y –de manera breve- en la extranjera¹²² acerca del bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores y cómo dichos planteamientos dialogan con la posibilidad de considerar o no a los padres y guardadores del menor, como eventuales sujetos activos del tipo. Posteriormente, analizaremos las posturas que han tenido los tribunales superiores de justicia chilena, tanto en casos que involucran a los padres del menor como aquellos en que los imputados son terceros, para terminar, finalmente, con las observaciones y conclusiones preliminares.

Para efectos de nuestro análisis, hemos clasificado las diversas posturas doctrinales sobre la materia de la siguiente manera:

(1). Tesis de la libertad personal:

(1.1) Como libertad de movimiento limitada del menor o libertad de padres y guardadores del menor ejercida en su nombre y por delegación de su libertad de movimiento.

¹²² Particularmente la doctrina española, dados los antecedentes históricos de la norma.

(1.2) Como formación de la libertad del menor o voluntad en potencia.

(2). Tesis de la seguridad individual del menor:

(2.1) Como exención de riesgos o daños relacionada al efectivo ejercicio de los derechos de patria potestad o guarda.

(2.1) Como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor.

(3). Tesis de los intereses familiares:

(3.1) Como derechos y deberes de familia inherentes a los padres y guardadores del menor.

(3.2.) Como derechos y deberes de familia de los padres y guardadores y, además del menor, en concordancia con el derecho internacional en materia de los derechos del niño.

(4). Tesis de la pluriofensividad

2.2.1. Tesis de la libertad personal como bien jurídico protegido

Si bien el término “libertad” ha sido ampliamente desarrollado tanto en el plano filosófico como metafísico, nos interesa para nuestro estudio determinar su significado y alcance en el plano normativo, como bien jurídico protegido.

A nivel nacional existe un amplio sector de la doctrina del siglo XX que sostiene que el bien jurídico protegido por la sustracción de menores es la libertad y, para efectos meramente esquemáticos, podemos decir que las teorías planteadas al respecto pueden agruparse en dos. Por un lado quienes sostienen que se trata de un delito contra la libertad de movimiento del menor, aunque esta se encuentre limitada en algunos casos, o bien la libertad de padres y guardadores de decidir de manera temporal los destinos del menor, y que se entiende como ejercicio en nombre y por delegación de su libertad de movimiento. Por otro, que se trata de una libertad en un sentido más amplio, como formación de la voluntad del menor, o voluntad en potencia. En la doctrina nacional, podemos mencionar como partidarios de la primera hipótesis, entre otros, a ETCHEBERRY¹²³, LABATUT¹²⁴ y BULLEMORE¹²⁵, mientras que en el derecho comparado se encuentran, entre otros, GROIZARD¹²⁶, QUINTANO¹²⁷ y DIEZ RIPOLLLES¹²⁸, este último eso sí, a propósito de la tipificación del delito vigente en su momento, posteriormente modificada en su contenido y

¹²³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

¹²⁴ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 32-34.

¹²⁵ BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, Legalpublishing Chile. p.107 y 111.

¹²⁶ GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V. p. 566-567.

¹²⁷ QUINTANO, R. 1961. La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 5-18. p. 6.

¹²⁸ DIEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 370.

sistematicidad, al igual que la postura originaria del autor. Por su parte, dentro de la segunda hipótesis nos remitiremos a GARRIDO MONTT¹²⁹.

Según LABATUT¹³⁰, al igual que el secuestro de personas, el delito de sustracción de menores comprende toda privación de la libertad personal, en su sentido restrictivo de libertad física o libertad ambulatoria, esto quiere decir, “del derecho que tienen los individuos de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en uno determinado”. Lo anterior, asumo, a partir de la ubicación sistemática del tipo dentro del párrafo referido a los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares, pues no desarrolla mayormente sus planteamientos.

En el mismo sentido esbozado por LABATUT¹³¹, pero profundizando en la noción restrictiva del concepto de libertad, el profesor ETCHEBERRY¹³² planteaba una diferenciación entre esta y la libertad en sentido amplio, referida a la facultad del hombre para desenvolver su personalidad y determinar su conducta conforme a su voluntad. Dentro de un sistema normativo, sostiene, la libertad adquiere significación en dos sentidos, distinguiendo entre los actos

¹²⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 396.

¹³⁰ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

¹³¹ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

¹³² ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 195.

obligatorios o prohibidos y los actos indiferentes. Tratándose de los primeros, el orden público tendría un interés en que los ciudadanos puedan realizarlos o abstenerse de ellos, por lo que dicho interés estaría lesionado cuando se impidiera a aquellos cumplir con su deber. En cuanto a los actos indiferentes, esto es, no obligatorios ni prohibidos, el bien jurídico protegido sería el derecho de los ciudadanos para autodeterminarse, por lo que se tutelaría el interés de estos en conducirse de conformidad con sus deseos y preferencias. A esto se sumaría un interés pasivo de los ciudadanos, que recae en la creación y mantenimiento de determinadas condiciones materiales y espirituales que forman el ambiente indispensable para que puedan desarrollar sin intromisiones esa libertad.

Así, la protección de la libertad como bien jurídico se desenvolvería en tres planos¹³³: por un lado, se sanciona a quien impide a una persona el cumplimiento de sus deberes; por otro lado, se sanciona a quien interfiere en el derecho de la persona a determinar su conducta dentro del terreno de los actos no obligatorios ni prohibidos; y, finalmente, se sanciona a quien interfiere en la intimidad de la persona, condición indispensable para el desarrollo verdaderamente libre de su personalidad.

¹³³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 195-196.

Pese a que ETCHEBERRY identifica la libertad de movimiento como bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, reconoce que tratándose de un menor el concepto de libertad no es el mismo que en un adulto. De esta manera, en el caso de este delito, la protección a la libertad aparecería mezclada con la tutela de la seguridad del menor y la lesión se produciría a veces a través de la particular forma que asume la libertad en estos casos, que es ejercida en lugar y a nombre del menor por aquellos a quienes el orden jurídico encomienda su cuidado y protección¹³⁴. De esta manera, la sustracción no significaría necesariamente un desplazamiento o transporte del menor, sino el impedir que sus padres o guardadores puedan ejercer a su respecto las facultades que le son propias, lo que puede lograrse, escondiendo al menor, aunque no se le ate, ni amenace, siempre que este, por su corta edad u otras circunstancias, no pueda escapar sin grave riesgo¹³⁵.

Finalmente, BULLEMORE¹³⁶ ha sostenido también que el objeto jurídico protegido sería la libertad ambulatoria, entendiendo por tal, el derecho de toda persona para permanecer en cualquier punto del territorio de la República, de trasladarse de uno a otro y de salir o entrar libremente al mismo y que su

¹³⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ºed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

¹³⁵ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ºed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p 211.

¹³⁶ BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 107 y 111.

conculcación “supone la supresión física, material, fácilmente observable, de la facultad de autodeterminación en torno a la propia libertad ambulatoria”.

Ahora bien, en el derecho español y mientras se encontraba vigente el Código Penal Español de 1944 (que recogía -en su artículo 484- la sustracción de menores entre los delitos contra la libertad y la seguridad), QUINTANO sostuvo que era la libertad el bien jurídico protegido por el tipo¹³⁷, señalando que, si bien los menores son personas con una esfera de libertad limitada, ésta libertad es en definitiva real y que, cuando no es así, las personas encargadas de su cuidado –padres y guardadores- la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente los destinos del menor.

Por su parte, previo a la promulgación del Código Penal español de 1995 y su posterior modificación en el año 2002, el profesor DÍEZ RIPOLLES¹³⁸, en una línea argumentativa similar a la de ETCHEBERRY, consideró que tanto

¹³⁷ QUINTANO, R. 1961. La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 5-18. p. 6.

¹³⁸ DIEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 370. A partir de la nueva configuración y ubicación del delito en el Código Penal español y su posterior modificación del año 2002, el autor abandonó la posición que había sostenido con anterioridad en la referida cita, que atendía de forma matizada a la tutela de la libertad sobre la base de la libertad de abandono. Se realiza la referencia en el presente apartado para efectos de entender los planteamientos en la doctrina española a la antigua regulación del delito de sustracción de menores en dicho país, que, dicho sea de paso es era muy similar, sino igual, a la actual regulación en Chile por el artículo 142 del Código Penal, según se explicó en el Capítulo I de esta obra.

para el delito de sustracción de menores como para el de inducción al abandono del hogar, el bien jurídico protegido era la libertad de movimiento del menor. Según el autor, lo que se buscaría garantizar ya no sería la libertad de una persona de abandonar el lugar de donde se encuentra, sino impedir que se produzcan tales abandonos, estando el menor, carente de capacidad para decidir al respecto o teniéndola muy disminuida. Así, “lo que se buscaría asegurar no es el efectivo ejercicio de la libertad de abandono, sino su presupuesto lógico: que tal abandono se produzca en condiciones libres”. Para DÍEZ RIPOLLES en definitiva, esta tesis partiría de una noción amplia de libertad de abandono, pero que se entendería dentro del concepto –restrictivo- de libertad, referido a la libertad de movimiento.

Para GARRIDO MONTT, por otro lado, el interés jurídico relevante en este delito sería la libertad del menor en su aspecto potencial, pues si bien es dudoso hablar de libertad material de un ser recién nacido o de muy corta edad, potencialmente como persona tiene la facultad de desplazarse¹³⁹. Señala que el legislador consideró como bien jurídico protegido el ámbito de protección del menor, porque la situación normal y en que mayoritariamente se encontrarían los menores es la de estar bajo cuidado de otra persona, sean sus padres o guardadores. Esta circunstancia, señala, es la que habría inclinado al legislador a sustituir los términos detener o encerrar empleados en el artículo 141, por el

¹³⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile p. 396.

de sustraer, que importa arrebatarse o sacar a un niño de la esfera de custodia en la que se encuentra.

Ahora bien, dentro del derecho español se han sucedido una serie de críticas a la noción de libertad como bien jurídico protegido por el delito en estudio. Ya en la segunda mitad del siglo XX y haciendo eco de las corrientes más modernas del derecho italiano¹⁴⁰ y alemán, COBO¹⁴¹ planteó que ninguna de las dos posibles acepciones de la libertad como bien jurídico –y que acabamos de sintetizar– se aplicaría al tipo. Funda su afirmación en que el menor, en sentido genérico, carecería de ambas formas de libertad, con la autonomía exigida para que tengan rango de bien jurídico. Así, tratándose de un menor de siete años, difícilmente puede pensarse en el supuesto de libertad como libertad de movimiento, ya que este se encontraría sometido a la vigilancia de otra persona, siendo precisamente lo contrario lo que protege. Según sostiene COBO¹⁴², prueba de ello sería el hecho de que se castigue el abandono y, en consecuencia, la concesión de la referida libertad de movimiento al menor. En cuanto a la segunda acepción de la libertad, según los

¹⁴⁰ Cfr. CARRARA, F. 1964. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda. Vol. III. p. 447 y ss.

¹⁴¹ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf[Consulta: 12.12.2014]. p. 215.

¹⁴² COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf[Consulta: 12.12.2014]. p. 216.

términos planteados, referidos a la formación de voluntad, tampoco podría ser aplicable al menor de siete años ya que dicha voluntad sería inoperante. Esto se vería reflejado en la irrelevancia que tiene para el legislador el consentimiento del menor como posible justificación de la acción de sustraer.

2.2.2. Tesis de la seguridad individual del menor como bien jurídico

Ahora bien, en cuanto a la tesis de la seguridad individual y siguiendo en parte el orden sostenido en su momento por DÍEZ RIPOLLÉS¹⁴³, los planteamientos sobre el bien jurídico protegido pueden agruparse en los siguientes términos. Por un lado, quienes la entienden como exención de riesgos ligados al efectivo ejercicio de los derechos de patria potestad o de cuidado personal y, por otro lado, quienes la entienden como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor. En cuanto a la primera hipótesis, nos referiremos a HERMOSILLA¹⁴⁴ y en doctrina comparada a CUELLO CALÓN¹⁴⁵, GONZALEZ RUS¹⁴⁶ y DÍEZ RIPOLLÉS¹⁴⁷ (con la salvedad de dejar en claro

¹⁴³ DIEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 368.

¹⁴⁴ HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 12.

¹⁴⁵ CUELLO, E. 1955. Derecho Penal: conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944". Barcelona Parte Especial. 9 ed. Editorial Bosch S.A. Vol. II. p. 698-713.

¹⁴⁶ GONZÁLEZ, J. 2005. Delitos contra las relaciones familiares (II). En: COBO, M. (Coord.). Derecho Penal español: parte especial. 2 ed. Madrid, Dykinson. pp. 427-446.

¹⁴⁷ DÍEZ, J. 2004. EL nuevo delito de sustracción parental de menores. En: OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL, M., y CORTÉS, E. (Coords.) Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp. 289-319.

que la referencia a los planteamientos de este último, se realizan teniendo en cuenta que el autor se dirige al actual artículo 225 bis del Código Penal español¹⁴⁸ que regula específicamente la sustracción de menores cometida por sus progenitores y que, por la pertinencia con la presente obra, citamos, pese a que entendemos que no se trata de una norma establecida en términos iguales, siquiera parecidos, a los de nuestro ordenamiento jurídico nacional en la actualidad). Por su parte, en cuanto a la segunda hipótesis, destaca en doctrina nacional la línea seguida por MATUS y RAMIREZ¹⁴⁹ y, en el derecho comparado por BUSTOS RAMÍREZ¹⁵⁰.

Para HERMOSILLA¹⁵¹, tratándose de menores de edad, la libertad debe entenderse como la seguridad del mismo, esto es, como el respeto de los derechos de padres y guardadores sobre la persona del menor. Lo anterior, dada la incapacidad del menor, que no estaría en situación de decidir por sí mismo lo conveniente para sí, razón por la cual habría coincidencia, sostiene, con la defensa de determinados derechos de familia, derechos tutelares o facultades que se tienen por los padres o guardadores sobre la persona y destino del menor.

¹⁴⁸ Al que ya nos hemos referido en el primer capítulo de esta obra.

¹⁴⁹ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 251.

¹⁵⁰ BUSTOS, J. 1991. Manual de derecho penal: parte especial. 2 ed. Aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, Ariel. p. 108-109.

¹⁵¹ HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 12.

Por otro lado se ha sostenido¹⁵² que se debe hacer una diferenciación entre menores de diez años y los mayores a esa edad, ya que si bien en el caso de los mayores de diez años se afectaría la libertad (entendida según esta postura, como la facultad de autodeterminarse o de tener conciencia de la misma), tratándose de los menores de diez años el bien jurídico afectado sería la seguridad del menor. Lo anterior, afirma, se vería corroborado, por el hecho de que las circunstancias que agravan este delito serían casi siempre, aquellas que afectan la integridad física del menor. Ahora bien, tratándose de mayores de diez años pero menores de dieciocho, el bien jurídico protegido sería la libertad individual o personal del menor.

En el derecho español, y mientras se encontraba vigente el Código Penal Español de 1944 (que recogía sustracción de menores en su artículo 484 entre los delitos contra la libertad y la seguridad), CUELLO CALON¹⁵³ sostuvo que al igual que el abandono de niños y la violación de morada, el bien jurídico protegido por el tipo era la seguridad individual. Eso sí, la expresión *seguridad* estaría tomada por el autor en su sentido natural o corriente, como exención de daños y riesgos, y sería individual, ya que los cometidos contra la seguridad colectiva, es decir, contra la seguridad general y no contra la de ciertas

¹⁵² COLLADO, M. 1987. El delito de sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 23-24.

¹⁵³ CUELLO, E. 1955. Derecho Penal: conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944". Barcelona Parte Especial. 9 ed. Editorial Bosch S.A. Vol. II. p. 698.

personas, se encontrarían diseminados en otros lugares del código, como los delitos contra la salud pública y los de incendio y otros estragos.

GONZALEZ RUS¹⁵⁴, por su parte, sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor que se ve lesionada por el hecho de ser extraído del lugar en que se encuentra, bajo la guarda y custodia de las personas o instituciones con las que se convive habitualmente. Lo notable de esta postura es que, pese a que está referida a la actual tipificación en el derecho español del delito de sustracción de menores por sus propios progenitores, del artículo 225 bis, es perfectamente aplicable a nuestra legislación y no impide que bajo esta hipótesis pueda aplicarse el tipo penal para casos en que el sujeto activo sea uno de los progenitores. Ahora bien, sobre las apreciaciones personales acerca de la conveniencia de hacerlo o no, nos referiremos en el capítulo cuatro de esta obra.

DIEZ RIPOLLES¹⁵⁵, siguiendo la misma línea antes expuesta por GONZALEZ RUS, considera que el bien jurídico afectado es la seguridad personal del menor, “que se ve afectada en la medida en que determinados parientes asignan al menor un lugar de residencia que contradice el establecido

¹⁵⁴ GONZÁLEZ, J. 2005. Delitos contra las relaciones familiares (II). En: COBO, M. (Coord.). Derecho Penal español: parte especial. 2 ed. Madrid, Dykinson. p. 432.

¹⁵⁵ DÍEZ, J. 2004. EL nuevo delito de sustracción parental de menores. En: OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL, M., y CORTÉS, E. (Coords.) Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp. 290-291.

por los titulares de su guarda material o custodia”. Se ha sostenido¹⁵⁶ que con esta hipótesis se propondría una formalización del bien jurídico protegido, debido a que el autor ha planteado que la seguridad personal del menor -objeto de tutela- es “la que está vinculada a la presencia de éste dentro de un determinado parámetro espacial, en concreto *área de convivencia*, y al normal ejercicio en ella del deber de convivencia por los titulares de su guarda material o custodia”¹⁵⁷. Dicha área de convivencia legalmente determinada, actuaría entonces como una garantía de estabilidad y su alteración constituiría –salvo causa justificada- detrimento de la seguridad del menor.

Por último, en el derecho español, no faltan quienes han sostenido¹⁵⁸, que de no ser por el cambio de ubicación sistemática del delito al libro referido a los delitos contra las relaciones familiares, el objeto de tutela sería la seguridad -en su primera hipótesis- en virtud de los antecedentes históricos de la figura.

¹⁵⁶ GUARDIOLA, J. 2008. Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 83.

¹⁵⁷ DÍEZ, J. 2004. EL nuevo delito de sustracción parental de menores. En: OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL, M., y CORTÉS, E. (Coords.) Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia, Tirant Lo Blanch. p. 291. Énfasis añadido por el autor.

¹⁵⁸ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 40.

Por otro lado, en la doctrina nacional, MATUS y RAMIREZ¹⁵⁹, son partidarios de la segunda hipótesis, sosteniendo que se afecta en forma directa la seguridad como presupuesto de la libertad en general, y en forma especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor.

En una línea similar a la expuesta, hay quienes han señalado, específicamente a partir de la constitución de 1980, que el bien jurídico protegido por el artículo 142 , estaría constituido por el derecho que toda persona tiene a su libertad de movimiento o seguridad individual, esta última entendida¹⁶⁰ como aquella garantía de todo individuo de no ser intempestivamente impedido en el ejercicio de su libertad individual mediante una detención que lo imposibilita para actuar en todos los ámbitos en que desee desarrollar su actividad.

En el derecho español, destaca BUSTOS RAMIREZ¹⁶¹, para quien nos encontraríamos ante un delito contra la seguridad del menor, entendida como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor si no concurre su anuencia, o de su libertad en general ligada a los derechos de patria potestad o custodia de los encargados de su guarda en los restantes casos.

¹⁵⁹ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 251.

¹⁶⁰ RIVADENEIRA, memoria, el delito de secuestro y sustracción de menores, pp. 23-24.

¹⁶¹ BUSTOS, J. 1991. Manual de derecho penal: parte especial. 2 ed. Aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, Ariel. p. 108-109.

Dentro de quienes han criticado la tesis de la seguridad como bien jurídico se encuentra nuevamente COBO¹⁶², para quien el hecho de que la denominación legal haga referencia a la seguridad (“delitos contra la libertad y seguridad”), no implica necesariamente que ese sea el bien jurídico que se protege. Sí constituiría un indicio, un punto de referencia en la investigación, pero que no vincula de modo alguno. Así también lo ha señalado DÍAZ-SANTOS, a propósito de la tesis de los intereses familiares como bien jurídico protegido y que se analizará en el apartado posterior.

Para COBO¹⁶³, la seguridad o seguridad individual carecería de la suficiente autonomía para ser considerada como bien jurídicamente protegido por el delito de sustracción de menores, ya que en definitiva, la seguridad individual se lesiona o se pone en peligro en infinidad de situaciones, sin que se hable de que específicamente se la proteja.

En ese sentido, GARCÍA PÉREZ¹⁶⁴, ha sostenido estar en contra de quienes defienden la consideración de la seguridad como bien jurídico protegido

¹⁶² COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014]. p. 220.

¹⁶³ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014]. p. 222.

¹⁶⁴ GARCÍA, O. 2010. El delito de sustracción de menores y su configuración. [En línea]. In Dret. Núm. 2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf> [Consulta: 01.12.2014]. p. 7-8.

por el tipo, toda vez que con la referencia a la seguridad se estaría en terreno de la parte general al aludirse a la función del Derecho Penal. La seguridad estaría en juego cada vez que la legislación penal conmina con una pena la realización de un comportamiento, ya que, en virtud del principio de lesividad, el Derecho penal solo puede castigar conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. De esta manera, la utilización de la seguridad como bien jurídico no permitiría identificar aquello que de específico existe detrás de la amenaza de pena para aquel que realice el comportamiento punido y, “esta sería la razón, por la que siempre el término aparezca con algún adjetivo u otra referencia que le dé especificidad, ya que siempre puede hablarse de seguridad de la vida, de la salud, etc.”

Finalmente, DÍEZ RIPOLLES¹⁶⁵ planteó en su momento que la referencia a la seguridad como bien jurídico protegido por el tipo resulta innecesariamente forzada, dada la posibilidad de mantenernos en el ámbito de la libertad. Postura modificada posteriormente, a la luz de las modificaciones legales del Código Penal español, según ya se ha señalado.

2.2.3. Tesis de los intereses familiares y del ámbito de protección del menor

¹⁶⁵ DIEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 371.

En la doctrina nacional no ha sido posible encontrar partidarios de esta teoría, sin embargo, en el derecho comparado podemos distinguir dos tendencias en este sentido. Aquellos que ponen el foco de atención en los derechos y deberes de familia inherentes a los padres y guardadores del menor y, aquellos que además dan relevancia a los derechos del menor, en concordancia con el derecho internacional en materia de los derechos del niño. Dentro de los primeros podemos señalar a COBO¹⁶⁶, DÍAZ-SANTOS¹⁶⁷ y CARRARA¹⁶⁸, mientras que en cuanto a la segunda hipótesis, nos referiremos a LLORIA GARCIA¹⁶⁹.

Para COBO, el delito de sustracción de menores tendría como bien jurídico protegido a la familia¹⁷⁰, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda. La conducta descrita por el tipo penal, haría imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas a las que legalmente se les atribuye. De esta manera, los supuestos de la conducta típica implicarían la

¹⁶⁶ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en:http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf[Consulta: 12.12.2014]. p. 222.

¹⁶⁷ DÍAZ-SANTOS, D. 1973. Los delitos contra la familia. Madrid, Editorial Montecorvo.

¹⁶⁸ CARRARA, F. 1964. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda. Vol. II y III.

¹⁶⁹ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Lustel. pp. 33-76.

¹⁷⁰ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en:http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf[Consulta: 12.12.2014]. p. 229.

ruptura de las relaciones del menor, en toda su dimensión, con las personas encargadas de su cuidado y tutela. Según esta postura, sería precisamente dicha ruptura, la que daría indicios del bien jurídico protegido.

Así, para el autor referido, si bien podría argumentarse que la alteración de dicha relación implicaría además que la seguridad deparada del menor por la vida familiar (seguridad de la vida familiar) se vea alterada con la realización de la conducta típica, dicha lesión quedaría consumida en la propia lesión a la familia¹⁷¹, sin que tenga la autonomía suficiente para configurar el bien jurídico.

Sobre este punto, sostiene DÍEZ RIPOLLÉS¹⁷², que tanto para COBO como para DÍAZ-SANTOS¹⁷³ no constituiría un obstáculo a la tesis defendida el hecho de que el delito de sustracción de menores se encuentre dentro del título de los delitos contra la libertad y la seguridad, ya que dicha localización sería fruto de una época superada, en que no se habría desarrollado el concepto de Estado social ni de protección de derechos sociales, situación que debiera superarse de *lege lata*, sin perjuicio que de *lege ferenda* se cree un epígrafe específico de delitos contra la familia.

¹⁷¹ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la “sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014]. p. 227.

¹⁷² DÍEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 369, supra nota 11.

¹⁷³ DÍAZ-SANTOS, D. 1973. Los delitos contra la familia. Madrid, Editorial Montecorvo. pp. 278-297.

Por su parte, ya en Italia a mediados del siglo XIX, CARRARA¹⁷⁴ desarrolló el delito de sustracción de menores a propósito de los delitos contra la familia y sostuvo que, a diferencia del plagio en su configuración propia¹⁷⁵, es otro el objeto jurídico que resulta afectado por el hecho punible. Serían otros los criterios que intervienen y que imponen que se regule dentro de un título especial para la violación que se ha verificado, esto es, no por violación de derechos inherentes a la persona sustraída (al menor), sino a otras personas relacionadas con aquella, y que no podrían radicarse sino en las relaciones de familia, tutelando, en definitiva, el status familiar. Así, para el autor, “violarían el derecho de patria potestad quienes sustraen a los hijos de la vigilancia paterna y se van del lado de sus padres antes de ese período de vida en que, por su madurez, deja de existir la necesidad constitutiva de vínculo jurídico y no quedan sino vínculos morales”

¹⁷⁴ CARRARA, F. 1964. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda. Vol. III. p. 448.

¹⁷⁵ Para CARRARA, el plagio (civil) sufrió una serie de transformaciones tanto en orden a sus elementos como en orden a su clase. A diferencia de lo que ocurría en la antigüedad, no se exige en el plagio como condición indispensable el ánimo de lucro, sino que además podría configurarse existiendo un ánimo de venganza y, por otro lado, ya no sería un delito contra la propiedad. Así, como consecuencia de la evolución histórica podía entenderse el delito de plagio como: “*la sustracción de una persona con fines de lucro o venganza, hecha por medio de violencia o fraude*”, comprendiendo tanto los casos de privación total y absoluta de libertad –esclavitud o servidumbre- como los casos de privación más restringida –encierro-, teniendo como elemento esencial la circunstancia de que la sustracción se consumaba contra la voluntad de la persona, y es precisamente esta prominente objetividad del derecho a la libertad violado con el delito, que a diferencia de lo que ocurre con la sustracción de menores, lleva al autor a situar al plagio en la clase de delitos contra la libertad personal. Cfr. CARRARA, F. 1945. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción dirigida por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto Gavier y Ricardo Nuñez. Buenos Aires, Editorial Depalma. Vol. II. p. 463-472.

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que sostiene que el bien jurídico se centraría directamente en el ámbito de convivencia, no en cuanto garantía de seguridad del menor (como ha sido planteado entre nosotros por GARRIDO MONTT¹⁷⁶), sino por su función en el concreto desarrollo personal de este. Así, para LLORIA GARCÍA¹⁷⁷, el bien jurídico quedaría cifrado en la pertenencia del menor a determinado ámbito familiar, lo que se plasmaría en el interés del menor en su correcto desarrollo y evolución, así como el derecho de los padres a tenerlo en su compañía. Eso sí, LLORIA GARCÍA reconoce que llega a tal conclusión producto de la ubicación sistemática del delito en el actual Código Penal español (que lo sitúa dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares), en relación con el apartado 8.13 de la Carta Europea de los Derechos del niño, en el que se establece el derecho del niño a mantener contacto directo y permanente con ambos padres en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio.

En la misma línea seguida por LLORIA GARCÍA pero difiriendo en cuando al carácter familiar, se encuentra GUARDIOLA¹⁷⁸, para quien el bien jurídico protegido consistiría en el ámbito legalmente establecido para su custodia, ámbito que determina el área de convivencia en la que deberá

¹⁷⁶ Cfr. Supra nota 139.

¹⁷⁷ LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 42

¹⁷⁸ GUARDIOLA, J. 2008. Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 86.

desarrollarse como persona. Así “el establecimiento de ese ámbito respondería a la garantía de condiciones de seguridad (del menor) enmarcándolo hasta que su libertad ambulatoria alcance autonomía, y es -a la vez- presupuesto de su relación familiar en los términos que se han establecido, en beneficio del menor y respetando los derechos de sus parientes más cercanos”. Todo este complejo de factores sería lo que en suma, se protegería para este autor, a través de la tutela del ámbito legalmente establecido para la custodia del menor.

Ahora bien, dentro de quienes rechazan la idea de bien jurídico ligado a los derechos familiares podemos destacar a QUINTANO¹⁷⁹, quien sostuvo la conveniencia de mantener la figura dentro de los delitos contra la libertad, ya que de no ser así, habría que prescindir igualmente de la calificación de detención ilegal o secuestro sobre mayores incapaces y considerar que el objeto del delito no es su libertad sino la autoridad del familiar o del establecimiento en que estuvieren. Plantea, por otro lado, que desvincular el delito de sustracción de menores de la categoría de delitos contra la libertad supondría un retorno a las concepciones romanas de la patria potestad, cosificadoras del menor.

¹⁷⁹ QUINTANO, R. 1961. La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 5-18. p. 6.

DIEZ RIPOLLÉS¹⁸⁰, por su parte, señaló que la referencia a los derechos y deberes familiares, además de pasar por alto que el menor posee en la mayor parte de las hipótesis libertad ambulatoria, conduce, en contra de la inequívoca sistemática vigente, a una progresiva autonomización de bienes jurídicos sedicentemente familiares, produciendo consecuencias valorativas indeseables y que no vendría exigido, sino más bien al contrario, por los preceptos constitucionales.

2.2.4. Tesis de la pluriofensividad

Sobre esta tesis, hemos podido identificar dos tendencias en el derecho comparado. Por un lado, en el derecho argentino, se encuentran quienes parten de la base de que con la comisión del delito de sustracción de menores se atentaría contra la libertad del menor, con la agravante de que, tratándose de una persona que aún no ha cumplido los diez años de edad, se lo extrae de su núcleo familiar, provocando así un perjuicio a su identidad. Por otro lado, en el derecho español, quienes han planteado que la pluriofensividad se daría por la afectación del bienestar del menor y, además, por la afectación al funcionamiento de los poderes públicos, por la vinculación del tipo con el delito de desacato.

¹⁸⁰ DIEZ, J. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 370-371.

Dentro de los partidarios de la primera hipótesis, encontramos a DONNA¹⁸¹ en la doctrina argentina, quien sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo es el derecho básico del menor a “tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y estar junto a ellos”.

Finalmente, en la segunda hipótesis, GARCIA PEREZ¹⁸², ha sostenido que estamos en presencia de un delito pluriofensivo, debido a que se afectaría por un lado el bienestar del menor, y por otro lado, se afectaría el buen funcionamiento de los poderes públicos ya se estaría haciendo caso omiso de una disposición de un tribunal. En definitiva, se tutelaría el bienestar personal de los menores, acreditado, aunque sea provisionalmente, por una resolución judicial.

2.3. Bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código penal según los tribunales superiores de justicia

A nivel jurisprudencial, la tesis admitida por los tribunales superiores de justicia es la que sostiene que el bien jurídico protegido por el tipo es la seguridad del menor, pudiendo ser identificadas, dos tendencias al respecto. Por un lado, se ha sostenido que el bien jurídico protegido es la seguridad del

¹⁸¹ DONNA, E. 2001. Derecho penal. Parte Especial. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo II-A. p. 215.

¹⁸² GARCÍA, O. 2010. El delito de sustracción de menores y su configuración. [En línea]. In Dret. Núm. 2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf> [Consulta: 01.12.2014]. p. 9.

menor y su situación en la sociedad y, por otro lado, que lo que se protege principalmente es la seguridad del menor en pro de su libertad, con algunas variantes.

Para efectos de nuestro análisis partiré por señalar que no existe un desarrollo muy acabado a nivel jurisprudencial sobre el tema. Dentro de las razones que podemos identificar, a modo de ejemplo, está el hecho de que trata de un delito de escasa ocurrencia y que la gran mayoría de los ingresos en la Fiscalía por este tipo se deben a situaciones de crisis familiares, por lo que la implicancia de uno de los progenitores en los hechos, hace que opere –en la gran mayoría de los casos- el principio de oportunidad del Ministerio Público o bien, que las causas terminen archivadas¹⁸³. Finalmente, dentro de las causas que llegan a instancias judiciales, son escasos los pronunciamientos acerca del análisis del bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, a los que nos referiremos en los párrafos siguientes, distinguiendo entre aquellos emitidos por la Corte Suprema y los emitidos por la Corte de Apelaciones.

En cuanto a la Corte Suprema, no se registran en el sistema antiguo, casos en que se haya pronunciado acerca del bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código Penal, sin embargo, en sentencia del 24 de diciembre

¹⁸³ Según estadísticas de la Fiscalía Nacional, que se analizarán en el capítulo cuarto de esta obra.

de 2012¹⁸⁴, la Corte acogió la teoría sostenida en doctrina por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ sobre la seguridad individual y la libertad ambulatoria, siendo hasta el día de hoy el único pronunciamiento de la Corte Suprema acerca del bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores.

Un menor de dieciséis años fue secuestrado en la vía pública y posteriormente torturado mediante la aplicación de descargas eléctricas en su cuerpo. La defensa de uno de los imputados recurrió de nulidad en contra de la sentencia del 8 de octubre de 2012 pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto¹⁸⁵, que lo condenó en calidad de autor del delito de sustracción de menores con resultado de grave daño en la persona del menor. Alegó que no era posible establecer la configuración del delito de sustracción de menores del artículo 142 inciso tercero del Código Penal y que la figura aplicable sería la del tipo penal descrito en el artículo 141, toda vez que el primero exige que el menor sea sacado de la esfera de cuidado y dependencia, y que en el presente caso no habría ocurrido al ser secuestrado desde la vía pública. En dicha ocasión, la Corte desestimó el recurso interpuesto, sosteniendo en el considerando décimo sexto de la resolución que, en primer lugar, debe considerarse la ubicación de la norma, esto es, dentro del título denominado “de los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la

¹⁸⁴ C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

¹⁸⁵ T. Oral en lo Penal de Puente Alto, 8 octubre 2012. RIT N° 135-2012. RUC N° 1100985629-5.

constitución” y dentro del párrafo titulado crímenes y simples delito contra la libertad y seguridad. En segundo lugar, que los principales bienes jurídicos tutelados por el tipo penal referido son la seguridad individual y la libertad ambulatoria, sin restricciones, y que estas constituirían “materializaciones de la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto pasivo, esto es, de poder trasladarse de un lugar a otro, en el que se afecta de manera directa la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial, como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista exigencia típica alguna referida a una determinada esfera de custodia física y personal que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar el ilícito”.

No deja de llamar la atención, que, si bien la Corte se basó en la seguridad individual y la libertad ambulatoria para desestimar el recurso, ha señalado que se trataría de los principales bienes jurídicos, dejando entrever una cierta pluriofensividad del delito en estudio, que podría tener consecuencias prácticas, en la eventualidad de que la Corte Suprema entre a conocer casos de sustracción de menores en el territorio nacional que involucren a alguno de los progenitores o guardadores como sujeto activo del delito.

En cuanto a la Corte de Apelaciones, el primer pronunciamiento acerca del bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, fue emitido

por la Corte de Punta Arenas, en sentencia dictada el 2 de febrero de 2008¹⁸⁶. En su considerando segundo, a propósito de la condena recaída en un hombre que habría sustraído y mantenido durante al menos una hora en un inmueble a una menor de seis años de edad, sostuvo escuetamente y sin mayor fundamentos, que en el delito referido “lo que estaría en juego, más que la libertad, es la seguridad del menor”.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2012 la Corte de Apelaciones de Valdivia¹⁸⁷ se refirió nuevamente a la seguridad personal del menor como bien jurídico protegido por el tipo. Una menor fue sacada por su padre de un hogar en el que se encontraba producto de una medida de protección ordenada por un tribunal de familia, autorizándose las visitas de la madre pero no del padre, quien no tenía relación directa y regular con la menor. El Ministerio Público recurrió de nulidad contra la sentencia de primera instancia del 24 de octubre de 2012 dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia¹⁸⁸, en la parte que absolvió al imputado del delito de sustracción de menores, señalando que el padre podría ser sujeto activo del tipo, ya que la norma no distinguía, y que abonaba a lo anterior el hecho de que el bien jurídico protegido fuera la seguridad en pro de la libertad del menor. Concluyó el recurrente señalando que la sentencia que absolvió al acusado por estimar que

¹⁸⁶ C. Punta Arenas, 2 febrero 2008. P.J. ROL N° 129-2007. V.L. N° 516312290.

¹⁸⁷ C. Valdivia, 17 diciembre 2012. V.L. N° 412706838. P.J. ROL 550-2012

¹⁸⁸ T. Oral en lo Penal de Valdivia, 24 octubre 2012. RIT N° 91-2012. RUC N° 11011343690-K.

este no puede ser sujeto activo del delito contemplado en el artículo 142 del Código Penal, exige una calidad que el legislador no establece. La Corte, sin embargo, sostuvo que no era irrelevante que fuera uno de los padres quien realizó la acción típica y que en autos, “no se desprende la existencia de algún peligro o lesión al que se haya sometido a la menor” por lo que “no se ha puesto, con la acción del ejecutado, en riesgo el bien jurídico protegido, esto es, la seguridad personal del menor y su situación en la sociedad” y que, por el contrario, “su conducta estuvo motivada por un sentimiento paternal, esto es, lograr recuperar para el seno familiar a su hija, con la cual mantenía una relación afectiva y ausente de violencia intrafamiliar hacia ella.”

Sin embargo, en la misma Corte de Apelaciones de Valdivia, se ha sostenido que el bien jurídico protegido por el tipo era la seguridad del menor en pro de su libertad, planteando derechamente en una de sus sentencias la posibilidad de que padres y guardadores sean sujetos activos del tipo. Así, el año 2012 emitió dos pronunciamientos referidos a dos imputados, una apelación de una sentencia absolutoria en procedimiento abreviado y un recurso de nulidad en contra de una sentencia absolutoria en juicio oral, acogiendo en parte la postura de la seguridad y la libertad como bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores, con algunas variaciones, pero llegando a conclusiones diversas acerca de la eventual calidad del padre

como sujeto activo del tipo, a partir de los mismos hechos¹⁸⁹. Una ciudadana chilena contrajo matrimonio en Chile con una persona de nacionalidad brasilera y de esta unión nacieron dos hijos. En el mes de abril de 2010 la familia se trasladó a vivir a Brasil, pero en el mes de septiembre del mismo año el matrimonio se separó de hecho. La madre regresó a Chile con sus hijos e interpuso en el Juzgado de Familia de Valdivia una demanda declarativa de tuición y solicitó la patria potestad de sus menores, fijándose una audiencia para fines de 2010. En dicha oportunidad, se concedió al padre un régimen provisorio de relación directa y regular con sus hijos, sin que pudiera sacarlos del domicilio de la madre. Durante su visita, el padre se habría llevado a los menores, que se encontraban al cuidado de una niñera, con el objeto de refugiarse en la embajada brasileña y posteriormente salir del país. Para llevar a cabo su cometido, el sujeto habría contratado previamente a dos personas, quienes le ayudaron a realizar la sustracción: un ciudadano norteamericano, dueño de una empresa dedicada al rescate de personas, y una mujer que se encargaría de cuidar a los niños mientras duraba el viaje. Tanto el padre como la mujer fueron detenidos en el norte de Chile, mientras intentaban salir del país en forma clandestina y, más tarde, las sentencias de primera instancia, los absolvieron argumentando que no se configuraba el delito de sustracción de menores. En el caso de la mujer, que a diferencia del padre se sometió a un procedimiento abreviado, el Ministerio Público interpuso un recurso de

¹⁸⁹ Cfr. C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N°262-2012. V.L. N° 388180328 y C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012. V.L. N° 400970698.

apelación en contra de la sentencia del 23 de mayo de 2012 pronunciada por el Juzgado de Garantía de Valdivia¹⁹⁰, argumentando que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores era la libertad en estrecha relación con la seguridad del menor, la que, citando a ETCHEBERRY¹⁹¹, tendría mayor relevancia mientras menor sea la edad del sujeto, donde la libertad es ejercida en lugar y a nombre de los menores por aquellos a quienes el orden jurídico encomienda su cuidado y dependencia en que se encuentra¹⁹². Sostuvo que en el caso concreto, ese cuidado y dependencia radicaba en poder de la madre, ya que al estar separada de hecho del padre de los menores, por disposición del artículo 225 del Código Civil¹⁹³ se encontraba a cargo de los niños¹⁹⁴. De esta manera, al sacar a sus hijos del hogar materno en forma clandestina y trasladarlos hacia el norte del país, los hechos se ajustarían al tipo penal establecido en el artículo 142 número 2 del Código Penal.

¹⁹⁰ J. Garantía de Valdivia, 23 mayo 2012. RIT N° 218-2011. RUC N° 1100058397-0.

¹⁹¹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

¹⁹² C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N°262-2012. V.L. N° 388180328, considerando segundo.

¹⁹³ Antes de la modificación introducía al artículo 225 del Código Civil por la ley 20.068 del 21 de junio de 2013, dicha disposición establecía lo siguiente: "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades".

¹⁹⁴ Los hechos del caso tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la ley 20.068 que introdujo modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en el caso de que sus padres vivan separados y que modificó, entre otras cosas, los criterios de cuidado personal eliminando el criterio conocido en doctrina como "regla supletoria legal de atribución automática a la madre", es decir, que si los padres vivían separados (supuesto de hecho determinado), tocaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores (regla de atribución automática y determinada). Cfr. RODRIGUEZ, M. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia. Revista Chilena de Derecho 36(3): 545-586.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, sin embargo, en sentencia del 7 de julio de 2012¹⁹⁵ sostuvo en su considerando sexto y citando a POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, que el bien jurídico protegido por la norma era la libertad del menor en pro de su seguridad “como parece indicarlo la ubicación de la norma y su carácter residual respecto al secuestro” y que, dicha consideración conlleva que no sea irrelevante que sea uno de los padres quien cometa la acción típica “pues de ser así no se estaría, en rigor, trasladando al menor desde el lugar que la ley definió como indispensable para su seguridad, consistente precisamente, en el cuidado de sus padres.” Es decir, sobre este punto pareciera ser que la Corte se encuentra dentro de la línea jurisprudencial que establece -en base al bien jurídico protegido- que los padres no podrían ser sujetos activos del delito. No obstante, y pese a que la imputada en la causa era la mujer contratada por el padre, la Corte emitió opiniones acerca de la participación del padre como autor del delito de sustracción de menores, sosteniendo que un aspecto esencial del caso decía relación con el cuidado personal, conferido por sentencia judicial a la madre. De esta manera, se habría limitado a la madre el ámbito de libertad en que el niño podía desarrollarse, excluyéndose al padre, sin perjuicio de la relación directa y regular fijada, que por definición, no le permitía hacerse del cuidado exclusivo de los menores. Así, “al obrar de este modo, el padre trasladó a los niños desde un ámbito en que la

¹⁹⁵ C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N°262-2012. V.L. N° 388180328

ley les aseguraba su seguridad y mediante ella, (su) libertad, infringiendo con ello el tipo penal”.

Esta conclusión, por lo demás, no deja de ser relevante para nuestro estudio, ya que implicaría una diferenciación de la doctrina nacional, al aceptar la posibilidad de que los progenitores puedan ser considerados sujetos activos por el tipo, y sin tener que llegar a alterar la noción de bien jurídico protegido mayoritariamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia nacional sobre la seguridad individual como presupuesto de la libertad ambulatoria.

Finalmente, en su considerando undécimo, la Corte vuelve sobre el mismo punto: “que ya establecida la calidad de sujeto activo que tenía el padre respecto del delito por el que se acusa a la imputada (...) es menester preguntarse si de las acciones que se le atribuyen se desprende la existencia de algún peligro o lesión al que se haya sometido a los menores”¹⁹⁶, y concluye sosteniendo que el dominio de decisión que haya tenido sobre el hecho carece de relevancia, toda vez que su dominio de configuración revelaría que su tarea era mantener a los niños a salvo, de manera tal que no sería posible sostener que sus acciones los pusieron en riesgo, o que tenía el dolo eventual de hacerlo. Así, la acción típica la habría cometido el padre puesto que el cuidado personal de los menores se había concedido por resolución judicial a la madre

¹⁹⁶ Énfasis añadido.

de estos y la imputada no tenía dominio de su decisión, sosteniendo que su rol fue únicamente cuidar a los niños durante el viaje para que no sufrieran ningún peligro o lesión. De esta manera, se desestimó el recurso interpuesto.

Ahora bien, el 6 de septiembre de 2012¹⁹⁷, la Corte de Apelaciones de Valdivia, refiriéndose a los mismos hechos, se pronunció sobre el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del 14 de julio de 2012 emitida por la Segunda Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia¹⁹⁸, que absolvió al padre de los menores de los delitos de sustracción de menores y desacato. Pese a la diferencia sutil de dicha sentencia con la pronunciada el 7 de julio de 2012 en materia de bien jurídico protegido, ya que, en su considerando quinto se refiere a este como la esfera de la libertad y seguridad de los menores, sostuvo igualmente que el artículo 142 del código penal no excluía expresamente la posibilidad de tener un padre la calidad de sujeto activo, con la salvedad de que recalcó que son los hechos los que establecerán esa calidad en cada caso particular. Así, y apartándose de la línea argumentativa que destacó la importancia del titular del cuidado personal, puso énfasis de la relación directa y regular del imputado con sus hijos y en la patria potestad. Sostuvo en definitiva que “en este caso, la esfera de libertad y seguridad de los menores que busca proteger la ley penal y cuya vulneración tipifica el delito en análisis, no excluía de este ámbito al padre y acusado de la

¹⁹⁷ C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012. V.L. N° 400970698.

¹⁹⁸ T. Oral en lo Penal de Valdivia, 14 de julio de 2012. RIT N° 40-2012. RUC N° 1100058397.

causa, quien mantenía vigente sus derechos, aun cuando el cuidado lo tuviera la madre”, para arribar a dicha conclusión, la Corte tuvo especialmente en consideración que a la fecha de ocurrir el hecho investigado, aun no se encontraba discutida la tuición y patria potestad de los menores, ya que el imputado sustrajo a los menores antes de la fecha de la audiencia en que se discutiría precisamente la titularidad de dicho derecho. En consecuencia, el padre no estaba privado de ella, sin perjuicio de corresponderle a la madre el cuidado personal de los hijos, atendida la separación de los padres.

De esta manera, tenemos que si bien ambas sentencias han acogido la teoría del bien jurídico de la seguridad individual como presupuesto de la libertad, han resuelto de diversa manera el problema que nos convoca, sobre la calidad de sujeto activo de los padres del menor. Volveremos sobre este punto en el capítulo cuatro al tratar las principales problemáticas actuales al respecto.

2.4. Conclusiones preliminares y adopción de una postura

Si entendemos por bien jurídico protegido aquellos intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social, podemos decir, a la luz de los diversos planteamientos sostenidos por la doctrina nacional y extranjera acerca del objeto jurídico del delito de sustracción de menores, que la tesis que mejor refleja nuestra realidad actual, y que se adecúa a los

pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia, es la tesis de la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Seguridad que estaría garantizada por la presencia del menor dentro de un determinado parámetro especial, esto es, una esfera o ámbito establecido para su convivencia, ya sea de manera legal –producto del matrimonio de los padres-, ya sea convencional –producto de un acuerdo completo y suficiente en caso de crisis familiar o divorcio- o de manera judicial, a través de una resolución emitida por un tribunal de familia.

Esta noción es, a mi juicio, completamente compatible con el planteamiento emitido por la Corte Suprema y, particularmente con la Corte de Apelaciones, que utilizando la tesis en comento, no ha descartado la posibilidad de que los padres del menor sean sujetos activos del delito de sustracción de menores, aludiendo indirectamente a la esfera o ámbito de convivencia al que me refiero. La diferencia radicaría eso sí en la validez que se ha dado a una u otra forma de determinación judicial de la custodia del menor, ya que en casos de crisis familiares por un lado se ha dado predominancia a quien tiene el cuidado personal del menor por sentencia judicial y, por otro lado, a quien tiene la relación directa y personal de sus hijos. Así, podemos concluir preliminarmente, que adoptándose la tesis de la seguridad individual como presupuesto de la libertad ambulatoria, es posible llegar a sostener que los progenitores puedan tener la calidad de sujetos activos del tipo, pero solo

tratándose de situaciones en que exista una crisis familiar y dependiendo siempre de las circunstancias del caso, de modo que serán los hechos los que establecerán esta calidad, en cada caso en particular.

Por otro lado, la violación de una disposición judicial acerca del cuidado personal o la relación directa y personal de los hijos por unos de los progenitores atentaría contra el buen funcionamiento del poder judicial, razón por la cual quedaría planteada la posibilidad de considerar la pluriofensividad de este delito, especialmente a la luz del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema, que consideró que con el tipo penal del artículo 142 se afectaría principalmente -y no únicamente- la seguridad individual y la libertad ambulatoria.

CAPÍTULO III

CONDUCTA TÍPICA Y FIGURAS DELICTIVAS DEL ARTÍCULO 142

3.1. Conducta típica

A pesar de las diversas modificaciones sufridas por el texto del artículo 142 del Código Penal -analizadas en el capítulo primero de esta obra- existe un elemento o núcleo central de la figura que se ha mantenido intacto: el verbo rector del delito, consistente en la sustracción de un menor.

En cuanto a las características del tipo, el delito de sustracción de menores es -al igual que el secuestro- un delito de carácter permanente, según lo ha sostenido tanto la doctrina¹⁹⁹ como la jurisprudencia²⁰⁰, lo que tendría importancia tanto para la prescripción como para la participación²⁰¹ en el delito. Así, la prescripción de la acción penal solo empezaría a correr desde el

¹⁹⁹ ETCHEBERRY, A. 1999. Derecho Penal Parte General. Reimpresión 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile Tomo I. p. 226; POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 191-192; BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 111.; HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 33.

²⁰⁰ C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

²⁰¹ En sentencia del 25 de enero de 2013, la Corte Suprema se refirió a los efectos del carácter permanente del delito en materia de participación criminal: el delito de sustracción de menores continúa consumándose mientras no se le ponga término, por lo que todos aquellos que intervienen luego del retiro del menor también proveen a la ejecución material del hecho, motivo por el que deben ser responsabilizados como autores puesto que mantienen y prolongan la situación delictiva. Cfr. C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

momento en que se logre la libertad del menor, de manera tal que, tras la consumación de la sustracción –que corresponde a un instante, diferenciándolo de la tentativa- el comportamiento delictivo permanece en ejecución (no la consumación²⁰²), mientras dure la situación de afectación al bien jurídico protegido. Por su parte, en cuanto a la participación criminal²⁰³, el sujeto que no intervino en la sustracción del menor, ni se concertó para llevarla a cabo, podría adquirir la calidad de autor si -con posterioridad a la comisión del delito- se pone de acuerdo con los captores para mantener la situación de privación de libertad.

En el presente capítulo, abordaremos los alcances de la conducta típica del artículo 142 del Código Penal: la delimitación del verbo rector, su figura

²⁰² Observación efectuada por MAÑALICH, a propósito del delito de secuestro (observaciones que en mi opinión serían aplicables a la sustracción de menores), en que sostuvo que existiría una imprecisión conceptual sobre lo que se ha entendido por delito permanente. Se ha afirmado que en este tipo de delitos, el estado de consumación perdura en el tiempo mientras dure la situación de privación de libertad. Sin embargo, partiendo de la base de que la consumación de un delito permanente, y por ende –en este caso- la consumación del delito de sustracción de menores, como toda consumación, ocurre en un instante, no sería correcto afirmar que lo característico de este tipo de delitos sea el que la consumación se prolongue en el tiempo, y tampoco lo sería el afirmar que se genera un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, dado que por ejemplo en el caso de los “delitos de estado”, quien sustrae una cosa ajena sin la voluntad de su dueño da lugar a que, tras la consumación del hurto (que genera la constitución de una nueva custodia sobre la cosa) se origine un estado de cosas susceptible de prolongarse indefinidamente en el tiempo. Pero esto no significaría que el hurto sea un delito permanente, sino que es un delito de estado. Así, lo característico para MAÑALICH de un delito permanente, es que el estado de cosas que se prolonga en el tiempo se corresponde con la subsistencia de la conducta típica, de manera tal que, la particularidad de los delitos permanentes sería que en ellos, lo permanente no es la consumación, sino la ejecución del comportamiento delictivo. Cfr. MAÑALICH, J. 2004. El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía. Revista de Estudios de la Justicia (5): 11-33. [En línea]. Disponible

en:<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/EL%20SECUESTRO%20COMO%20DELITO%20PERMANENTE%20FRENTE%20AL%20DL%20DE%20AMNISTIA.pdf> [Consulta: 01.03.2015] pp. 13 y 14.

²⁰³ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 390; C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

básica, las agravantes del tipo -tanto la agravante simple como la figura hiperagravada- la atenuante especial contenida en el artículo 142 bis y, finalmente, dedicaremos algunas líneas a la relación del delito de sustracción de menores con los delitos de usurpación del estado civil y ocultamiento o exposición del menor, el de negativa de entrega del menor, el de inducción al abandono del hogar y los delitos de secuestro y detención ilegal, contemplados en los artículos 354, 355, 357, 141 y 148, respectivamente.

3.1.1. Qué se entiende por sustracción

La conducta típica del artículo 142 CP, según se ha señalado²⁰⁴ es la “sustracción”, porque tratándose de un menor el concepto de ‘libertad’ no es el mismo que tratándose de un adulto. Lo anterior, atendido a que estaríamos frente a un concepto restringido de libertad, que a diferencia de lo que ocurre con el delito de secuestro establecido en el artículo 141, la protección de la libertad aparecería mezclada con la tutela de la seguridad del menor y la lesión de la misma se produciría a través de una particular forma de libertad que sería ejercida por aquellos a los que la ley otorga su protección y cuidado, en lugar y a nombre del menor. Esta sería la razón por la que, pese a regular supuestos similares, el verbo rector difiere tratándose de mayores de edad –secuestro-, respecto de los menores de 18 años –sustracción-.

²⁰⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

En cuanto al alcance normativo de la noción de sustracción, podemos decir que si bien en doctrina nacional existe un consenso en cuanto a entender que implicaría apartar a un menor de una esfera de vigilancia, existen ciertas diferencias mínimas sobre la determinación de dicha esfera.

Así, para LABATUT²⁰⁵ y BULLEMORE²⁰⁶, sustraer significa “apartar al menor de una esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho (padres, guardadores, maestros, niñeras, etc.)”. En esa misma línea se encuentra ETCHEBERRY, quien sostiene que el termino sustracción indicaría la idea de quitar al menor de la esfera de cuidado y dependencia en que se encuentra (generalmente la de sus padres y guardadores), y que tratándose de los menores –niños vagos- que no estén en tal dependencia ni jurídicamente ni de hecho, la sustracción consistirá en conductas muy parecidas al secuestro: encierro o detención²⁰⁷.

²⁰⁵ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

²⁰⁶ BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 111.

²⁰⁷ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

Difiriendo con ETCHEBERRY en este último punto, HERMOSILLA²⁰⁸ considera que existirían dos tipos de sustracción: propia e impropia. La sustracción propia consistiría en “separar al menor del ámbito de resguardo y dependencia que le es natural normalmente”, mientras que la sustracción impropia consistiría en extraer a menores –niños vagos- que no se encuentran amparados por una protección familiar ni estatal, ya que si bien el contenido material de la acción se asemeja al secuestro (aprehender, retener, encerrar, ocultar, etc.) existiría un “elemento objetivo diferenciador extratípico” (sic), consistente en la edad del sujeto pasivo. Por su parte, para HERMOSILLA, la acción no implicaría un reemplazo de la autoridad del padre o guardador sobre el menor por la del ofensor, así como tampoco requeriría que el menor se encuentre materialmente en su hogar bajo su resguardo para que la sustracción se configure, ya que se trataría de una condición jurídica –no material- de carácter general y permanente. De esta manera, la figura sería aún aplicable, si el menor se encuentra en la vía pública o si se encuentra perdido camino a su hogar²⁰⁹.

²⁰⁸ HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 32.

²⁰⁹ HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 33.

Precisamente sobre este último punto ha fallado recientemente la Corte Suprema, en sentencia del 24 de diciembre de 2012²¹⁰, a propósito de un caso de sustracción de un menor de 16 años que fue sometido a la aplicación de descargas eléctricas en su cuerpo, como venganza por un presunto robo que este habría cometido en el domicilio de una de las imputadas. La defensa señaló que existiría un error de derecho en la sentencia del tribunal a quo por tratarse de hechos que se encarnarían en el delito de secuestro y no sustracción de menores, al no haber sido sacado el menor de su esfera de cuidado y dependencia, sino que de la vía pública. La Corte Suprema, desechó la alegación formulada argumentando que a partir de la ubicación sistemática de la norma, existiría un consenso general acerca de los principales bienes jurídicos de la norma²¹¹, que “constituirían materializaciones de la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto pasivo, esto es, de poder trasladarse de un lugar a otro, en el que se afecta de manera directa la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista exigencia alguna referida a una determinada esfera de custodia física y personal que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar dicho ilícito”²¹² (Énfasis añadido).

²¹⁰ C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

²¹¹ Para la Corte Suprema, en la sentencia referida, los principales bienes jurídicos tutelados serían la seguridad individual y la libertad ambulatoria, sin restricciones (Considerando décimo sexto)

²¹² C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

GARRIDO MONTT²¹³, por su parte, introduce en su definición dos medios de comisión -al igual que en el secuestro- y sostiene que el comportamiento prohibido consistente en “sustraer” a un menor de edad implica “sacarlo de la esfera de custodia en que se encuentra, en el entendido que lo perseguido es detenerlo o encerrarlo, privarlo de la libertad de desplazamiento, de la que potencialmente es titular”²¹⁴. Dicha noción, señala, debe ser diferenciada de la acción descrita en los artículos 355²¹⁵ y 357²¹⁶. En cuanto al primero de ellos, debido a que la sustracción de menores no comprendería la situación de una persona que de hecho tiene a un menor en su poder y se niega a entregarlo a aquella a quien le corresponde legalmente esa custodia. Por otro lado, la conducta debe diferenciarse de la acción descrita en el artículo 357, ya que esta última consiste en inducir a un menor a abandonar la casa de sus padres o guardadores, sin que se le encierre o detenga. Sobre este último punto, LABATUT difiere, ya que la omisión de la ley por hacer referencia a los medios empleados para la comisión del delito, implicaría que puedan serlo

²¹³ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 397.

²¹⁴ Énfasis añadido.

²¹⁵ El artículo 355 del Código Penal tipifica el delito de negativa de entrega de un menor en los siguientes términos: “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”

²¹⁶ El artículo 357 del Código Penal tipifica el delito de inducción al abandono del hogar de la siguiente manera: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”

cualquiera, “incluso la inducción a la fuga sin que el raptor participe materialmente en ella”²¹⁷.

Para MATUS y RAMIREZ²¹⁸, por su parte, el verbo rector sustraer significaría “sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección su seguridad individual y, en segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia o patria potestad de las personas que lo tienen a su cargo”

Finalmente y por tratarse de un delito de escasa ocurrencia, a nivel jurisprudencial, el primer pronunciamiento del que hemos tenido registro sobre esta materia lo encontramos en la sentencia del 11 de noviembre de 1981 de la Corte de Apelaciones de Santiago²¹⁹, la que señaló que el término “sustracción” del artículo 142 estaría constituido por la “separación o apartamiento de un menor de 10 años (hoy 18 años) de la esfera de protección o custodia familiar a que se encontraba sometido”²²⁰. Lo anterior, respecto del secuestro de un menor perpetrado por tres sujetos con el propósito de obtener un rescate a cuyo pago se subordinaba el otorgamiento de su libertad.

²¹⁷ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

²¹⁸ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 252-253.

²¹⁹ Mientras se entraba vigente la tipificación del artículo 142 del Código Penal, introducido por la ley 9.762.

²²⁰ C. Santiago, 11 noviembre 1981. R., t. LXXXVIII, p. 258.

Ahora bien, dentro de los casos más recientes, en el año 2012 la Corte de Apelaciones de Valdivia emitió dos pronunciamientos²²¹, a partir de la sustracción de dos menores efectuada por uno de los progenitores en compañía de dos sujetos con el objeto de sacarlos del país. Señaló en dichas oportunidades –sin definir lo que debía entenderse por “sustracción”- que el delito previsto y sancionado en el artículo 142 N°2 consistía en “sustraer a un menor de dieciocho años de un ámbito que la ley ha establecido como necesario para su adecuado desarrollo, a saber, la custodia de sus padres o aquellos que legalmente lo tuvieran a su cuidado”²²² (Énfasis añadido).

A partir de lo señalado precedentemente, entenderemos por sustraer: “apartar o separar a un menor de la esfera de resguardo a que se encuentra sometido (legal, convencional o judicialmente)”. Resguardo que sería entendido como condición jurídica -no material- de carácter general y permanente (mientras no se establezca jurídicamente lo contrario), comprendiendo de esta manera tanto las hipótesis en que el menor se encuentre transitando solo en la vía pública o en dirección a su hogar, como las hipótesis en las que se encuentra transitoriamente sometido a la custodia de hecho de familiares distintos de los progenitores, niñeras, establecimientos escolares, etc.

²²¹ C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012; C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.

²²² Considerando 4° y 2° de las sentencias referidas, respectivamente.

3.1.2. Sujetos del delito

Señalamos en el capítulo segundo, que dilucidar el bien jurídico protegido por el artículo 142 -como objeto de protección jurídica- constituía el punto de partida y la primera pregunta en la indagación acerca del ámbito de aplicación de la figura delictiva²²³, haciendo posible que se puedan definir quiénes son sus titulares y quienes pueden lesionarla o ponerla en peligro²²⁴. Dijimos también que, concordando con la postura sostenida por MATUS y RAMIREZ²²⁵, así como también por la Corte Suprema²²⁶, entendíamos por bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores: la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Seguridad que estaría garantizada por la presencia del menor dentro de un determinado parámetro especial, esto es, una esfera o ámbito jurídico establecido para su convivencia, ya sea de manera legal –producto del matrimonio de los padres-, ya sea convencional –producto de un acuerdo completo y suficiente en caso de crisis familiar o divorcio- o de manera judicial, a través de una resolución emitida por un tribunal de familia. Así, teniendo en cuenta las anteriores precisiones, nos referiremos a la determinación de los sujetos de la conducta típica.

²²³ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 70

²²⁴ COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014]. p. 211.

²²⁵ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 251.

²²⁶ C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

En cuanto al sujeto pasivo, la norma es clara al señalar que se trata de un menor. A diferencia de lo que sucedía antiguamente, en que se distinguía entre mayores y menores de 10 años, la norma rige de igual manera para todos los menores de edad sin distinción, esto es, menores de 18 años. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que respecto de los mayores de 10 años pero menores de 18 años, “la ley reconoce un germen de libertad de autodeterminación”²²⁷ que se infiere de la interpretación sistemática de los artículos 142 y 357 CP²²⁸, haciendo relevante para la configuración del tipo la falta de consentimiento del mayor de 10 años.

Por su parte, en cuanto al sujeto activo, sostenemos que la tipificación actual establece a un tipo penal abierto, por lo que cualquier persona (un particular) podría ser sujeto activo. Durante mucho tiempo se planteó en doctrina la problemática de considerar a los progenitores o guardadores del menor como eventuales sujetos activos del tipo y actualmente la posición mayoritaria en doctrina se inclina por descartarla²²⁹. Sin embargo, y si bien

²²⁷ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 252.

²²⁸ El artículo 357 del Código Penal tipifica el delito de inducción al abandono del hogar de la siguiente manera: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”

²²⁹ Cfr. MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 251-252. “Como no se trata aquí de una infracción a derechos tutelares, lo que importa es averiguar si la persona que toma al

abordaremos en profundidad el tema en el capítulo IV de esta obra, referido a los problemas actuales del delito de sustracción de menores, adelantamos que dicha discusión estaría siendo zanjada por la jurisprudencia más reciente de los tribunales superiores de justicia. Se ha considerado que la eliminación de la referencia a quienes se debía “devolver a la víctima libre de todo daño” del artículo 142 bis –beneficio que antes se encontraba tipificado en el inciso final del artículo 142 y que establecía expresamente que se hacía “a los padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad”- permitiría admitir la posibilidad de que los progenitores puedan ser considerados sujetos activos del delito, en situaciones puntuales de crisis familiar y atendidas las circunstancias de cada caso. Volveremos sobre este punto en el capítulo IV.

3.1.3. Figura simple del artículo 142 n° 2 y culpabilidad

menor es de aquellas que por ley están a su cargo. Así, ni los padres ni los tutores o guardadores legales pueden cometer este delito. Aun en caso de conflicto entre distintos guardadores, nuestra ley contempla un delito especial y privilegiado para el guardador que incumple su deber de entregar al menor a quien la ley le otorga preferencia: el delito de negativa de entrega de un menor del art. 355 CP, que excluye la aplicación del art. 142 CP”; ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212. “(...) entre nosotros, lo elevado de la penalidad contemplada, y el hecho de que se señale como circunstancia atenuante del delito la de devolver al menor “a sus padres”, parece indicar que en concepto del legislador este delito no puede tener como sujeto activo a uno de los padres, ya que la atenuante no se restringe a aquel de los padres que tenga encomendado el cuidado de la persona del menor, sino que comprende la entrega a cualquiera de ellos. La conducta de aquel de los padres que sustraiga al menor del cuidado del otro podrá ser incriminada, concurriendo las circunstancias del caso, a título de desacato o de alguno de los atentados contra el estado civil de las personas”; BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 111. “Respecto del sujeto activo, se trata de cualquier persona. Sin embargo, tratándose de los padres, se estima que pueden incurrir en otros delitos diversos (desacato u otros delitos contra el estado civil)”.

La figura simple del delito de sustracción de menores se encuentra tipificada en el N°2 del artículo 142 que establece:

“La sustracción de un menor de 18 años será castigada: (...) N°2. Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos”²³⁰

En la referida norma se incriminarían aquellas conductas que no estén acompañadas de ninguno de los móviles que el artículo contempla, por lo que “aparte de la conducta punible no existiría un elemento subjetivo del tipo ni delito calificado por el resultado, ni se ha cometido otro delito doloso además de la sustracción”²³¹. Así lo ha señalado además la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia de 2 de febrero de 2008²³², en que sostuvo que la frase “en los demás casos” utilizada por el legislador en el numeral 2 del artículo 142 CP no significaba que el autor debiese tener una intencionalidad determinada y distinta de los casos enumerados en el N°1, sino que al ser la figura básica del ilícito, se incriminan en él las conductas que no están acompañadas de ninguno de los móviles que la norma contempla²³³

²³⁰ Énfasis añadido.

²³¹ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 253.

²³² C. Punta Arenas, 2 febrero 2008. P.J. ROL N° 129-2007

²³³ Considerando 4° de la referida sentencia.

Para ETCHEBERRY, lo elevada que resultó ser la pena de esta figura básica en relación con la figura básica del delito de secuestro²³⁴ podría obedecer a que, precisamente lo que estaría en juego, más que la libertad, es la seguridad del menor. Para nosotros, dicha rigurosidad diría relación además con su origen histórico plasmado por la influencia de PACHECO hasta nuestros días, de considerar a la sustracción de menores como uno de los delitos más graves del ordenamiento jurídico²³⁵, además de los casos emblemáticos que rodearon la antesala de las principales modificaciones legales en Chile sobre la materia.

En cuanto a la culpabilidad de la figura básica, esta podrá ser cometida tanto con dolo directo como con dolo eventual²³⁶. Ya la jurisprudencia antigua de los tribunales superiores de justicia señaló en su momento que el elemento generador del delito era la “intención de sustraer, retener u ocultar un menor” y que dicha interpretación fluiría de lo dispuesto en el art. 142, en que “no solo se castiga la sustracción de menores con propósitos de obtener rescate o cometer actos deshonestos (hoy no se contempla esta agravante) sino en todo caso en que se perpetra la sustracción”²³⁷ refiriéndose claramente a la figura básica.

²³⁴ Que tiene una pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

²³⁵ PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ºed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III. p. 249.

²³⁶ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 254; BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 111; GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 399.

²³⁷ C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

En cuanto al consentimiento de los padres o guardadores como causal de justificación, las interpretaciones en doctrina y jurisprudencia han sido disímiles. La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del 21 de septiembre de 1990²³⁸, conociendo de un caso de entrega voluntaria de un menor por su madre, sostuvo que la circunstancia de que la imputada se hiciera cargo de la tenencia y crianza del menor aparecía como una situación provocada por la propia querellante²³⁹, de manera tal que faltando el ánimo de privar a la madre de los derechos que tenía respecto del infante o de retener a éste en su poder no era posible que se configure el tipo, ya que no constaba su elemento subjetivo²⁴⁰. Por su parte, conociendo otro caso de entrega voluntaria de un menor, la Corte Suprema, en sentencia del 28 de septiembre de 1956²⁴¹ a propósito de una mujer que mediante engaños obtuvo la entrega de un menor para presentarlo a su amante y hacerlo parecer como hijo de ambos²⁴², determinó que si la entrega era efectuada voluntariamente por uno de los progenitores pero obtenida mediante engaños, se configura la conducta típica.

²³⁸ C. Santiago, 21 septiembre 1990. R., t. LXXXII, p. 139. MJCH_MJJ N° 4297.

²³⁹ Lo que se desprendería de una serie de actitudes como: (1) el haber manifestado a una testigo durante el embarazo, su deseo de dar a su hijo en adopción una vez que naciera; (2) el haberle pedido a la testigo que la visitara en el hospital en compañía de la imputada para hablar del niño; (3) el hecho de haberse retirado subrepticamente de la maternidad antes de que se le autorizara al efecto, lo que demostraría que no tenía mayor interés en que constara su calidad de madre del niño, y; además, (4) la actitud pasiva de la madre ante la entrega del menor, que solo se vio alterada al día siguiente, al no lograr reunirse con aquella en el lugar convenido, razones todas que permitieron a la Corte estimar que la entrega del recién nacido fue un acto voluntario y promovido por la afectada. Cfr. C. Santiago, 21 septiembre 1990. R., t. LXXXII, p. 139. MJCH_MJJ N° 4297.

²⁴⁰ Considerando 7° de la referida sentencia.

²⁴¹ C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

²⁴² Sobre las eventuales relaciones de este caso con la usurpación del estado civil de un menor, nos referiremos más adelante, al tratar la relación de la sustracción de menores con otros delitos.

En un sentido distinto a lo establecido por la Corte, ETCHEBERRY ha señalado que en términos generales, debe negarse la relevancia del consentimiento de los padres y guardadores, “ya que ellos no tendrían derecho para disponer de la seguridad del menor (en los casos en que ella peligró en virtud de la sustracción), y por otra parte sus derechos de tutela y custodia no son sino la inseparable contrapartida de las obligaciones correlativas, de las que ellos no pueden desligarse a voluntad”²⁴³

Así, la figura básica del delito de sustracción de menores: (1) no requiere para su configuración, de la existencia de un elemento subjetivo adicional a la sustracción misma, distinto de los móviles señalados en el artículo 142; (2) puede ser cometida tanto con dolo directo como con dolo eventual y, (3) la entrega voluntaria de un menor por quienes lo tienen a su cargo no excluye la configuración del tipo respecto del tercero que realiza la conducta típica, especialmente si dicha entrega aparentemente voluntaria (pero con una voluntad viciada) se obtuvo mediante engaños. Sin embargo, si la entrega del menor fue generada a instancias de un progenitor o guardador, sin que existiera planificación previa ni intención por parte de un tercero por apartar al menor de su esfera de resguardo, la jurisprudencia ha tendido a excluir la tipicidad de la conducta.

²⁴³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 213.

3.1.4. Consentimiento del sujeto pasivo

Hemos señalado previamente, a propósito de la determinación de la conducta típica, que lo que llevó al legislador a describir el delito empleando el verbo rector “sustraer”, y no encerrar o detener -como en el secuestro-, fue la circunstancia de que este delito afecta no solo la libertad, sino que además aparece muy mezclada con la tutela de la seguridad²⁴⁴ en relación con la custodia del menor. De tal manera que, si bien podría sostenerse que la libertad es un bien disponible en ciertos casos, no lo es así la custodia a que se está normalmente sometido²⁴⁵.

Por otro lado, también señalamos -de manera tangencial- al referirnos a los modos de comisión del delito, que revestía especial relevancia la sustracción que se realiza con la cooperación o consentimiento del menor. Dijimos al respecto que habían quienes, criticando el silencio normativo del legislador al respecto, sostenían que esta omisión debía ser interpretada como que “el delito de sustracción de menores admitía cualquier tipo de medio, inclusive, la inducción a la fuga sin que el raptor participe materialmente en ella” (sic)²⁴⁶.

²⁴⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 211.

²⁴⁵ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 398.

²⁴⁶ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33; PARRA, I. 1958. Secuestro de personas y sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 76, 78 y 102;

Precisando dichas aseveraciones, la doctrina nacional más reciente ha señalado que el artículo 357 CP²⁴⁷ –que tipifica el delito de inducción al abandono del hogar- debe entenderse, en este aspecto, complementario del 142²⁴⁸, especialmente si se considera la ubicación que tenía el delito de inducción al abandono del hogar en el Código Penal español, situado a continuación del que penaba la sustracción de menores y en el mismo título. Así, tanto ETCHEBERRY como MATUS y RAMIREZ, armonizando ambas disposiciones, efectúan la siguiente distinción²⁴⁹:

- a) Si el menor de edad tiene menos de diez años, su consentimiento carece de relevancia y la conducta sería constitutiva del delito de sustracción de menores; pero
- b) Si el menor de edad tiene más de diez años, el consentimiento transforma la figura en el delito de inducción al abandono del hogar.

GARRIDO MONTT, agrega a la distinción anterior²⁵⁰:

HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 35.

²⁴⁷ Art. 357 CP: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”

²⁴⁸ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212.

²⁴⁹ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 253.; ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212;

²⁵⁰ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 398 y 399.

- c) Si el menor de edad abandona voluntariamente el hogar o custodia, sin intervención de terceros, el acto sería atípico; y
- d) Si el menor de edad es apartado de su hogar o de la custodia a que está sujeto, sin su voluntad, la conducta sería constitutiva del delito de sustracción de menores.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia de 2 de octubre de 1970²⁵¹, al referirse a un caso de una menor que huyó de su hogar para acompañar a su pareja, sostuvo que la sustracción de menores tenía estrecha vinculación con la inducción al abandono del hogar, pero que en el caso concreto los hechos eran atípicos. El consentimiento del sujeto pasivo – una menor de 12 años- descartaba la aplicación de la sustracción y, a su vez, no habría inducción al abandono del hogar, ya que esta última habría “acompañado a su joven amante de 16 años, en un paso reflexivo y voluntario suyo, con pleno dominio de sus actos, no obstante su corta edad”²⁵².

3.2. Figuras agravadas y culpabilidad

Las figuras calificadas del delito de sustracción de menores están contenidas en el artículo 142 N°1 CP y en el artículo 141 inciso final CP, denominadas agravante simple y figura hiperagravada, respectivamente.

²⁵¹ C. Temuco, 2 octubre 1970. R., t. LXVII, p. 396.

²⁵² C. Temuco, 2 octubre 1970. R., t. LXVII, p. 396.

3.2.1. Agravante simple

La agravante simple del delito de sustracción de menores se puede configurar por dos factores: la presencia de un elemento subjetivo del tipo – móvil- o bien, el acaecimiento de una circunstancia fortuita que transformaría el tipo en un delito calificado por el resultado. Dicha figura se encuentra establecida en el artículo 142 N°1 en los siguientes términos:

“La sustracción de un menor de 18 años será castigada: N°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 (...).”

La estructura misma de la norma transcrita, obliga a que necesariamente tengamos que diferenciar entre dos eventuales situaciones que serán analizadas por separado: la existencia de móviles calificados y el grave daño causado al menor como consecuencia de la sustracción.

3.2.1.1. Elemento subjetivo del injusto: móviles del autor

Para ETCHEBERRY²⁵³, sería un acierto haber incluido dentro de los tipos agravados, las hipótesis que incorporan exigencias o decisiones “pues dentro de los móviles de los sujetos activos no sólo se pueden encontrar los de carácter pecuniario”. Así, según la primera parte del numeral transcrito, se califican los siguientes tres móviles como circunstancia de agravación de la sustracción de un menor de 18 años:

- Si se ejecutare para obtener un rescate²⁵⁴
- Si se ejecutare para imponer exigencias
- Si se ejecutare para arrancar decisiones

El hecho de que se obtenga un rescate o el cumplimiento de alguna de las exigencias o decisiones impuestas por el sujeto activo, no constituye el elemento de la agravación, sino que lo requerido es que el actor haya privado de libertad a la víctima con alguno de los objetivos indicados. Se trataría, según GARRIDO MONTT, de un elemento subjetivo del injusto de índole trascendente²⁵⁵: el autor debe haber obrado impulsado por tales pretensiones, pero el precepto no requiere que se cumplan en la materialidad. En esta misma

²⁵³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 206.

²⁵⁴ C. Santiago, 11 noviembre 1981. R., t. LXXXVIII, p. 258. “Que los hechos establecidos en el fundamento quinto del fallo de primera instancia integran la figura delictual prevista en el artículo 142 del Código Penal (...) agravada por la circunstancia de haberse ejecutado con el propósito de obtener un rescate, a cuyo pago se subordinaba el otorgamiento de la libertad para el menor víctima del hecho punible de que se trata”

²⁵⁵ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 391.

línea, POLITOFF, MATUS y RAMIREZ²⁵⁶, sostienen que se trataría de un delito de intención trascendente, ya que “el sujeto quiere algo externo, situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y lo que queda más allá (y que sólo está en el ánimo del sujeto)”. Así, el art. 142 CP se enmarcaría –dentro de los delitos de intención trascendente- en los delitos imperfectos en dos actos, ya que el sujeto tiene un fin por alcanzar que debiera tener lugar, con una propia actuación suya, después de la realización de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho pero que el sujeto no necesita realizar para entender que el hecho se encuentra consumado.

Ahora bien, las circunstancias o móviles señalados por el art. 142 CP normalmente podrán existir con anterioridad a la iniciación de la privación de libertad, pero no es fundamental que así sea, ya que –como dijimos- se trataría de un delito de carácter permanente. Así, si los sujetos con posterioridad al inicio de la ejecución de la conducta típica y durante la misma, plantean algún tipo de exigencia o rescate para liberar al menor, la agravante simple se cumple.

En cuanto a la noción del término “rescate”, entendemos por tal “el beneficio de naturaleza económica para el autor o terceros (que pueden ser

²⁵⁶ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 191-192.

personas naturales o jurídicas)²⁵⁷, caso en el cual el otro bien jurídico afectado sería el patrimonio²⁵⁸. Por su parte, en cuanto a los móviles de imposición de una exigencia o de arrancar una decisión, estas podrán ser de cualquier carácter, ya sea políticas, sociales o particulares, y para ser cumplidas por una persona natural o jurídica²⁵⁹. Sin embargo para GARRIDO MONTT, al igual que en el delito de secuestro, constituiría una excepción el hecho de que se trate de una imposición de exigencia que deba ser cumplida por autoridades públicas, porque esta última hipótesis estaría siendo tipificada por el artículo 5 letra b) de la ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado (hipótesis de secuestro político, que además no está limitado por la edad del ofendido)²⁶⁰. En sentido contrario, MATUS y RAMIREZ, quienes a diferencia del delito de secuestro, sostienen que la potencial concurrencia de la sustracción de menores con el secuestro político de la norma referida (en que la víctima haya sido menor de edad), “debe

²⁵⁷ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 392.

²⁵⁸ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 247.

²⁵⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 392 y 399.

²⁶⁰ El artículo 5 letra b) de la ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado establece lo siguiente: “Artículo 5 b). Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad privaren de libertad a una persona, serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio. Si el secuestro durare más de cinco días, o si se exigiere rescate o se condicionare la libertad en cualquiera forma, la pena será de presidio mayor en su grado máximo.

Igual pena a la señalada en el inciso anterior de aplicará si el delito se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, o si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de ésta.

El que con motivo u ocasión del secuestro, cometiere además homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los Artículos 395°, 396° y 397° N° 1 del Código Penal, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

resolverse a favor de la sustracción, por el principio de alternatividad, ya que de otro modo se produciría la paradoja de que resultaría más grave un delito común que otro que altere el orden público”²⁶¹

Ahora bien, si consideramos que el fundamento de la agravación por obtención de un rescate es precisamente la afectación de un bien jurídico adicional –la exigencia de sumas de dinero a cambio de la liberación del menor afectan el patrimonio del sujeto pasivo o de terceros- habría que concluir necesariamente (*a contrario sensu*), que si la exigencia no tiene como fin la afectación de ningún otro bien jurídico adicional a la seguridad personal como presupuesto de la libertad ambulatoria de los menores, estaríamos frente a la figura de sustracción simple. De esta manera, el delito no debiera agravarse cuando la naturaleza de la exigencia solo sea verificar ciertas circunstancias para poner fin a la privación de libertad, como por ejemplo, exigir el respeto de los derechos que le son inherentes como imputado²⁶² o el reconocimiento de sus garantías procesales, en los términos del artículo 93 del Código Procesal

²⁶¹ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 254.

²⁶² La calidad de imputado se encuentra establecida en el artículo 7 del CPP en los siguientes términos: “Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”

Penal²⁶³. Derechos y garantías que al ser exigidos no podrían ser tomados como “exigencia” en los términos que la agravante contempla, sino como su ejercicio legítimo, impidiendo la configuración del elemento subjetivo del tipo penal, de carácter extorsivo.

3.2.1.2. Resultar grave daño en la persona del menor

La agravante simple de resultar grave daño en la persona del menor, según ETCHEBERRY²⁶⁴ transforma el delito en una figura calificada por el resultado. Sin embargo, al momento de determinar el alcance de la frase “grave daño” el autor sostiene que este comprendería las lesiones graves en la persona, las mutilaciones en el cuerpo y la muerte del menor. Lo problemático de esta última afirmación es que genera límites difusos entre la agravante simple y la figura hiperagravada (sobre todo en materia de lesiones). MATUS y RAMIREZ²⁶⁵, refiriéndose al delito de secuestro, consideraron que el grave daño en la persona estaría constituido generalmente por la producción de las lesiones graves del artículo 397 N°2 CP o de alguno de los resultados del inciso 5 del artículo 141, si estos se produjeran culposamente.

²⁶³ El artículo 93 CPP establece los derechos y garantías comunes a todo imputado, entre los que se encuentran el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, el derecho a guardar silencio y en caso de consentir a prestar declaración a no hacerlo bajo juramento, etc.

²⁶⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 207 y 214. Al tratar el delito de sustracción de menores, el autor se remite en esta parte a lo que ya había sostenido sobre esta materia a propósito del delito de secuestro.

²⁶⁵ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 247.

Frente a los eventuales problemas de interpretación, estimo conveniente precisar los límites de las conductas referidas –especialmente en cuanto al delito de lesiones- para efectos de evitar confusiones con la figura hipergravada del inciso final del artículo 141 CP (aplicable a la sustracción de menores).

Siguiendo la sistemática formulada por VAN WEEZEL²⁶⁶, los delitos de lesiones pueden agruparse en dos clases fundamentales, al interior de los cuales se contienen dos grados distintos de gravedad y que responderían al mismo criterio que da origen a la clase correspondiente. Así, tratándose de las lesiones graves, el criterio o modelo típico consistiría en la “intensidad de los resultados imputables a la conducta” y que se definen positivamente en función de la magnitud de los resultados (artículo 397 N° 1 y N°2²⁶⁷), mientras que en las lesiones leves, el modelo típico respondería solo negativamente a los

²⁶⁶ VAN WEEZEL, A. 2007. La sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. En: CENTRO DE DOCUMENTACION. 2008. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007 N°4. Santiago, Defensoría Penal Pública [En línea]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/58eca25dfb4ec2db6c3e7d4027979d79.pdf> [Consulta: 28.02.2015] pp. 3-5.

²⁶⁷ El artículo 397 del Código Penal establece: “El que hiere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves: 1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme; 2°. Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”

resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos (artículos 399²⁶⁸ y 494 N°5²⁶⁹ CP)

De esta manera, las lesiones graves contempladas en el Código Penal se encontrarían comprendidas en el artículo 397, “cuya tipicidad se encuentra co-definida por la clase de resultados imputables a la conducta de herir, golpear o maltratar de obra”. Sin embargo, señala VAN WEEZEL, dicha norma distinguiría además dos supuestos de gravedad: por un lado, las “lesiones gravísimas” contempladas en el N°1 y, por otro lado, las “lesiones simplemente graves” del N°2. Por su parte, considera adicionalmente tres formas “especialmente graves” del delito de lesiones que -para todos los efectos- considera parte integrante de la figura del artículo 397, esto es, dentro de las denominadas “lesiones graves” genéricas. Estas figuras especialmente graves estarían tipificadas en los delitos 398²⁷⁰, 395²⁷¹ y 396²⁷² del Código Penal.

²⁶⁸ El artículo 399 del Código Penal tipifica las lesiones menos graves de la siguiente manera: “Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”

²⁶⁹ El artículo 494 relativo al título de las faltas, tipifica en el N°5 el delito de lesiones leves de la siguiente manera: “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: (...) N°5. El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar”.

²⁷⁰ El artículo 398 del Código Penal establece: “Las penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”.

²⁷¹ El artículo 395 del Código Penal reza lo siguiente: “El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”

²⁷² Artículo 396 del Código Penal: “Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones

Así, dado que en materia de lesiones, la figura hiperagravada tipifica al que con motivo u ocasión del delito cometiere además: “alguna de las lesiones comprendidas en los artículo 395, 396 y 397 N°1 en la persona del ofendido”, podemos decir que, para efectos de configurarse la agravante simple de resultar “grave daño en la persona del menor”, se entenderá por “grave daño”:

- a) La producción de lesiones –simplemente graves- del artículo 397 N°2 CP esto es “si las lesiones produjeren en el ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”, y que tratándose de un menor de edad –que no tiene edad de trabajar por encontrarse prohibido por ley el trabajo infantil- la norma debiese ser interpretada como enfermedad o incapacidad física que le impida hacer las labores que se condicen con su edad, ya sea asistir a la escuela o desarrollar sus actividades diarias, como también la práctica de algún arte, disciplina o deporte de manera habitual.
- b) La producción de lesiones simplemente graves del 397 N°2 CP, que se hayan producido por haberse administrado a sabiendas al menor, sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credibilidad o flaqueza de espíritu, de conformidad con el artículo 398 CP.

naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.
En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio”

c) La producción culposa de algunos de los resultados de la figura hiperagravada, esto es: homicidio o lesiones graves comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1, (creo pertinente excluir la violación, por la imposibilidad de que tal conducta pueda ser cometida de manera culposa). No debe existir dolo en las conductas descritas, ya que de ser así, los hechos quedarían comprendidos dentro de la figura hiperagravada.

De esta manera, en cuanto a la culpabilidad, salvo la última hipótesis señalada de “grave daño” (por la producción culposa de los resultados de la figura hiperagravada), la agravante simple del 142 N°1 solo puede cometerse con dolo directo²⁷³, ya que el actuar del agente va acompañado de un elemento subjetivo del tipo (obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones), o bien, su conducta conforma un delito complejo²⁷⁴ (secuestro con lesiones, en las hipótesis a y b), situaciones ambas que suponen dolo directo, descartando el dolo eventual.

Finalmente, GARRIDO MONTT, sostiene en cuanto a las hipótesis de grave daño en la persona del menor, que la voz “resultare” empleada por el legislador “podría hacer pensar que se trata de una responsabilidad a todo evento

²⁷³ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 254.

²⁷⁴ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 399.

(objetiva), pero como la responsabilidad objetiva no encuadra con el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico penal²⁷⁵, por lo menos debe concurrir culpa para que se conforme la agravante”²⁷⁶

3.2.2. Figura hiperagravada

La figura hiperagravada del delito de sustracción de menores se encuentra establecida en el artículo 142 inciso final, en los siguientes términos:

“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”

El inciso final del artículo 141 referido, relativo al delito de secuestro, establece lo siguiente:

“El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1, en la persona

²⁷⁵ Cfr. MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 247. Quienes sostienen que no se acepta una responsabilidad objetiva de un tipo calificado por el resultado.

²⁷⁶ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 393.

del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”

Según ha señalado la doctrina²⁷⁷, para la conformación de la agravante deben “cometerse” alguno de los delitos que señala la norma y no se aplicaría en caso que fallezca el menor durante la sustracción o que se lesione, sino que debe ejecutarse en su persona un delito que cumpla todas las condiciones exigidas por el tipo doloso, de manera tal que si la muerte o lesión se produce como consecuencia de un hecho fortuito atribuible a la negligencia o mera imprudencia de los actores, no podría aplicarse esta figura hiperagravada, sin perjuicio de la concurrencia de la agravante simple que acabamos de señalar en el apartado anterior, contemplada en el N°1 del art. 142 CP: “si resultare grave daño en la persona del menor”.

Para ETCHEBERRY²⁷⁸, la equiparación de la pena para la comisión de los delitos de lesiones graves, violación, violación sodomítica y homicidio -de gravedad disímil- es “mala política legislativa”, ya que si el sujeto ya violó a la víctima, ha incurrido en la pena agravada, desapareciendo el incentivo para respetar su vida.

²⁷⁷ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 393; MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 247 y 254.

²⁷⁸ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 214.

En definitiva, la figura hiperagravada se configura por la comisión dolosa de los siguientes delitos con motivo u ocasión de la sustracción de un menor:

- a) Homicidio del menor;
- b) Violación del menor
- c) Violación sodomítica
- d) Castración
- e) Cualquier mutilación de un miembro importante que deje al menor en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, así como también las mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja.
- f) Las lesiones graves ocasionadas por heridas, golpes o maltratos, si de resultas de dichas lesiones el menor queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de un miembro importante o notablemente deforme.

3.3. Atenuante especial del artículo 142 bis

En el capítulo primero de esta obra dimos cuenta del cambio de ubicación que sufrió el beneficio de reducción de pena por la “devolución de la víctima libre de todo daño” en el Código Penal, con la ley 19.241 del 28 de agosto de 1993. Pasó de estar tipificado en el inciso final del artículo 142, a

quedar finalmente regulado por el nuevo artículo 142 bis, haciéndolo aplicable tanto para el delito de sustracción de menores como para el delito de secuestro.

El artículo 142 bis del Código Penal establece:

“Si uno de los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplir 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”

Esta atenuante²⁷⁹, surgió de la aplicación de un principio análogo al establecido en el artículo 456 del Código Penal²⁸⁰ como prudente medida de política criminal²⁸¹, y cuyo objeto no sería otro que evitar que al menor privado de libertad se le cause daño. Con la actual regulación, esta finalidad queda

²⁷⁹ Según quedo establecido en la historia de la ley 9.762

²⁸⁰ El artículo 456 del Código Penal establecía: “Si antes de perseguir al procesado (en la actualidad “responsable”) o antes de decretar su prisión devolviere voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito”

²⁸¹ Informe del Instituto de Ciencias Penales evacuado con fecha 15 de julio de 1944 que propuso el beneficio de reducción de pena, aprobado por el SENADO en sesión N°57 del 6 de septiembre de 1944.

manifiesta en la posibilidad de poder aplicar la atenuante aun cuando se haya pagado el rescate o se haya cumplido alguna de las exigencias o condiciones impuestas, con la salvedad de que solo se podrá reducir en un grado²⁸².

De esta manera, el momento en el cual se efectúa la devolución, incide directamente en la diversa rebaja que existe de la pena y además marca una distinción en cuanto a la aplicabilidad del beneficio, que se desprende del tenor literal de la norma. Así, tratándose de una devolución de la víctima que se efectúe antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas, la pena asignada al delito “se rebajará” en dos grados. Sin embargo, si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez “podrá rebajar” la pena en un grado. El carácter facultativo de la segunda variante frente al imperativo de la primera, ha sido reconocido por la doctrina y además por la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta última, a propósito del secuestro de Cristian Edwards, en sentencia del 19 de mayo de 2010²⁸³ estableció que la aplicación de la atenuante en el caso concreto era facultativa (se realizó el pago de un rescate y, con posterioridad a este, fue liberada la víctima), agregando además que, si la opción de aplicar el artículo 142 bis no se ejerció por el juez a quo ni por el tribunal superior y tampoco fue alegada por el recurrente en su

²⁸² A diferencia de los dos grados que podrán reducir quienes devuelvan al menor libre de todo daño antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los actores.

²⁸³ C. Santiago, 19 mayo 2010. MJCH_MJJ N° 23776.

escrito de apelación ni en el de casación, no correspondía solicitarla con posterioridad a la sentencia de término.

Por otro lado, la extensión de la expresión “libre de todo daño” debe adecuarse a la naturaleza del delito de que se trata²⁸⁴, de tal manera que debe entenderse solamente como “libre de todo daño adicional al necesario para la comisión del delito”, ya que de otra manera, se haría imposible su aplicación²⁸⁵.

Finalmente, cabe recordar la precisión establecida con motivo de la ley 19.029 por la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en orden a que la exigencia de devolución libre de todo daño suponía que los autores de la sustracción hayan devuelto al menor por decisión propia y no porque hayan sido sorprendidos o apresados. Así lo ha establecido – también- la Corte de Apelaciones de Valparaíso a propósito del actual artículo 142 bis, en sentencia del 31 de diciembre de 2012²⁸⁶, cuando se refirió al caso de un acusado que huyó del lugar cuando se percató de la presencia policial, de manera que al ser esta huida la razón por la que el actor efectuó la libertad de la víctima, la procedencia del beneficio de reducción de pena fue desestimado.

²⁸⁴ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 246 y 254.

²⁸⁵ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 246 y 254.

²⁸⁶ C. Valparaíso, 31 diciembre 2012. P.J. ROL N° 1470-2012.

3.4. Relación con otros delitos

Existen dos formas o puntos de vista por los cuales se puede analizar la relación de un delito con otros. Refiriéndose a los posibles concursos entre diversos tipos penales, o bien, mediante el establecimiento de un paralelo entre dicha conducta típica y la de otros delitos señalando sus diferencias y similitudes.

El problema de concurso o pluralidad de delitos se presenta cuando en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo²⁸⁷. Sin embargo, el delito de sustracción de menores, por tratarse de un delito permanente, se encuentra excluido del sistema concursal común, por existir una unidad jurídica de delito (unidad jurídica de acción).

Tratándose del tipo del artículo 142 CP, la duración del estado antijurídico intensifica la lesión al bien afectado, pero no al punto de modificar la naturaleza unitaria del delito cometido. De esta manera, para POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, si durante ese estado permanente se cometen otros delitos, “es discutible en general la apreciación de un concurso ideal o real, problema que pareció prever nuestro legislador al establecer reglas concursales

²⁸⁷ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 445.

excepcionales para los casos más graves”²⁸⁸. Así, según señala GARRIDO MONTT²⁸⁹, si se comete homicidio, violación, violación sodomítica, lesiones graves o simplemente graves, estos delitos quedarían consumidos por la sustracción de menores, en virtud de lo establecido en el artículo 142 CP y, del mismo modo, quedarían consumidas las lesiones menos graves o las lesiones leves, así como los malos tratos de obra que sufra el menor como consecuencia de la forma y modalidades con que se ejecute la sustracción.

Ahora bien, en las siguientes líneas, nos referiremos a la tipicidad de ciertos actos que pudieren presentar características susceptibles de ser adecuadas a figuras delictivas similares a la sustracción de menores. Tal es el caso de los delitos de usurpación del estado civil del menor, de negativa de entrega de un menor, de inducción al abandono del hogar, además del delito de secuestro y el de detención ilegal. Para efectos de nuestro análisis hemos agrupado dichos delitos en dos grupos, según el orden legal que se ha dado en la sistemática del Código Penal, seguido por parte de la doctrina: distinguiendo por un lado el delito de sustracción de menores en relación con los delitos contra el orden de la familia²⁹⁰ y, por otro lado, distinguiendo el delito de

²⁸⁸ POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 453-454.

²⁸⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 395.

²⁹⁰ Contemplan –entre otros- esta clasificación: LABATUT, ETCHEBERRY y GARRIDO MONTT.

sustracción de menores en relación con otros delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual²⁹¹

3.4.1. Delitos contra el orden de las familias

Según ETCHEBERRY, los delitos de este grupo, regulados en el título VII del libro II del Código Penal, representarían una transición entre los que atentan contra bienes jurídicos individuales y los que ofenden bienes jurídicos comunes²⁹², ya que no afectarían bienes puramente individuales, pero tampoco llegarían a afectar al común de la sociedad. Dentro de los delitos que trata este título, nos referiremos brevemente a algunos tipos que -en los términos del Código Penal- constituyen un atentado contra el estado civil de las personas²⁹³, y que se encuentran contenidos en el párrafo tercero. Su tipificación respondería a la protección de los efectos o derechos y obligaciones que

²⁹¹ Según el esquema seguido principalmente por MATUS y RAMIREZ. Cfr. MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I.

²⁹² ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 9.

²⁹³ Para GARRIDO MONTT, esta tradicional forma de agrupar los tipos penales encontraría cuestionamientos en la doctrina, por la naturaleza jurídica de los objetos protegidos con estos delitos. Así, “se afirma que el estado civil, por sí mismo, no tendría por qué ser digno de protección, y que en derecho resulta imposible su lesión, sin perjuicio de que pudieran resultar afectadas las relaciones jurídicas que del estado civil se derivan. Estas visiones llevan a algunos autores a sostener que tal protección adquiere sentido en función de su incidencia en las relaciones jurídicas, en particular en cuanto a la posición y forma de participar que cada cual tiene en la sociedad. Hay sectores doctrinarios que se inclinan por considerar como bien jurídico el conjunto de facultades, derechos y acciones procesales que se derivan de un estado civil”, haciendo alusión al autor español, Miguel Bajo Fernández. Cfr.: ²⁹³ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 243.

específicamente van anexos al denominado estado civil absoluto²⁹⁴ o abstracto²⁹⁵ (que es inmutable, al ser adquirido normalmente con el nacimiento) y que sean susceptibles de privación.

Al tratar estos delitos, la doctrina ha sido enfática en puntualizar que la referencia al estado civil dice relación con el estado civil “familiar”²⁹⁶, esto es, la pertenencia de una persona a una familia en particular. Por su parte y pese a que el Código Civil en su artículo 304 define el “estado civil” como “la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, dicha noción no clarificaría la naturaleza del estado civil así como tampoco su diferencia con la capacidad, por lo que sería más preciso decir que el estado civil “es la situación de una persona con respecto a sus relaciones de familia, en cuanto de ella derivan derechos y obligaciones jurídicas”²⁹⁷

²⁹⁴ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 245.

²⁹⁵ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 22.

²⁹⁶ Para CARRARA, “el hecho de la procreación es el fundamento primordial de la relación obligatoria que liga a los padres para con los hijos; es la verdadera causa jurídica de la sociedad parental. Esta sociedad se manifiesta en una forma que se llama estado de familia, en que se compendian los respectivos derechos y deberes de los miembros de esa sociedad; y todo hombre que nace, no importa cuál sea su cuna, tiene derecho a ese estado, en virtud de la ley natural”. Cfr.: CARRARA, F. 1964. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda. Vol. III. p. 414.

²⁹⁷ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 21.

En los párrafos que siguen, nos abocaremos al breve análisis de aquellas figuras penales que presentan ciertas similitudes o raíces históricas comunes con el delito de sustracción de menores, consistentes en: (a) la usurpación de estado civil y ocultamiento o exposición de un niño; (b) la negativa de entrega de un menor o no presentación de un menor por el encargado de su persona y; (c) la inducción al abandono de un hogar. Advirtiendo eso sí, que solo se abordarán los principales aspectos de la conducta típica y no las múltiples aristas que presente cada delito.

3.4.1.1. Delitos de usurpación de estado civil y ocultamiento o exposición de menores. Art. 354 CP²⁹⁸

El artículo 354 describe dos tipos penales distintos: la usurpación de estado civil y el delito de ocultamiento o exposición de un menor.

En el primero de ellos lo penado es la acción de “suplantar o aparentar” con cierta permanencia, tener el estado civil de un tercero que realmente exista o haya existido (y que puede estar vivo o muerto)²⁹⁹, en el sentido de “atribuirse” los derechos en general y las facultades inherentes al estado civil de otra

²⁹⁸ El artículo 354 tipifica el delito de usurpación de estado civil del menor en los siguientes términos: “El que usurpare el estado civil de otro, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se impondrán al que substrajere, ocultare o expusiere a un hijo legítimo o ilegítimo con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil”

²⁹⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 247.

persona³⁰⁰. La importancia de esta figura se manifestaría “en el concurso con otras figuras penales, en que éste será el medio para otro fin, normalmente defraudatorio”³⁰¹. En cuanto a las características de la conducta, se trata de un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo sin distinción de edad y es además, un delito permanente y de mera actividad.

En cuanto al delito de sustracción de menores, podemos establecer las siguientes relaciones: (1) ambos son delitos de carácter permanente; (2) ambos tienen un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo ya que pueden ser cometidos por cualquier persona, salvo que en el delito de sustracción de menores se defienda la tesis de que los progenitores no pueden ser sujetos activos; (3) difieren en cuanto al sujeto pasivo, ya que el 142 CP requiere que se trate de un menor de edad, mientras que el 354 inc. 1 no distingue y; (4) la sustracción de un menor puede ser un medio para consumir la usurpación del estado civil de un menor. Así lo ha establecido la Corte Suprema, en sentencia del 28 de septiembre de 1956³⁰² a propósito de un caso en que una mujer mediante engaños obtuvo la entrega de un menor para presentarlo a su amante y hacerlo parecer como hijo de ambos. La Corte señaló que el delito es sustracción de menores y no usurpación de estado civil, si no se logra acreditar

³⁰⁰ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 247.

³⁰¹ BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 203.

³⁰² C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

el propósito de privarlo de sus derechos como poseedor del estado civil de hijo legítimo de sus padres y de apropiárselos en beneficio propio o de otra persona.

El delito de ocultación o exposición de un menor, por otro lado, está tipificado en el inciso segundo de la norma. Se trataría de un tipo penal de hipótesis múltiple³⁰³, dado los distintos verbos rectores que la norma utiliza y que consisten en sustraer, ocultar o exponer. Dichas modalidades de acción deben llevarse a cabo para afectar el estado civil del niño³⁰⁴, pues ese es el bien jurídico amparado por la norma. Sustraer significa, según se analizó previamente, sacar a un niño de la esfera de protección en la cual se encuentra e impedir que quienes lo tienen a su cuidado cumplan esa función. “Ocultar” implicaría esconder al niño en un sitio desconocido para los demás³⁰⁵, para que no sepan cuál es su paradero³⁰⁶ y así disimular las circunstancias de su nacimiento³⁰⁷. Finalmente, “exponer” consistiría en abandonar al menor en una casa de expósitos³⁰⁸ o en general en cualquier establecimiento de asistencia,

³⁰³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 25.

³⁰⁴ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 248.

³⁰⁵ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 25.

³⁰⁶ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 248.

³⁰⁷ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. P. 134.

³⁰⁸ En relación con el artículo 348 inciso segundo del Código Penal, el abandono ocurrido en casas de expósitos queda excluido de las normas que tipifican el abandono de menores propiamente tal, regulada en los artículo 346 y ss. del Código Penal.

de manera que no pueda determinar su situación familiar³⁰⁹. En cuanto a las características del tipo, el sujeto activo no está restringido a los padres de la víctima, sino que puede tratarse también de otros ascendientes e incluso de terceros extraños³¹⁰, pero la víctima necesariamente debe ser un hijo legítimo o ilegítimo, “sin existir limitaciones en cuanto a la edad, siempre que respecto de la víctima pueda resultar idónea una conducta de ocultación o sustracción para hacerle perder su estado civil”³¹¹, como por ejemplo el caso de un demente. Finalmente, además del dolo, se requiere un elemento subjetivo adicional, consistente en tener como móvil, el ánimo “verdadero o presunto”³¹² de hacer perder a la víctima su estado civil.

En cuanto al delito de sustracción de menores, podemos establecer las siguientes relaciones: (1) ambas figuras comparten el mismo verbo rector “sustraer”, pero esta hipótesis de artículo 354 es de hipótesis múltiple, por lo que contempla además los verbos “ocultar” y “exponer”; (2) difieren ambas figuras en cuanto al bien jurídico protegido, ya que a diferencia de la sustracción

³⁰⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 248.

³¹⁰ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 24.

³¹¹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pp. 24-25.

³¹² Para ETCHEBERRY y GARRIDO MONTT, la expresión “verdadero o presunto” sería innecesaria, equívoca y no tendría sentido, ya que habría sido introducido por la Comisión Redactora con el solo objeto de permitir que pudiera probarse tal ánimo por presunciones, por lo que siendo un medio probatorio de general aplicación en la actualidad en materia penal, carecería de justificación práctica. Cfr.: ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 25.; GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 248.

de menores, la figura en comento atenta contra el estado civil del menor, esto es, contra las facultades que tiene de ejercer ciertos derechos y estar sujeto a determinadas obligaciones propias de ese estado civil³¹³; (3) en cuanto al sujeto activo, no habrían distinciones, ya que ambos contemplan un tipo penal abierto en ese sentido. Lo anterior a menos que se siga la tesis de que los progenitores no podrían ser sujetos activos del delito de sustracción de menores en ningún caso³¹⁴; (4) en cuando al sujeto pasivo, tratándose del artículo 142 CP debe ser un menor de edad, mientras que en este supuesto del 354 CP no existe distinción de edad, siempre que la víctima sea sustraída en su carácter de hijo y pueda resultar idónea en ella una conducta de ocultación o sustracción para hacerle perder su estado civil; y finalmente, (5) difieren en cuanto al móvil o elemento subjetivo adicional que requiere la figura del 354 consistente en el “ánimo verdadero o presunto de hacer perder al hijo su estado civil”. Así lo hizo notar además ETCHEBERRY, para quien la exigencia de dicho ánimo sería de gran importancia, “ya que de lo contrario la conducta podría ser constitutiva de delitos más graves como la sustracción de menores”³¹⁵.

³¹³ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 247.

³¹⁴ Para ETCHEBERRY, admitiendo la interpretación del sujeto activo abierto en la sustracción de menores, “se produciría la inconsistencia de que, cuando los padres son autores de la sustracción impulsados por afecto al hijo y para beneficiarlo, reciben una pena mucho más elevada que cuando realizan la sustracción para hacerle perder su estado civil”. Cfr.: ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 25.

³¹⁵ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 25.

3.4.1.2. Delito de negativa de entrega del menor. Art. 355 CP³¹⁶

En el Código Penal español de 1848, el delito referido se encontraba regulado inmediatamente después del delito de sustracción de menores en el artículo 409³¹⁷ y no era sino un caso especial del mismo. Según PACHECO³¹⁸, la conducta típica descrita, despertaba en contra del encargado “una presunción tan grave y tan desfavorable, que la ley no ha podido menos de estimarla como prueba del delito” de sustracción.

El tipo objetivo del artículo 355 consiste en la no presentación del menor por quien lo tiene a su cargo, es decir, no indicar su actual paradero³¹⁹ o bien, no dar explicaciones satisfactorias sobre su desaparición. Para GARRIDO MONTT, a pesar de que a simple vista el delito pareciera ser de omisión, esto no sería así en realidad, ya que “el tipo exige fuera del comportamiento omisivo, que el sujeto tenga a su cargo la persona del menor –contractualmente o de hecho-, y que éste sea reclamado por sus padres, por sus guardadores o por la

³¹⁶ El artículo 355 tipifica el delito de negativa de entrega de un menor en los siguientes términos: “El que hallándose encargado de la persona del menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”

³¹⁷ El artículo 409 del Código Penal español de 1848 establecía: “En la misma pena (de la sustracción de menores) incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición”

³¹⁸ PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ªed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III. p. 250.

³¹⁹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 26.

autoridad³²⁰. En cuanto a los sujetos, cabe señalar que se trata de un delito especial ya que requiere un sujeto activo calificado consistente en “aquel que está a cargo de la persona del menor” y, el sujeto pasivo, tiene que ser un menor de edad y tiene que estar a cargo del sujeto activo. Por su parte, al igual que la figura anterior, además del dolo debe concurrir un elemento subjetivo del tipo, referido a tener como móvil “el ánimo de afectar al estado civil del niño³²¹. Así, no se trataría de una simple no presentación, sino de una no presentación “de la cual pueda razonablemente deducirse que se hizo desaparecer al menor para hacerle perder su estado civil”³²². Finalmente, el encargado puede liberarse del cargo presentando al menor o dando explicaciones satisfactorias de por qué no lo hace³²³. Sobre el alcance del término “satisfactorias”, se ha sostenido que la expresión de la norma es desafortunada, ya que no se trataría de una presunción de derecho, sino que el encargado puede justificar que él no ha sustraído ni oculta al menor³²⁴. Dichas explicaciones serán satisfactorias cuando permitan descartar las sospechas en su contra o justifiquen la

³²⁰ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249.

³²¹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249.

³²² LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. P. 135.

³²³ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249; LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. P. 135.

³²⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

desaparición del niño³²⁵, en el sentido de que libran al encargado de la presunción de ser autor de sustracción.³²⁶

Así, podemos establecer en cuanto al delito de sustracción de menores las siguientes relaciones: (1) difieren en cuanto a la conducta típica, ya que mientras en el 142 CP se exige la “sustracción” del menor, lo penado en el 355 CP es la “no presentación” o “no dar explicaciones satisfactorias”; (2) para un sector de la doctrina³²⁷, la figura en comento no sería sino una presunción simplemente legal de sustracción de un menor, dados los antecedentes históricos de la norma³²⁸; (3) difiere del delito de sustracción de menores, en que supone una entrega previa y voluntaria del niño al encargado³²⁹; (4) difieren además en que los bienes jurídicos afectados son distintos, a diferencia del 142, esta figura afectaría el estado civil del menor³³⁰; (5) difieren en cuanto al sujeto activo, ya que en este caso debe ser necesariamente la persona encargada de un menor por delegación de hecho o de derecho efectuada por

³²⁵ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249;

³²⁶ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27

³²⁷ En contra: GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249.

³²⁸ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 26; BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 203.

³²⁹ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 249.

³³⁰ En contra de esto ETCHEBERRY, para quien este delito no tiene nada que ver el estado civil, por lo que sería criticable su ubicación sistemática en el Código Penal. Cfr.: ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

los padres, de lo que se presume que los progenitores no podrían ser sujetos activos. El delito de sustracción de menores, en cambio, solo exige que sea un particular (pero si se acepta la tesis de la improcedencia de la calidad de sujeto activo de los progenitores en este último, tendría una similitud con el 355 CP); (6) en cuanto al sujeto pasivo, en ambas figuras debe tratarse de un menor de edad, pero en el caso del 355, necesariamente debe estar a cargo del sujeto pasivo por delegación de sus padres o guardadores y; finalmente (7) difieren en los móviles, ya que además del dolo, debe existir en el sujeto activo del 355 el ánimo de afectar el estado civil del niño.

Resulta interesante referirnos a un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 12 de septiembre de 1990³³¹, en que se relacionaron los delitos de sustracción de menores, el de sustracción para hacerle perder su estado civil del artículo 354 inciso segundo y el de negativa de entrega de un menor. Se trató de un caso en que una madre por razones de salud dejó a un infante al cuidado de una mujer, que en concomitancia con otra imputada no lo presentó al reclamo de su madre y posteriormente se fugaron con el menor, negándose a la entrega posterior de esta a la madre natural. Por su parte, una de las imputadas, mediante el artificio de suponer haber dado a luz, procedió a inscribir al menor en el Registro Civil como su hijo natural, con lo cual se pretendió hacerle perder el estado civil de hijo natural de su verdadera

³³¹ C. Santiago, 12 septiembre 1990. MJCH_MJJ N° 4296. R., t. LXXXVII, p. 137.

madre con el objeto de que se ignore a que filiación pertenecía. La Corte sostuvo que, a pesar de que una de las imputadas estaba acusada por sustracción de menores, era más apropiado que la figura delictiva quedara enmarcada dentro del delito de negativa de entrega de un menor por su especialidad, descartando la posibilidad de que hubieran –al mismo tiempo– incurrido en el delito de sustracción de menores. Sin embargo, la Corte estimó que la no presentación y posterior desaparición del menor fue el medio necesario para la comisión del delito de supresión del estado civil previsto en el inciso segundo del artículo 354 CP, por lo que conforme a las reglas del concurso ideal, correspondía imponerle la pena mayor asignada al delito más grave, esto es, relativo a la supresión de estado civil en su grado máximo.

3.4.1.3. Delito de inducción al abandono del hogar. Art. 357 CP³³²

El artículo 357 se refiere al que induce a un mayor de diez años pero menor de edad a abandonar la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona. Tiene su origen histórico en el artículo 410 del Código Penal español de 1848³³³ y, al igual que el delito de negativa de entrega de un menor estaba regulado como una forma de sustracción de menores dentro del mismo párrafo.

³³² El artículo 357 tipifica el delito de inducción al abandono del hogar en los siguientes términos: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”

³³³ El artículo 410 del Código Penal español de 1848 establecía: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona, será castigado con las penas de arresto mayor, y multa de 20 a 200 duros”.

Para ETCHEBERRY³³⁴, se trataría de una conducta que estaría mucho más vinculada a la sustracción de menores que a los delitos contra el estado civil ya que, dada la edad del sujeto pasivo, sería difícil concebir un caso concreto en que el estado civil del menor resulte lesionado por esta conducta. En el caso de BULLEMORE³³⁵, más que un delito contra el estado civil, se trataría de un delito de peligro contra otros bienes jurídicos. En cuanto al tipo objetivo, este consistiría en la acción destinada a “convencer” a un menor para que abandone el hogar que lo protege, esto es, hacerlo tomar la decisión de que se aleje material y permanentemente de la casa³³⁶, que constituye el símbolo material de la esfera de custodia o resguardo en que el menor se encuentra³³⁷. Ahora bien, no es necesario para que se configure la conducta típica ni para que se consuma el delito que el actor colabore en el alejamiento, o que facilite los medios o que participe en alguna otra forma en el abandono³³⁸. En cuanto al sujeto activo, puede ser cualquier persona que no sean los padres, guardadores o encargados de la persona del menor³³⁹, mientras que el sujeto pasivo debe ser un mayor de diez años pero menor de edad. Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo, el delito además de dolo requiere el móvil de atentar contra el estado

³³⁴ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

³³⁵ BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile. p. 204.

³³⁶ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 250.

³³⁷ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

³³⁸ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 250.

³³⁹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 27.

civil del menor³⁴⁰, de tal manera, que si se induce a un menor de edad pero mayor de diez a que abandone su hogar pero sin afectar su estado civil, la conducta sería atípica.

En cuanto al delito de sustracción de menores, podemos establecer las siguientes relaciones: (1) en cuanto a la conducta típica, mientras el delito del 142 CP consiste en sustraer, esto es “apartar o separar”, el delito del 357 CP consiste en “convencer”, no siendo necesario ni que colabore ni que facilite los medios ni que participe en el abandono del hogar por parte del menor; (2) en cuanto al sujeto activo, en el 357 CP puede ser cualquier persona salvo los padres, guardadores o encargados de su persona, mientras que en el 142 CP puede ser cualquier persona, a menos que se siga la tesis de que padres no pueden serlo; (3) en cuanto al sujeto pasivo, tratándose del 142 CP debe ser un menor de edad, sin distinción, mientras que en el 357 CP debe ser un menor de edad pero mayor de diez años; (4) difieren en que el actor del 357 CP debe hacer actuado con el móvil de afectar el estado civil del menor, mientras que en la figura básica del 142 CP no se requiere móvil alguno y; finalmente, (5) en cuanto al consentimiento del menor, cabe recordar la distinción que efectuamos en este capítulo al tratar el delito de sustracción de menores. Habrá sustracción de menores si se trata de un menor de diez años y se configurará el 357 si es mayor de diez años pero menor de edad. Así lo estableció además la Corte de

³⁴⁰ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 250.

Apelaciones de Temuco, en sentencia del 2 de octubre de 1970³⁴¹. Sostuvo que el consentimiento de menor de edad pero mayor de 10 años excluía la tipicidad del delito de sustracción de menores, pero configuraba el delito de inducción al abandono del hogar, solo si la inducción se realiza con el propósito de atentar contra el estado civil del inducido. Faltando dicho propósito, la conducta deja de ser punible.

3.4.4. Otros delitos que atentan contra la seguridad personal y la libertad ambulatoria

3.4.4.1. Delito de secuestro. Art.141 CP³⁴²

En cuanto al delito de sustracción de menores podemos establecer las siguientes relaciones: (1) todas las diferencias con este delito derivan del hecho de que en el caso del 142 CP se exige que se trate de un menor de edad, siendo la figura del 141 la regulación común y el 142 la especial por referirse a

³⁴¹ C. Temuco, 2 octubre 1970. R., t. LXVII, p. 396.

³⁴² El artículo 141 CP tipifica el delito de secuestro en los siguientes términos: “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito. 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.”

menores de 18 años; (2) ambas figuras comparten el bien jurídico protegido; (2) en cuanto a la conducta típica, ya se ha señalado que el verbo rector se refiere a “sustracción” y no “secuestro”, atendida la especial forma que asume la libertad en el caso del 142 CP, vinculada a la seguridad del menor; (3) en cuanto a los modos de comisión, el 141 CP contempla las figuras de “detención” y “encierro”, mientras que existe un silencio normativo en cuanto al 142 CP, lo que llevaría a pensar que puede ser cualquier medio de comisión, con la excepción de la inducción si se trata de mayores de diez años; (4) en cuanto al sujeto activo, en ambos casos puede ser cualquier particular, salvo que se siga la tesis de la improcedencia de la calidad de sujetos activos de los progenitores y; (5) comparten ambos delitos la figura hiperagravada, por la remisión que efectúa el artículo 142 inciso final al inciso final del artículo 141 CP, pero difieren en cuanto a las agravantes simples, ya que el secuestro contempla además, el hecho de que el encierro dure más de 15 días.

3.4.4.2. Delito de detención ilegal. Art. 148 CP³⁴³

Finalmente, aun cuando concurren todos los supuestos del delito de sustracción de menores, si la conducta típica es perpetrada por un funcionario

³⁴³ El artículo 148 CP tipifica el delito de detención ilegal en los siguientes términos: “Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos.”

público, en los términos del artículo 260 del Código Penal³⁴⁴, durante el ejercicio de sus funciones y fuera de los casos previstos en la ley, concurre el delito de detención ilegal³⁴⁵ y no el 142 CP por el principio de especialidad. La naturaleza de esta disposición “no sería permitir en sí una atenuación a un funcionario público que detiene o arresta fuera de los casos previstos en la ley, sino determinar el efecto del error de prohibición vencible en su caso”³⁴⁶. Lo anterior, debido a que la protección de la seguridad de las personas está entregada a ellos en primera línea, por lo que correspondería al funcionario público un especial deber de cuidado a la hora de decretar restricciones a la libertad de los ciudadanos.³⁴⁷

3.5. Conclusiones preliminares

El delito de sustracción de menores ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de su establecimiento. Sin embargo, conserva intacto su verbo rector consistente en la acción de “sustraer”. Dentro de las características del tipo se

³⁴⁴ El artículo 260 del Código Penal establece: “Para los efectos de este título del párrafo IV del título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes del él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”

³⁴⁵ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 398.

³⁴⁶ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 250.

³⁴⁷ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 250.

encuentran el que sea un delito de carácter permanente, lo que revestiría importancia tanto para la prescripción de la acción penal, para la participación criminal y para la configuración de agravantes. Entendimos por sustracción, apartar o separar a un menor de la esfera de resguardo a que se encuentra sometido (legal, convencional o judicialmente). Resguardo que sería entendido como condición jurídica -no material- de carácter general y permanente (mientras no se establezca jurídicamente lo contrario), comprendiendo de esta manera tanto las hipótesis en que el menor se encuentre transitando solo en la vía pública o en dirección a su hogar, como las hipótesis en las que se encuentra transitoriamente sometido a una custodia de un tercero.

En cuanto a los sujetos del delito, tratándose del sujeto pasivo, este necesariamente debe tratarse de un menor de 18 años, sin distinción, mientras que en el caso del sujeto activo existirían dos posturas. Por un lado quienes niegan la posibilidad de que los progenitores revistan tal calidad y, por otro, quienes si la admiten atendido a que la regulación actual establecería un tipo penal abierto. La adherencia a una y otra postura dependerá por lo demás de la noción que se tenga de bien jurídico protegido por el artículo 142 CP. A nuestro entender, dicho bien jurídico sería la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Teniendo dicho objeto jurídico en la mira, y advirtiendo que se analizaría en profundidad en el capítulo IV, adelantamos que en esta obra adherimos a la segunda postura, considerando el pronunciamiento de la

Corte Suprema sobre que la eliminación de la referencia a quienes se debía “devolver a la víctima libre de todo daño” del artículo 142 bis –beneficio que antes se encontraba tipificado en el inciso final del artículo 142 y que establecía expresamente que se hacía “a los padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad”- lo que permitiría admitir la posibilidad de que los progenitores puedan ser considerados sujetos activos del delito, en situaciones puntuales de crisis familiar y atendidas las circunstancias.

En cuanto al análisis de la figura básica del delito de sustracción de menores, tipificada en el N°2 del art. 142 CP, señalamos: (1) que no requiere para su configuración la existencia de un elemento subjetivo adicional a la sustracción misma, distinto de los móviles señalados en el artículo 142 CP; (2) que puede ser cometida tanto con dolo directo como con dolo eventual y, (3) que la entrega voluntaria de un menor por quienes lo tienen a su cargo no excluiría la configuración del tipo respecto del tercero que realiza la conducta típica, especialmente si dicha entrega se obtuvo mediante engaños. Sin embargo, si la entrega del menor fue generada a instancias de un progenitor o guardador, sin que existiera planificación previa ni intención por parte de un tercero por apartar al menor de su esfera de resguardo, la jurisprudencia ha tendido a excluir la tipicidad de la conducta. Al abordar el consentimiento del menor, señalamos que la doctrina nacional se inclina por establecer una relación de complementariedad con el artículo 357 sobre inducción del menor al

abandono de hogar. Así, si el menor de edad tiene menos de diez años, su consentimiento carece de relevancia y la conducta sería constitutiva del delito de sustracción de menores; pero si el menor de edad tiene más de diez años, el consentimiento transforma la figura en el delito de inducción al abandono del hogar.

En cuanto a las figuras agravadas del tipo, señalamos que estas pueden ser de dos clases. Por un lado la agravante simple del 142 N°1 CP y, por otro lado, la figura hiperagravada establecida en el inciso final del artículo 141 CP inciso final, aplicable a la sustracción de menores, por remisión del inciso final del artículo 142 CP.

La agravante simple se puede configurar por dos factores: por el presencia de un elemento subjetivo del tipo –móvil- o bien, el acaecimiento de una circunstancia fortuita que transformaría el tipo en un delito calificado por el resultado. Los tres móviles que califican la figura son el haber ejecutado la sustracción para la obtención de un rescate, para imponer exigencias o para arrancar decisiones. La concurrencia de estos móviles hace que solo sea procedente el dolo directo, descartándose el dolo eventual. Por su parte, la circunstancia fortuita que transforma la figura en un delito calificado por el resultado consiste en haber resultado grave daño en la persona del menor, como consecuencia de la sustracción. La noción de grave daño debe

entenderse como la producción de las lesiones simplemente graves del artículo 397 N°2 CP, las del 398 CP y la producción culposa de algunos de los resultados de la figura hiperagravada, esto es, las lesiones graves comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1 CP.

La figura hiperagravada se configura por la comisión en la persona del menor, de alguno de los delitos de homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones graves de los artículos 395, 396 y 397 N°1 CP. Dicha agravante no se aplicaría en caso que fallezca el menor durante la sustracción, o que se lesione, sino que debe ejecutarse en su persona un delito que cumpla todas las condiciones exigidas por el tipo doloso, de manera tal que si la muerte o lesión se produce como consecuencia de un hecho fortuito atribuible a la negligencia o mera imprudencia de los actores, no podría aplicarse esta figura hiperagravada, sino eventualmente la agravante simple en su segunda hipótesis.

El delito de sustracción de menores contempla además una atenuante especial referida a la devolución del menor libre de todo daño. Con la ley 19.241 del 28 de agosto de 1993, dicho beneficio de reducción de pena pasó de estar tipificado en el inciso final del artículo 142, a quedar regulado por el nuevo artículo 142 bis, haciéndolo aplicable tanto al delito de sustracción de menores como al delito de secuestro. Dijimos al respecto que el momento en el cual se

efectúa la devolución, incide directamente en la diversa rebaja que existe de la pena y además marca una distinción en cuanto a la aplicabilidad del beneficio, haciéndolo de carácter imperativo o facultativo. Así, tratándose de una devolución de la víctima que se efectúe antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas, la pena asignada al delito “se rebajará” en dos grados, mientras que si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez “podrá rebajar” la pena en un grado.

En cuanto a la relación de la sustracción de menores con otros delitos, señalamos que, por tratarse de un delito permanente, se encuentra excluido del sistema concursal común, por existir una unidad jurídica de acción. De esta manera, tratándose del tipo del artículo 142 CP, la duración del estado antijurídico intensifica la lesión al bien afectado, pero no al punto de modificar la naturaleza unitaria del delito cometido. Así, si durante ese estado permanente se cometen otros delitos, es discutible la apreciación de un concurso ideal o real, ya que el legislador estableció reglas concursales excepcionales para los casos más graves. En los casos menos graves, como las lesiones leves que se realicen como consecuencia de la forma y modalidades con que se ejecuta la sustracción, quedaran consumidos por el 142 CP.

Finalmente, nos referimos a las relaciones entre el tipo del 142 CP con algunas figuras delictivas que presentan rasgos similares, y determinamos sus

diferencias. Dichas relaciones, pueden resumirse en el siguiente cuadro comparativo:

	CONDUCTA TÍPICA	SUJETO ACTIVO	SUJETO PASIVO	MÓVIL	OBSERVACIONES
ART. 142	Sustraer (separar o apartar)	Cualquier persona *salvo progenitores (discutido)	Menor de 18 años	a) figura simple no contempla; b) agravante simple en primera hipótesis puede consistir en: (1) obtener un rescate; (2) imponer exigencias (3) arrancar decisiones	Además de la agravante simple, el tipo contempla una figura hiperagravada que se encuentra regulada en el inciso final del artículo 141 CP a propósito del delito de secuestro. Comparte además con este delito la atenuante especial del 142 bis CP
ART.354 (INC.1)	Usurpar	Cualquier persona	Cualquier persona	Privar al sujeto pasivo de su estado civil	La sustracción de un menor puede ser el medio para consumar la usurpación del estado civil del mismo
ART. 354 (INC.2)	Hipótesis múltiple: sustraer, ocultar o exponer	Cualquier persona	Cualquier persona, siempre que sea sustraída en su carácter de hijo o hija y pueda resultar idónea en él o ella la conducta típica	Animo verdadero o presunto de hacer perder al sujeto pasivo su estado civil de hijo	Si no concurre el móvil, habrá sustracción de menores del 142 CP
ART. 355	No presentación o no dar explicación satisfactoria	Persona encargada del menor, por delegación de padres o guardadores	Menor de edad a cargo del sujeto activo, por delegación de padres o guardadores	Animo de afectar el estado civil del niño	A diferencia del 142 CP, supone una entrega previa y voluntaria del menor. Para algunos es una presunción simplemente legal del 142 CP, por razones históricas.

ART. 357	Inducir (convencer)	Cualquier persona, excepto los padres y guardadores	Mayor de 10 pero menos de 18 años	Afectar el estado civil del menor	No es necesario que el actor colabore ni que facilite medios o participe. En cuanto al consentimiento del menor, si es menor de 10 hay siempre sustracción, si es mayor hay inducción ya que existe un germen de autodeterminación del menor
ART. 141	Encerrar o detener	Cualquier persona	Mayor de 18 años	a) figura simple no contempla; b) agravante simple puede consistir en: (1) obtener un rescate; (2) imponer exigencias (3) arrancar decisiones	Es la figura residual y cede en favor de la sustracción por la edad del sujeto pasivo. En cuanto a las agravantes, contempla además la de estar privado más de 15 días, que el 142 no contempla. Pero tiene en común con el 142 CP: la figura hiperagravada y la atenuante especial del 142 bis CP
ART. 148	Desterrar, arrestar o detener ilegalmente	Funcionario publico	Cualquier persona	No contempla	Prefiere a la sustracción de menores, por principio de especialidad en razón del sujeto activo

CAPÍTULO IV

PROBLEMAS ACTUALES EN RELACION CON EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES

4.1. Situación actual del delito de sustracción de menores en Chile.

Recapitulación y problemas detectados

El delito de sustracción de menores ha presentado una serie de cambios y reestructuraciones a lo largo de su historia. Según vimos en el capítulo primero, uno de los aspectos que más se han hecho notar a lo largo de sus modificaciones es su carácter de delito de extrema gravedad, lo que se ve reflejado además en lo elevada que siempre ha resultado ser su pena, llegando incluso a contemplar en el pasado, la pena de muerte para su figura básica.

En la actualidad, una de las particularidades que presenta el art.142 CP, además de tener asignada una pena elevada, es que afortunadamente se trata de un delito de escasa ocurrencia. Esto puede ser inferido a partir de datos concretos. Según estadísticas del Ministerio Público, se registró un total de 1.503 ingresos asociados al artículo 142 del Código Penal, en el período comprendido entre diciembre de 2000 y enero de 2015. De ese total, solo 60 causas se encuentran actualmente vigentes y 1.432 de ellas se encuentran terminadas, las que corresponden al 95,27% del total general registrado. Todo

lo anterior según se puede apreciar en el siguiente recuadro, actualizado a enero de 2015³⁴⁸:

CASOS INGRESADOS POR EL DELITO DE SUSTRACCION DE MENORES. ART. 142 CP																	
PERIODO: DICIEMBRE 2000 A ENERO 2015																	
ESTADO DEL CASO	AÑO DE RELACIÓN																TOTAL GRAL.
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
SUSPENDIDO				1			1		1			2	2	2	2		11
TERMINADO	1	21	40	39	99	142	185	167	127	108	80	123	126	99	74	1	1432
VIGENTE													5	9	43	3	60
TOTAL	1	21	40	40	99	142	186	167	128	108	80	125	133	110	119	4	1503

Es más, según las estadísticas de la cuenta pública efectuada por el Ministerio Público en el año 2014³⁴⁹, se registró entre imputados conocidos y no conocidos un total de 1.348.895 ingresos, de los cuales 167.274 correspondían a casos asociados a la categoría de delitos contra la libertad e intimidad de las personas, es decir, el 12.4% del total general. Sin embargo, por concepto del artículo 142 CP se ingresaron un total de 119 casos, correspondientes al 0,07%

³⁴⁸ Fuente: Fiscalía Nacional. División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión (DIVEST), información solicitada con fecha 16 de diciembre de 2014 y proporcionada con fecha 5 de febrero de 2015, en base al código 203 del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF).

³⁴⁹ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014 [En línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [Consulta: 10.03.2015] p. 22.

del total correspondiente a la categoría y al 0,008% del total general del año 2014. Lo que permite clarificar la particularidad de ser un delito de escasa ocurrencia.

Pero resulta interesante analizar además, que otra de las particularidades que presentan en la práctica los casos que involucran este delito, es que la mayoría de las veces se acaban por términos facultativos. De un total de 1.834 causas finalizadas entre diciembre del año 2000 y enero de 2015, la gran mayoría de los términos aplicados se debían a términos facultativos (50,9%), en segundo lugar al ejercicio de la facultad para no investigar (23,2%), en tercer lugar al sobreseimiento definitivo (8,7%) y en cuarto lugar a la agrupación de la causa a otro caso (8,6%). Esto quiere decir que el 91,4% del total de causas, finalizó por términos facultativos, agrupaciones a otro caso o salidas judiciales distintas de la sentencia definitiva.

De esta manera, podemos establecer que desde el año 2000 a la fecha, solo el 6,7% de las causas ingresadas ha terminado por sentencia definitiva, correspondientes a 123 casos, de los cuales 34 lo fueron por sentencia absolutoria (1,8%) y 89 por sentencia condenatoria (4,8%).

Todo lo anterior, según se puede apreciar en el siguiente recuadro³⁵⁰:

TÉRMINOS APLICADOS POR DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES. ART. 142 CP																	
Periodo: diciembre 2000 a enero 2015																	
TIPO DE TÉRMINO	DETALLE	AÑO DE RELACION															TOTAL GRAL.
		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
OTROS TÉRMINOS	Agrupación a otro caso	2	4	4	6	11	22	13	17	10	3	22	17	10	14	3	158
	Anulación administrativa														1		1
	Otras causales de suspensión								1			1			3		5
	Otras causales de término							1									1
TOTAL OTROS TÉRMINOS		2	4	4	6	11	22	14	18	10	3	23	17	10	18	3	165
SALIDA JUDICIAL	Acuerdo reparatorio					1								1			2
	Facultad para no investigar	5	17	21	43	41	74	50	36	29	15	15	31	32	12	2	426
	Sentencia definitiva absoluta					1	2	9		6	1	3	8	2	2		34

³⁵⁰ Fuente: Fiscalía Nacional. División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión (DIVEST). Información solicitada con fecha 16 de diciembre de 2014 y proporcionada con fecha 5 de febrero de 2015, en base al código 203 del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF).

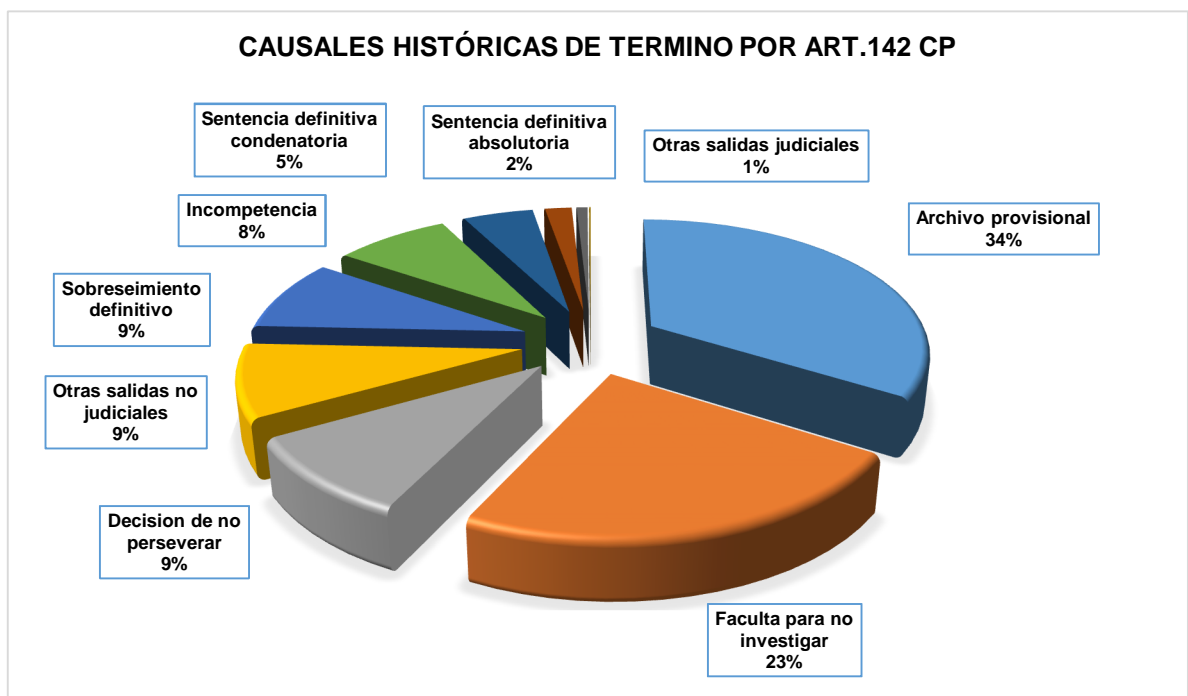
	Sentencia definitiva condena		1	1	1	6	4	16	12	13	7	3	8	5	12		89	
	Sobreseim. definitivo		4	1	3	19	24	25	10	12	5	11	13	13	20	1	161	
	Sobreseim. temporal					1			1				2				4	
	Suspensión condicional			1						1	2	1	1	1	3		10	
TOTAL SALIDA JUDICIAL			8	22	24	47	69	104	100	59	61	30	33	63	54	49	3	726
TÉRMINO FACULTA T.	Archivo provisional		1	13	9	14	43	62	88	60	65	50	66	61	43	42	4	621
	Decisión de no perseverar			5	3	4	10	15	18	21	14	15	19	18	8	15	10	175
	Incompet.		1	4	9	13	10	8	19	12	11	9	7	10	22	10		145
	Principio de oportun.					1								1				2
	TOTAL TÉRMINO FACULTATIVO		2	22	21	32	63	85	125	93	90	74	92	90	73	67	14	943
TOTAL GENERAL			12	48	49	85	143	211	239	170	161	107	148	170	137	134	20	1834

Ahora bien, analizando más en detalle los datos referidos, es posible establecer una cierta tendencia en cuanto a las causales más reiteradas de término (específicas), asociadas al delito de sustracción de menores.

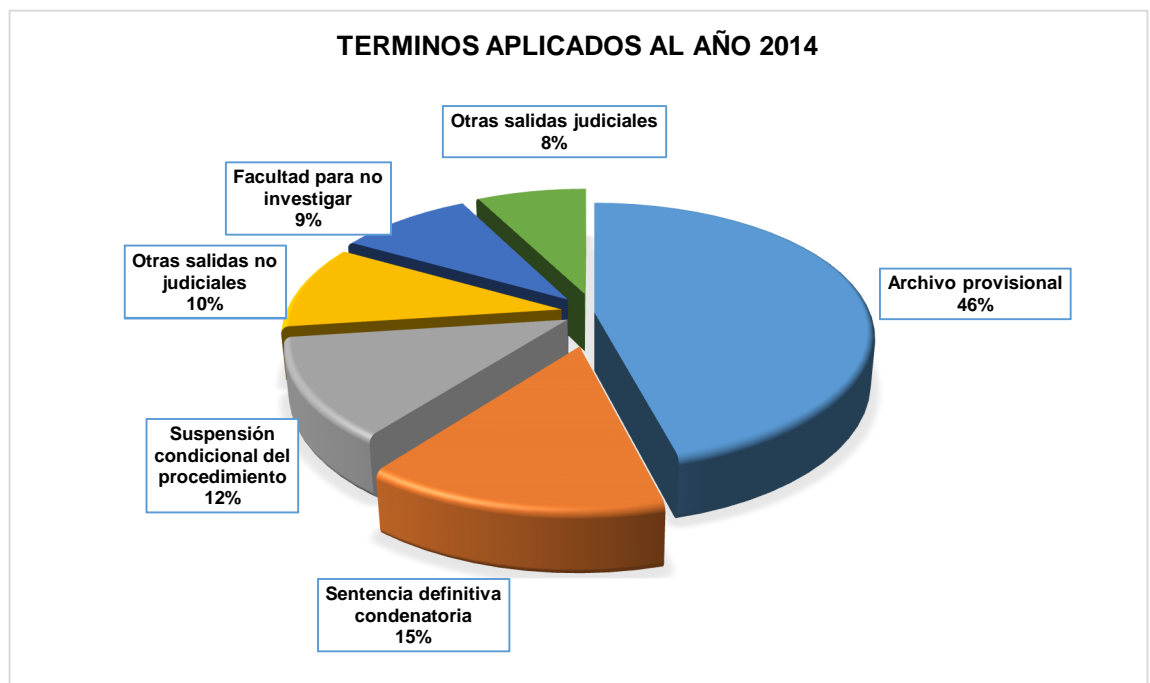
Dentro de un universo de 1.834 casos entre diciembre de 2000 y enero de 2015, el primer lugar indiscutido lo ocupa el archivo provisional con 621 casos correspondientes al 33.8%. En segundo lugar, la facultad para no iniciar

la investigación con 426 casos correspondiente al 23.22% y, en tercer lugar, la decisión de no perseverar con 175 casos correspondiente al 9.54%. Dichas causales son seguidas por otras salidas judiciales con 165 casos (8.9%), el sobreseimiento definitivo con 161 casos (8.77%), la incompetencia con 145 casos (7.9%) y la sentencia definitiva condenatoria con 89 casos (4.85%). Finalmente, con 34 casos se encuentra la sentencia definitiva absolutoria (1.85%), otras salidas judiciales con 14 casos (0.76%) y el principio de oportunidad propiamente tal con 2 casos (0.10%).

Estas cifras pueden verse reflejadas en el siguiente gráfico:



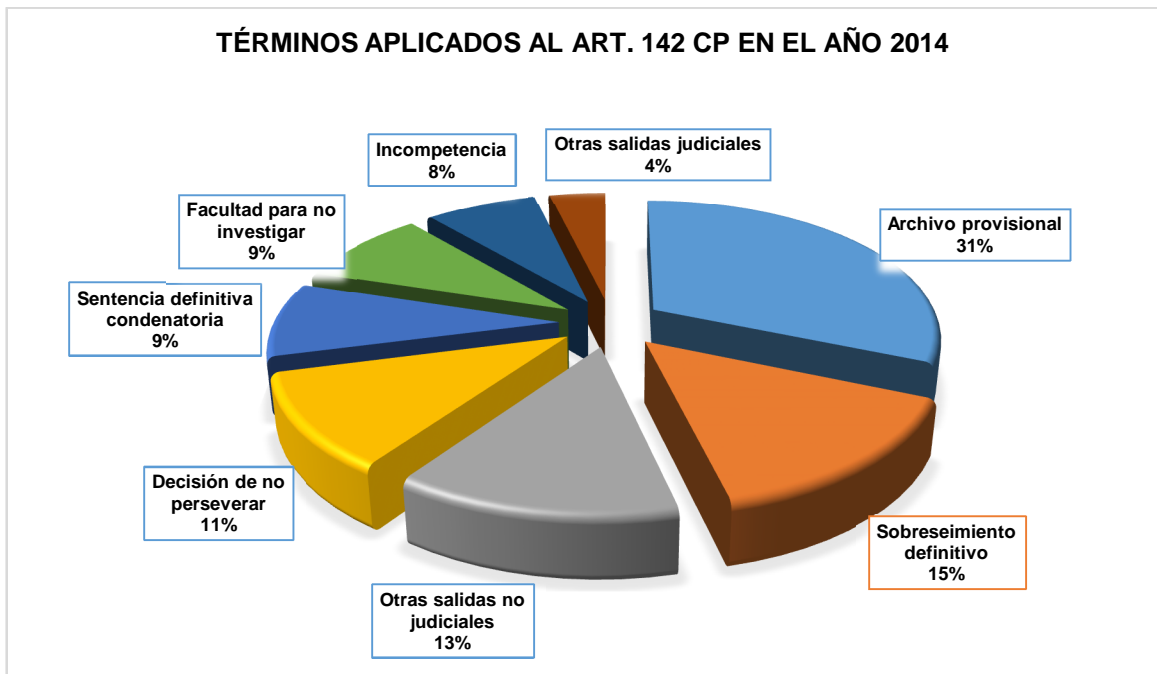
En este orden de cosas, si tuviéramos que hacer un análisis respecto de la tendencia en la generalidad de los delitos, podremos sostener que la sustracción de menores se aparta de la regla general a nivel nacional. Así por ejemplo, tomando como referencia el año 2014, de un total de 1.624.698 causas finalizadas en el Ministerio Público, la segunda y tercera causa de términos después del archivo provisional correspondió a la sentencia condenatoria y a la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento:



Fuente: Boletín estadístico anual 2014 del Ministerio público³⁵¹

³⁵¹ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014 [En línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [Consulta: 10.03.2015] p. 13.

Lo anterior, en contraste con lo que sucedió el mismo año 2014 en relación con el delito de sustracción de menores. De un total de 134 causas finalizadas, después del archivo provisional correspondiente al 31,3% con 42 causas, la segunda y tercera causa de término correspondió al sobreseimiento definitivo con 20 causas y a otras salidas no judiciales con 18 causas, correspondientes al 14,9% y 13,4% respectivamente. Es más, la cuarta causal de término fue la decisión de no perseverar con 15 casos y solo en quinto lugar se encontró ubicada la sentencia definitiva condenatoria con 12 casos, correspondiente al 8,9% del total general del año 2014, al igual que la facultad para no investigar:



Finalmente, no deja de ser interesante que otra de las particularidades de este delito sea el hecho de tener un elevado porcentaje de causas terminadas por incompetencia, estimándose que su conocimiento correspondía a los Tribunales de Familia. Dicho porcentaje asciende a 7,9% en el total de causas históricas entre 2000 y enero de 2015.

Si tomamos como referencia nuevamente el año 2014, esa cifra está muy por encima de lo que ocurre a nivel nacional en las estadísticas del Ministerio Público³⁵² con respecto a la categoría de delitos contra la libertad e intimidad de las personas, en que el porcentaje de causas que terminaron por incompetencia sólo alcanzó el 0,5% de un total de 203.745 casos.

Todo lo expuesto precedentemente no hace más que graficar que existen dificultades en la praxis penal a la hora de determinar la aplicación de la norma en estudio. Ponemos énfasis en la causal de incompetencia para estimar que dentro de las razones que podrían estar detrás de la marcada tendencia por aplicar términos facultativos, sobreseimientos definitivos y agrupaciones de casos, se encuentra al problema de enfrentar situaciones en las que los principales sujetos involucrados, son los progenitores, guardadores o familiares cercanos de un menor. Lo anterior, dado la característica de *ultima ratio* del

³⁵² MINISTERIO PUBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014 [En línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [Consulta: 10.03.2015] p. 33.

Derecho Penal, que lleva a agotar todas las instancias antes de optar por la vía punitiva, especialmente si se toma en consideración que aun cuando este tipo de casos puedan encuadrarse dentro de la figura básica, esto es, que la conducta sea ejecutada sin el móvil de obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones, sin haber resultado grave daño en la persona del menor y sin haberse cometido homicidio, violación o lesiones graves, aun así, la pena asignada al delito en referencia es muy elevada, correspondiéndole al autor del tipo, la sanción de presidio mayor en su grado medio a máximo. Es decir, por el solo hecho de incurrir en la conducta típica, el sujeto activo arriesga una pena en abstracto que va desde diez años y un día a los veinte años, lo que a todas luces podría parecer excesivo para un progenitor que no ha afectado la seguridad del menor.

Pese a ello, analizaremos a continuación, si es posible que existan situaciones en las que la aplicación de la norma sea justificada en este tipo de casos, que involucran a progenitores e hijos como sujetos del tipo penal sometido a análisis.

4.2. Problema de los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo

A lo largo de la presente obra, hemos hecho notar constantemente la problemática en torno a la posibilidad de considerar o no a los padres y guardadores del menor como eventuales sujetos activos del delito de sustracción de menores. En las líneas que siguen, nos referiremos en primer lugar a los argumentos que se han dado en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, para negar o admitir dicha posibilidad. Posteriormente, desarrollaremos la pertinencia y contribución al debate de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, sus objetivos, su recepción en Chile y el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia nacional. Finalmente, adoptaremos una postura acerca del problema planteado y nos referiremos a los principales cambios que se pretenden introducir en la materia en el Proyecto del Nuevo Código Penal chileno, boletín 9274-07.

4.2.1. El problema en la doctrina

En países como Italia, Alemania, España –entre otros- la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito es una realidad concreta. Eso sí, respecto de los dos primeros se ha objetado en doctrina³⁵³ la posibilidad de compararlos con la realidad chilena, dado que en dichos

³⁵³ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212; LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 33.

ordenamientos este delito solo se sancionaría como atentado contra los derechos tutelares y con una baja penalidad, razón por la cual sería perfectamente admisible que uno de los padres incurra en tal delito³⁵⁴.

Sin embargo, el caso español es más reciente y, a diferencia de Italia y Alemania, comparte raíces históricas con nuestro ordenamiento penal, razón por la cual hemos estimado pertinente remitirnos a ella en algunos pasajes de esta obra. Según señalamos en el capítulo primero, en 1995 el delito perdió sustantividad propia y pasó a ser considerado en España como una forma especialmente agravada del secuestro. Esto habría traído una serie de inconvenientes dado el incremento de casos de sustracción internacional de menores que involucraban a alguno de los progenitores. Así, España debió incorporar posteriormente un nuevo artículo 225 bis a su Código Penal, para regular de manera especial y con una pena reducida, el delito de sustracción parental de menores, contemplando como agravante la sustracción internacional de los mismos.

A partir de dicha tipificación expresa, la doctrina española se ha abocado a la tarea de clarificar y delimitar el concepto de sustracción parental de

³⁵⁴ La verdad es que en el caso alemán si bien está comprendido entre los delitos contra la libertad, se le conoce por la doctrina en el ámbito de protección de sus custodios legales. Cfr.: MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 251.

menores³⁵⁵, siendo definido por LLORIA como “la conducta del progenitor que, ostentando o no la custodia, sustrae físicamente al hijo del ámbito de relación familiar, trasladándolo de su lugar de residencia dentro o fuera del país donde habitualmente vive el menor con la finalidad de impedir o dificultar gravemente la relación entre el hijo y el otro progenitor”³⁵⁶.

En Chile, en cambio, la postura mayoritaria de la doctrina se ha inclinado por desechar la posibilidad de que padres y guardadores puedan ser sujetos activos del delito de sustracción de menores. Para LABATUT³⁵⁷, a diferencia de lo que ocurre otras legislaciones que conciben el secuestro de niños como una simple ofensa a los derechos tutelares, en nuestra legislación este delito “constituye un gravísimo atentado contra la libertad personal”, por lo que “la consideración del bien jurídicamente protegido, hace que no queden comprendidas en el artículo 142 del Código Penal las sustracciones cuya finalidad es hacer perder al menor su estado civil”

La crítica del LABATUT parte de la base de que siempre que un padre sustraiga a su hijo, será para hacerle perder su estado civil, lo que no del todo cierto. La Corte Suprema recientemente, durante el año 2013 conoció el caso

³⁵⁵ Que ha recibido otras denominaciones tales como: traslado ilícito de menores, detención ilegal de menores, *enlevement*, *legal kidnapping*, *abduction*, etc.

³⁵⁶ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 23.

³⁵⁷ LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. pp. 33-34.

Paul Schäfer³⁵⁸, en que terceros extraños contrataron a un padre, que no tenía contacto frecuente con su hijo, para que los acompañara mientras estos arrancaban con el menor eludiendo a la justicia por las investigaciones sobre abuso sexual que se dirigían en su contra. Claramente en este caso, la finalidad del padre no es la de hacer perder al hijo su estado civil, sino más bien de carácter económico: la obtención de dinero a cambio de facilitar la conducta típica.

ETCHEBERRY³⁵⁹, por su parte, da dos argumentos para descartar la sustracción parental en nuestro ordenamiento jurídico penal: (1) lo elevado de la penalidad del artículo 142 CP, al ser concebido en nuestra legislación dentro de la tradición española del ‘robo de niños’, en que la seguridad personal del menor y su situación en la sociedad quedan expuestas a gravísimo peligro, lo que de ordinario no ocurriría cuando el sujeto es uno de los padres y; (2) el hecho de que se señale como circunstancia atenuante del delito la de devolver al menor “a sus padres”, lo que parecería indicar que en concepto del legislador este delito no puede tener como sujeto activo a uno de los padres, ya que la atenuante no se restringiría a aquel de los padres que tenga encomendado el cuidado de la persona del menor, sino que comprendería la entrega a cualquiera de ellos. Para el autor, finalmente, “la conducta de aquel de los

³⁵⁸ C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

³⁵⁹ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212.

padres que sustraiga al menor del cuidado del otro podrá ser inculpada, concurriendo las circunstancias del caso, a título de desacato o de alguno de los atentados contra el estado civil de las personas”³⁶⁰

En cuanto a la elevada penalidad, cabe señalar que para la fecha en que el autor realizó esta observación (en el año 1998), aun se encontraba vigente la pena de muerte para una de las agravantes del tipo, lo que dejó de ser así recién el 5 de junio del año 2001 con la reforma introducida por la Ley 19.734³⁶¹. La figura hiperagravada del delito de sustracción de menores dejó de tener la pena de “presidio mayor en su grado máximo a muerte” y paso a tener la de “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, por la modificación del inciso final del artículo 141 al que se remite el actual inciso final del artículo 142. Sin embargo, no deja de ser cierto que la figura básica del delito aún mantiene una pena en abstracto elevadísima que va desde los 15 años y un día a los 20 años.

Otra de las observaciones que se pueden hacer a la opinión del autor, dice relación con el actual tenor literal del beneficio de reducción de pena que contempla la ley para cuando el autor devuelve a su víctima libre de todo daño.

³⁶⁰ ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 212.

³⁶¹ Ley 17.734, que deroga la pena de muerte. “Artículo 1 N°15.- 15. En el inciso quinto del artículo 141, artículo 390 y numeral 1º del artículo 433, sustituyese la expresión "a muerte" por "a presidio perpetuo calificado".

Según se ha señalado en reiteradas ocasiones, dicho beneficio se encontraba tipificado en el inciso final del artículo 142 CP, en cuya norma se establecía que la devolución debía hacerse “a los padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad”. Sin embargo, el 28 de agosto de 1993 la ley 19.241 introdujo un nuevo artículo 142 bis en el que se regula la devolución libre de todo daño tanto para el secuestro como para la sustracción de menores pero sin contemplar a quienes debía realizarse esta devolución. De hecho, si se analiza la historia de la tramitación legislativa de la referida ley, en la sesión N°25 del 10 de agosto de 1993³⁶² de la Cámara de Diputados, el diputado BOSSELIN señaló que como la norma no señalaba a quienes debía hacerse la devolución “la correcta inteligencia de la misma hace pensar que la devolución podrá hacerse tanto a la autoridad como a los familiares, a los encargados o a cualquiera otra persona, entidad o institución que reciba a la persona para reincorporarla al orden jurídico normal.”³⁶³. Lo anterior, deja entrever que el argumento de texto referido a la devolución de los padres para negar la sustracción parental, carece de pertinencia en la actualidad.

³⁶² Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [Consulta: 25.02.2015] pp. 2437-2440.

³⁶³ Cámara de Diputados. Sesión N°25. Ordinaria, del 10 de agosto de 1993 [En línea]. Disponible en: http://historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa/visorPdf?id=10221.3/14633 [Consulta: 25.02.2015] p. 2440.

Para MATUS y RAMIREZ³⁶⁴, por su parte, el sujeto activo puede ser cualquiera, menos quien tenga a su cargo la seguridad del menor. Así, en opinión de los autores, ni los padres ni los tutores o guardadores pueden cometer este delito. Las razones que dan al respecto pueden sistematizarse de la siguiente manera: (1) que en nuestro ordenamiento no se afectaría con la sustracción de menores los derechos tutelares, por lo que debe averiguarse si la persona que toma al menor es de aquellas que por ley están a su cargo; (2) que nuestra ley ya contempla un delito especial y privilegiado para el guardador que incumple su deber de entregar al menor a quien la ley le otorga preferencia, consistente en el delito de negativa de entrega de un menor del artículo 355 CP, que excluiría la aplicación del artículo 142 CP y, finalmente; (3) que no sería obstáculo a la anterior conclusión el hecho de que Chile haya suscrito el Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, ya que su propósito no sería penalizar el traslado ilícito de menores de un Estado a otro, sino asegurar el ejercicio de los derechos conferidos a los padres en el ámbito civil.

Concordamos con los autores sobre este último punto referido a la diferencia de propósitos que existen entre el artículo 142 CP y la Convención, así como también con el primero. El sujeto activo efectivamente puede ser cualquier persona menos quien lo tenga a su cargo. Sin embargo, si bien

³⁶⁴ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 251.

concordamos con que en el caso de los guardadores el actor incurriría en el delito de negativa de entrega del menor y no sustracción del mismo, sostenemos que no debe asumirse *per se* la atipicidad de la conducta o su reconducción al artículo 355 CP en todos los casos en que el actor sea uno de los progenitores. La generalización en este tipo de delitos puede producir efectos indeseados. Perfectamente pueden darse situaciones en las que un progenitor que abandonó al otro progenitor y a su hijo siendo bebé, regrese años más tarde con el objeto de sustraer al menor, pero motivado por razones distintas a la infracción a los derechos tutelares, ya que no cuenta con ningún tipo de vínculo afectivo³⁶⁵. Pero además, pueden darse situaciones de violencia intrafamiliar constitutivas de delito, en que un sujeto que cuenta con orden de alejamiento de sus hijos, incurra en la conducta típica, por afectarse directamente la seguridad individual y la libertad ambulatoria del menor.

Finalmente, GARRIDO MONTT³⁶⁶ no se refiere directamente al tema, es más, considera que se trata de un tipo penal abierto en relación con el actor, ya que señaló que “el legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, no requiere tener características especiales”. Sin embargo, consideró útil tener en cuenta la preferencia del artículo 148 del Código Penal sobre detención

³⁶⁵ Cfr. Caso Paul Schäfer, a propósito del menor Ángel Salvo y su padre Pedro Salvo. C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

³⁶⁶ GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 398.

ilegal³⁶⁷, cuando sea un funcionario público quien realice la conducta punible durante el ejercicio de sus funciones.

De lo señalado precedentemente, podemos decir la mayoría de la doctrina influyente a nivel nacional ha optado por rechazar la posibilidad de considerar la sustracción parental. Sin embargo, hemos hecho notar que muchos de los argumentos que se han dado al respecto están siendo actualmente superados, no solo por las constantes modificaciones del tipo, sino que también por el surgimiento de casos que requieren una perspectiva más amplia respecto del tema.

4.2.2. El problema en la jurisprudencia nacional

Pese a la negativa tajante de la doctrina nacional, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido vacilante, inclinándose últimamente por aceptar la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito de sustracción de menores. De hecho, es posible identificar tres tendencias al respecto:

³⁶⁷ El artículo 148 del Código Penal establece: "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios. (sic)
Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos."

- (a) que los padres del menor pueden ser sujetos activos siempre;
- (b) que el progenitor que no tiene el cuidado personal puede ser sujeto activo y;
- (c) que los progenitores podrán ser sujetos activos dependiendo de las circunstancias del caso.

4.2.2.1. Admisibilidad plena

Hemos denominado admisibilidad plena, aquellos casos en que los tribunales han aceptado la posibilidad de que los padres del menor pueden ser sujetos activos, sin condiciones. Al respecto, en este apartado nos referiremos a dos casos que hemos considerado emblemáticos. El primero de ellos porque marcó la pauta acerca de la nueva interpretación literal del actual artículo 142 CP (siendo citada en resoluciones posteriores) y, el segundo, porque se trató de un caso en que un menor fue sustraído por su padre previo pago por parte de terceros, en el marco de una operación destinada a evadir la justicia frente a las acusaciones que enfrentaban, por abusos sexuales reiterados cometidos contra menores de edad.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia del 23 de diciembre de 2008³⁶⁸ fue la primera en pronunciarse a favor de considerar a los

³⁶⁸ C. Temuco, 23 diciembre 2008. P.J. ROL N° 1192-2008.

progenitores como sujetos activos del tipo. Se trató del caso de una menor de 15 días que fue retirada intempestivamente por su padre desde el Hospital en que se encontraba, saltando por la ventana con la menor y ocasionándole hematomas en sus brazos, por no compartir el tratamiento médico que se le daba³⁶⁹. La defensa del acusado, argumentó que éste no podría tener la calidad de sujeto activo en el delito imputado, por encontrarse probado que era el padre de la menor y que por lo tanto su actuar sería atípico. La Corte, sin embargo, confirmó la decisión de condenar al imputado por el delito de sustracción de menores emanada del Juzgado de letras y garantía de Carahue³⁷⁰, en base a dos argumentos relativos al tenor literal de la norma y al principio de tipicidad.

En cuanto al primer argumento, la Corte se refirió a las modificaciones sufridas por el artículo 142 del Código Penal a partir de la ley 19.241 del 28 de agosto de 1993³⁷¹. Señaló que previo a su modificación, la referida norma contemplaba como atenuante especial en su inciso final, un beneficio de reducción de pena para el caso en que operara la devolución del menor de manera voluntaria y libre de todo daño, a sus padres, familiares o a la autoridad señalada. Dicha circunstancia constituía un argumento de texto para sostener que en virtud de tal atenuante los padres no podían revestir la calidad de sujeto

³⁶⁹ Esta sentencia ha sido además objeto de análisis por parte de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos de la Fiscalía Nacional, precisamente por el alcance que le da a la tipificación actual de los artículos 142 y 142 bis del Código Penal. Cfr. SAN MARTÍN, M. 2008. Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres. *Revista jurídica del Ministerio Público* (37): 272-277.

³⁷⁰ J. letra y Garantía de Carahue, 17 noviembre 2008. RUC N° 0700978576-5.

³⁷¹ Según ya se analizó en el capítulo primero de esta memoria.

activo. Sin embargo, señaló que “el actual artículo 142 del Código Penal, constituye en cuanto a la persona que puede revestir la calidad de autor, un tipo penal abierto, que ya no está restringido a ciertas o determinadas personas”³⁷². Lo anterior, según hemos señalado previamente, debido a que dicho beneficio paso a estar regulado por el artículo 142 bis del Código Penal, haciéndose aplicable tanto al delito de secuestro como al de sustracción de menores, eliminándose la referencia a quienes debía ser devuelta la víctima.

En segundo lugar, la Corte se refirió al principio de tipicidad, en virtud del cual los actos de las personas para que puedan ser sancionados con una pena, debían estar descritos por una ley penal. Estimó que “cuando el legislador ha querido restringir su comisión a determinados sujetos o que éstos revistan ciertas calidades, lo ha dicho expresamente”³⁷³ y señaló tres casos en que el Código Penal había establecido que los delitos debían ser cometidos por determinados sujetos activos: los padres legítimos o ilegítimos o las personas que tuvieran al niño bajo su cuidado (347 CP), el que se halla encargado de la persona del menor (355 CP) y el que tiene a su cargo la crianza o educación de un menor (357 CP), razón por la cual resultaba inocuo para la resolución del recurso de autos, si el imputado tenía o no la calidad de padre de la víctima.

³⁷² Considerando sexto de la sentencia referida.

³⁷³ Considerando séptimo de la sentencia referida

Pero resulta además interesante analizar el voto disidente de la sentencia en comento, ya que si bien estuvo en contra de lo razonado por la mayoría, por estimar que debía absolverse al imputado, señaló que no se configuraría el tipo legal por no atentarse el bien jurídico protegido consistente en la libertad o seguridad del menor ya que el padre solo habría ejercido sus derechos tutelares al sacar a su hija por estimar que el tratamiento hospitalario le generaba sufrimiento. Sin embargo, señaló igualmente que “el texto del tipo legal al decir solo ‘la sustracción de un menor’, no da indicio alguno de quienes pueden ser los autores”³⁷⁴, dejando entrever que, si se tratara de un caso en que un progenitor, sin pretender ejercer sus derechos tutelares sobre el menor, atenta contra el bien jurídico protegido por 142 CP, sería plenamente factible considerar a dicho progenitor como sujeto activo del tipo.

Si bien *–a priori–* podría pensarse que no es posible encontrar un caso con tales características o que correspondería más bien a situaciones de laboratorio, lo cierto es que a propósito del caso de Paul Schäfer -al cual nos hemos referido previamente- la Corte Suprema condenó a un padre como autor del delito de sustracción de menores en sentencia del 25 de enero de 2013³⁷⁵.

A raíz de las diversas denuncias e investigaciones iniciadas en su contra sobre abusos sexuales reiterados, cometidos en contra de los menores de edad

³⁷⁴ Considerando segundo del voto disidente, de la sentencia referida.

³⁷⁵ C. Suprema, 25 enero 2013. P.J. ROL N° 3579-2011. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

que asistían al denominado “internado intensivo de Villa Baviera”, los colaboradores cercanos de Paul Schäfer sacaron a uno de los niños subrepticamente de Villa Baviera momentos antes que se efectuara un allanamiento a ese predio. Dicha acción se habría llevado a cabo con el objeto de alejarlo y esconderlo de la policía que lo buscaba por orden del tribunal, habiéndose demostrado, además, que fue llevado a diferentes ciudades del país por un grupo de personas dirigidas por un miembro de la ex Colonia Dignidad, quienes dispusieron de su vida por un tiempo aproximado de dos años, llevándolo al sur para después trasladarlo hasta la Quinta Región, donde permaneció por varios meses oculto en un domicilio particular. Dentro de ese grupo de personas se encontraba su padre, quien no lo tenía a su cargo, puesto que se encontraba separado de su madre desde hace varios años.

Según consta en los hechos de la causa³⁷⁶, el padre habría sido reclutado en el año 1997 por miembros de Villa Baviera para evitar la entrega del menor a su madre que estaba requiriéndolo desde febrero del año 1997, ofreciéndole un pago mensual de \$200.000 pesos, para lo cual simularon un contrato laboral. Al cabo de un año, el padre se separó del grupo y dejó a su hijo a merced de los colonos alemanes, quienes posteriormente entregaron al menor a un Juzgado de Menores de Santiago luego de dos años de desaparición.

³⁷⁶ Considerandos 36° y 48°. C. Suprema, 25 enero 2013. P.J. ROL N° 3579-2011. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

Si bien se había condenado en primera instancia al padre del menor como colaborador³⁷⁷ de Paul Schäfer, por la conducta realizada en contra de su hijo, la Corte Suprema estimó que siendo la sustracción de menores un delito de carácter permanente³⁷⁸, todos aquellos que intervinieron luego del retiro del menor también aportaron a la ejecución material del hecho –inclusive el padre– existiendo un evidente dolo común de sustraer al menor de la esfera de protección de sus padres o de la autoridad por causa de su condición de víctima y de ser testigo de los hechos que se investigaban. Por lo anterior, todos ellos debían ser responsabilizados en su calidad de autores por contribuir a mantener y prolongar la situación delictiva en las distintas etapas del delito. Es más, luego de condenar al padre junto al resto del grupo en calidad de autores del delito de sustracción de menores, la Corte Suprema estimó que a este le afectaba “la agravante del artículo 13 del Código Penal³⁷⁹; pues, la naturaleza, antecedentes del delito y el peligro para el menor sustraído, su propio hijo”, la hacían procedente³⁸⁰.

³⁷⁷ Ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Talca, 16 noviembre 2004. ROL N°53.015-1996.

³⁷⁸ Considerando 49°. C. Suprema, 25 enero 2013. P.J. ROL N° 3579-2011. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

³⁷⁹ El artículo 13 del Código Penal establece: “Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor”

³⁸⁰ Considerando 58°. C. Suprema, 25 enero 2013. P.J. ROL N° 3579-2011. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

En definitiva, es posible sostener que mediante la sustracción de un menor por alguno de sus progenitores se pueda efectivamente lesionar el bien jurídico protegido por la norma. De hecho en el caso referido, la Corte Suprema ni siquiera cuestionó dicha afectación así como tampoco se cuestionó la posibilidad de considerar o no al padre del menor –quien facilitó, cooperó y se vio beneficiado económicamente con la ejecución del ilícito- como sujeto activo del tipo, procediendo a recalificar al imputado como autor por el artículo 142 del Código Penal.

4.2.2.2. Admisibilidad parcial

La admisibilidad es parcial cuando la Corte no niega tajantemente la posibilidad de considerar a los progenitores como sujetos activos del tipo, sino que condiciona su aplicación a la circunstancia de detentar o no alguno de los derechos tutelares de los progenitores sobre sus hijos. En el sentido referido, hemos identificado un fallo en que la Corte de Apelaciones de Valdivia³⁸¹ sostuvo con fecha 7 de julio de 2012, que el padre de dos menores, que no tenía el cuidado personal sobre los mismos, habría cometido el delito de sustracción menores sobre sus hijos por concurrir los supuestos de la conducta típica. El caso se trataba a dos menores que habrían sido sacados por su padre de nacionalidad brasileña, en compañía de una mujer contratada por este para

³⁸¹ C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012.

encargarse del cuidado de los niños mientras duraba el viaje a Brasil. Todo lo anterior, con el objeto de abandonar el país, mientras se encontraba pendiente una audiencia para discutir la demanda declarativa de tuición y solicitud de patria potestad efectuada por la madre ante un Tribunal de Familia³⁸².

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia pronunciada en juicio abreviado, optó por absolver a la imputada por considerar que no estaba concertada para la ejecución del hecho relativo a la sustracción y no se habría afectado en los hechos la seguridad de los menores, ya que la imputada fue contratada precisamente para cuidarlos. Sostuvo además, en el considerando sexto de la sentencia, que el bien jurídico protegido por la norma era la libertad del menor en pro de su seguridad y que, dicha consideración implicaba que fuera relevante que uno de los padres haya sido quien cometió la acción típica “pues de ser así no se estaría, en rigor, trasladando al menor desde el lugar que

³⁸² Este caso fue analizado en detalle en el capítulo segundo a propósito del bien jurídico protegido por el artículo 142 CP. En cuanto a los hechos, señalamos que se trataba de una ciudadana chilena que contrajo matrimonio en Chile con una persona de nacionalidad brasilera y que de esta unión habrían nacido dos hijos. En el mes de abril de 2010 la familia se trasladó a vivir a Brasil, pero en el mes de septiembre del mismo año el matrimonio se separó de hecho. La madre regresó a Chile con sus hijos e interpuso en el Juzgado de Familia de Valdivia una demanda declarativa de tuición y solicitó la patria potestad de sus menores, fijándose una audiencia para fines de 2010. En dicha oportunidad, se concedió al padre un régimen provisorio de relación directa y regular con sus hijos, sin que pudiera sacarlos del domicilio de la madre. Durante su visita, el padre se habría llevado a los menores, que se encontraban al cuidado de una niñera, con el objeto de refugiarse en la embajada brasileña y posteriormente salir del país. Para llevar a cabo su cometido, el sujeto habría contratado previamente a dos personas, quienes le ayudaron a realizar la sustracción: un ciudadano norteamericano, dueño de una empresa dedicada al rescate de personas, y una mujer que se encargaría de cuidar a los niños mientras duraba el viaje. Tanto el padre como la mujer fueron detenidos en el norte de Chile, mientras intentaban salir del país en forma clandestina y, más tarde, las sentencias de primera instancia, los absolvieron argumentando que no se configuraba el delito de sustracción de menores.

la ley definió como indispensable para su seguridad, consistente precisamente, en el cuidado de sus padres”. Es decir, sobre este punto pareciera ser que la Corte se encuentra dentro de la vereda de quienes -en base al bien jurídico protegido- niegan la posibilidad de que los padres puedan ser sujetos activos del tipo.

No obstante, y pese a que la imputada en la causa era la mujer contratada por el padre, la Corte emitió opiniones acerca de la participación del padre como autor del delito de sustracción de menores, sosteniendo que un aspecto esencial del caso decía relación con el cuidado personal, conferido por sentencia judicial a la madre. De esta manera, se habría limitado a la madre el ámbito de libertad en que el niño podía desarrollarse, excluyéndose al padre, sin perjuicio de la relación directa y regular fijada, que por definición, no le permitía hacerse del cuidado exclusivo de los menores. Así, “al obrar de este modo, el padre trasladó a los niños desde un ámbito en que la ley les aseguraba su seguridad y mediante ella, (su) libertad, infringiendo con ello el tipo penal”³⁸³.

La Corte en definitiva, realizó en esta sentencia una distinción que no se había hecho previamente. Estimó que, dentro de los derechos tutelares, el cuidado personal jugaba un rol fundamental a la hora de determinar el sujeto

³⁸³ C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012. Considerando 6° de la sentencia.

que legalmente tiene a su cargo al menor. De tal manera que, si se considera que el sujeto activo del delito de sustracción de menores puede ser cualquier persona, menos quien tiene a su cargo el menor e interpretando que tener a cargo un menor significa tener el cuidado personal, podría sostenerse que el progenitor que no tiene el cuidado personal, puede ser susceptible de ser sujeto activo, siempre y cuando se afecte además el bien jurídico protegido consistente en la seguridad del menor el pro de su libertad.

Esta interpretación en mi opinión, merece algunos reparos. Sostenemos que en casos como el referido, lo correcto será reconducir la conducta típica al artículo 355 del Código Penal. Si la acción es realizada por el progenitor que no tiene cuidado personal pero si tiene relación directa y regular con el menor (derecho a visitar a los menores) es precisamente porque así se le ha concedido de común acuerdo o por resolución judicial, de tal manera que si se le ha sido entregado el menor por aquel que lo tiene a su cargo (su madre por ejemplo), la negativa de entrega por aquel que en uso de su derecho a visita se lleva al menor, (como efectivamente ocurrió en el caso), no se adecúa al tipo penal de la sustracción de menores por darse los supuestos de concurrencia del delito de negativa de entrega de un menor. Volveremos sobre este punto más adelante.

4.2.2.3. Admisibilidad circunstancial

Finalmente, los tribunales superiores de justicia se han referido a la posibilidad de que los progenitores puedan ser sujetos activos del delito del 142 CP, pero atendidas las circunstancias o factores que rodean el caso y sin regirse por una regla general sobre ejercicio legítimo de derechos adquiridos del cuidado personal. En este sentido, hemos identificado dos sentencias que fueron dictadas por la Corte de Apelaciones de Valdivia en el año 2012, eso sí, ambas de carácter absolutorio.

La primera de ellas, dice relación con el pronunciamiento emitido el 6 de septiembre de 2012³⁸⁴ sobre el sujeto de nacionalidad brasileña imputado por la sustracción de sus dos hijas al que nos acabamos de referir en el apartado anterior. En contra de lo establecido dos meses antes por la misma Corte de Apelaciones³⁸⁵, se estimó que si bien el artículo 142 del Código Penal no excluía expresamente la posibilidad de que un padre pueda tener la calidad de sujeto activo, recalcó que serían los hechos los que establecerían dicha calidad en cada caso particular.

³⁸⁴ C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012.

³⁸⁵ Que absolvió a la mujer contratada por el padre en procedimiento abreviado, según se señaló en el apartado anterior.

De esta manera, apartándose de la línea argumentativa que destacó la importancia del titular del cuidado personal, puso énfasis de la relación directa y regular del imputado con sus hijos y en la patria potestad. Sostuvo en definitiva que “en este caso, la esfera de libertad y seguridad de los menores que busca proteger la ley penal y cuya vulneración tipifica el delito en análisis, no excluía de este ámbito al padre y acusado de la causa, quien mantenía vigente sus derechos, aun cuando el cuidado lo tuviera la madre”³⁸⁶, para arribar a dicha conclusión, la Corte tuvo especialmente en consideración que a la fecha de ocurrir el hecho investigado, aun no se encontraba discutida la tuición y patria potestad de los menores, ya que el imputado sustrajo a sus hijos antes de la fecha de la audiencia en que se discutiría precisamente la titularidad de dicho derecho. En consecuencia, en opinión de la Corte y dadas las circunstancias del caso, el padre no estaba privado de la esfera de protección de los menores, sin perjuicio de corresponderle a la madre el cuidado personal de los mismos, atendida la separación de los padres³⁸⁷.

³⁸⁶ C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012. Considerando 5° de la sentencia referida.

³⁸⁷ Los hechos del caso tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la ley 20.068 que introdujo modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en el caso de que sus padres vivan separados y que modificó, entre otras cosas, los criterios de cuidado personal eliminando el criterio conocido en doctrina como “regla supletoria legal de atribución automática a la madre”, es decir, que si los padres vivían separados (supuesto de hecho determinado), tocaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores (regla de atribución automática y determinada). Cfr. RODRIGUEZ, M. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia. Revista Chilena de Derecho 36(3): 545-586.

El razonamiento de la Corte se dirigió entonces a considerar que dentro de los derechos tutelares, lo que marcaría la diferencia para sostener que un padre se encuentra privado de la esfera de protección de un menor, ya no sería el no tener el cuidado personal en sí, sino la carencia total y absoluta de derechos tutelares, como la relación directa y regular y la patria potestad. De tal manera, que teniendo alguno de ellos o encontrándose pendiente la audiencia en que se definiría su titularidad, el sujeto no podría incurrir en la conducta típica.

Ahora bien, la segunda sentencia absolutoria fue pronunciada el 17 de diciembre de 2012³⁸⁸. La Corte rechazó la posibilidad considerar a un progenitor con antecedentes de violencia intrafamiliar (constitutiva de delito), como sujeto activo del 142 CP, por estimar que -según las circunstancias del caso- no se había afectado el bien jurídico protegido.

El Ministerio Público recurrió de nulidad en contra de la sentencia absolutoria de fecha 24 de octubre de 2012, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Valdivia³⁸⁹, señalando que el padre podía ser sujeto activo del tipo dado que el artículo 142 N°2 CP no distinguía y que la sentencia *a quo* habría exigido una calidad que el legislador no establece

³⁸⁸ C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.

³⁸⁹ T. Oral en lo Penal de Valdivia, 24 de octubre de 2012. RIT N° 91-2912. RUC N° 1101343690-K.

actualmente. Argumentó que abonaba a lo anterior, el hecho de la afectación del bien jurídico protegido, específicamente en lo referido a la seguridad de la menor, en base a las siguientes razones³⁹⁰; (1) los antecedentes penales del padre por delitos cometidos en contextos de violencia intrafamiliar y alcoholismo; (2) las medidas de protección dispuestas a raíz de lo anterior por un Tribunal de Familia, consistentes en la permanencia de la menor en un Hogar y la prohibición del padre de acercarse a la madre y a sus hijos por un periodo de tres meses; (3) el hecho de que el acusado no tenía relación directa y regular con la menor, sino que por el contrario, la custodia de ésta estaba entregada al Hogar, autorizándose las visitas de la madre pero no del padre, y; (4) los síntomas de estrés postraumático que habría presentado la menor, asociado a la forma de comisión de la sustracción, al haber sido sacada desde el Hogar contra su voluntad y de manera violenta, afectando su vida e integridad física y psicológica.

La Corte de Apelaciones, sin embargo, en un escueto fallo estimó que no se daban los supuestos del tipo, por no afectarse el bien jurídico protegido de la seguridad de la menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Lo anterior, por no desprenderse del caso –de las circunstancias del caso- la existencia de algún peligro o lesión al que se hubiere sometido a la menor, sino que por el contrario, “su conducta estuvo motivada por un sentimiento paternal,

³⁹⁰ Considerando 1° de la sentencia. C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.

esto es, lograr recuperar para el seno familiar a su hija, con la cual mantenía una relación afectiva y ausente de violencia intrafamiliar hacia ella”³⁹¹.

Lo interesante de este razonamiento es que a diferencia del fallo previamente comentado, estamos frente a un sujeto que carece totalmente de derechos tutelares, por encontrarse estos restringidos por sentencia judicial. Producto de la situación de violencia intrafamiliar en que vivía, el cuidado personal de la menor se encontraba entregado a un Hogar, mientras que la relación directa y regular solo se habría concedido respecto de la madre y no del padre. Así, a pesar de encontrarse fuera de la esfera de protección de la menor, a pesar de los antecedentes del padre por violencia intrafamiliar reiterada (constitutiva de delito), a pesar de sus antecedentes por alcoholismo y a pesar de haberse decretado una orden de alejamiento respecto de la menor por un tribunal de justicia, la Corte sostuvo que el hecho de sacar a una menor de su esfera de protección, resultando lesionada, no es constitutiva del delito de sustracción de menores, por el sentimiento paternal con que habría obrado el sujeto. Sentimiento que excluiría la aplicación de una norma que no requiere de móviles para que opere su figura básica, sino que opera por el solo hecho incurrirse en la conducta descrita.

³⁹¹ Considerando tercero de la sentencia referida.

Lo anterior me parece a lo menos discutible. Estimamos que en el caso en análisis no es posible reconducir la conducta al 355 CP por no existir delegación voluntaria por quien tiene al menor a su cargo (de hecho, el sujeto tenía una orden de alejamiento vigente respecto de la menor), por lo que podría resultar procedente el delito de sustracción de menores, dados los antecedentes de violencia del sujeto activo y dado la forma de comisión de la conducta típica, que habría afectado la seguridad física de la menor y podría afectar su bienestar psicológico.

En consecuencia, podemos establecer que los tribunales de justicia, a diferencia de la doctrina nacional, han emitido pronunciamientos que admiten y rechazan la sustracción parental. Dentro de los casos en que la han admitido, existen sentencias absolutorias al respecto y condenatorias, pero ya no en base a la atipicidad, por la argumentación de la devolución libre de todo daño, sino que dependiendo de las circunstancias de cada caso, privilegiando algunas veces ciertos derechos tutelares sobre otros, o bien, privilegiando el móvil que estuvo detrás del progenitor al momento de realizar la conducta típica.

4.2.3. Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

Uno de los aspectos que podrían aportar al debate de aceptar o no la sustracción parental en nuestro país, es el hecho de que Chile haya adherido al Convenio de La Haya sobre sustracción Internacional de Menores de 1980, con fecha 23 de febrero de 1994, posteriormente promulgado como ley de la República el 30 de marzo de 1994 y publicado con fecha 17 de junio de 2004, mediante el Decreto Supremo N°386 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En las líneas que siguen, nos referiremos a los antecedentes y objetivos del convenio, así como también a su recepción por los tribunales superiores de justicia, para efectos de determinar si su aplicación permite o no dar luces acerca del problema planteado en sede penal.

4.2.3.1. Antecedentes y objetivos del convenio

El debate sobre la sustracción o traslado ilícito³⁹² de menores en el ámbito familiar, adquirió relevancia a partir de los años setenta, cuando se produjo un incremento de las desapariciones de niños junto a alguno de sus progenitores en situaciones de ruptura de pareja³⁹³. Frente a las altas cifras de desapariciones que se barajaban, el Estado de Canadá realizó una propuesta a

³⁹² La nomenclatura comúnmente utilizada a nivel internacional es “sustracción interparental”, pero también se suele referir a este fenómeno como “traslado ilícito”, “detención ilegal”, utilizándose a veces la francófona “enlèvement” y mayoritariamente la anglosajona “kidnapping o abduction”. Cfr.: DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 15.

³⁹³ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 26.

la Conferencia de la Haya para la creación de un organismo que se ocupara de dar solución a dichos casos³⁹⁴. Posteriormente, y luego de diversas reuniones con expertos en derecho de familia, se elaboró un proyecto de Convenio que dio origen al Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, del 25 de octubre de 1980³⁹⁵.

Dentro de las posibles causas de la sustracción internacional de menores se ha señalado el incremento de matrimonios y posteriores rupturas entre personas de distinta nacionalidad, ocasionadas por el fenómeno del “conflicto de civilizaciones”³⁹⁶. Según DE LA ROSA, dicho fenómeno estaría influenciado además por una serie de factores, como los grandes movimientos migratorios, la permeabilidad de las fronteras y la revolución de las comunicaciones, propiciando cada vez más el encuentro de personas de distintas culturas, religiones y civilizaciones que deciden formar una familia³⁹⁷ identificándose como elemento común entre los diversos factores “la desavenencia familiar

³⁹⁴ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 26.

³⁹⁵ Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980[En línea]. Disponible en:http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24 [Consulta: 14.03.2015].

³⁹⁶ Expresión que sería empleada por los internacionalistas para referirse a ese sentimiento generalizado de que el menor donde mejor va a estar es en el país donde se encuentra, sea éste cual sea. Cfr.: LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 27.

³⁹⁷ DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 17.

entre los progenitores, siendo éstos de distintas nacionalidades y generalmente con importantes diferencias socio-culturales entre ellos”³⁹⁸.

Sin embargo, no se trataría solo del conflicto de civilizaciones, sino que también “de situaciones en que el progenitor sustractor busca el propósito de huir a un país diferente para obstaculizar al máximo el retorno del niño”³⁹⁹.

El problema surgiría entonces, cuando uno de los progenitores, con derechos sobre el menor o sin ellos, consigue trasladarlo o retenerlo en un Estado distinto del que reside, negándose a su devolución⁴⁰⁰. Según DE LA ROSA, este tipo de conductas podría estar influenciada por los siguientes motivos: (1) la amenaza o peligro de una sustracción; (2) el sentimiento de injusticia del sustractor frente a una sentencia judicial; (3) como instrumento de presión para restablecer y/o preservar la vida de pareja; (4) como reacción ante un derecho de acceso o visita difícil o imposible, y; en muy pocas ocasiones; (5) en defensa del bienestar del niño⁴⁰¹. Para MONTÓN además, “la razón de este comportamiento no es solo conseguir la tenencia del menor, sino buscar una vía de hecho para producir situaciones artificiales de competencia judicial internacional, con la intención de obtener la custodia de aquel en el lugar en

³⁹⁸ MONTÓN, M. 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 43.

³⁹⁹ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 27.

⁴⁰⁰ MONTÓN, M. 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 44.

⁴⁰¹ DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 19 y 20.

que ha sido desplazado o retenido ilícitamente”⁴⁰². De hecho, los objetivos mismos del Convenio -que se desarrollarán más adelante- se trazaron en función de un contexto en que el porcentaje mayoritario de sustracciones se realizaba por el progenitor que no estaba al cuidado del menor y que, por tanto, tenía menos relación con él que el titular de la custodia, cuyo derecho se infringía mediante la sustracción internacional.⁴⁰³

Estas situaciones artificiales a las que se refiere MONTÓN, se basarían en algunos casos en la inexistencia de una resolución judicial acerca del cuidado personal y, en otras, en que teniendo resolución judicial previa (desfavorable a su interés), la circunstancia de encontrarse en otro país sería suficiente para promover en él, una demanda declarativa de cuidado personal por ser el lugar del domicilio del menor en el momento de presentarla, forzando de esta manera la aplicación de su derecho interno para alterar una situación de Derecho previamente determinada.⁴⁰⁴

Ahora bien, el aumento del fenómeno de la desaparición de niños provocada por alguno de los progenitores resultaría altamente preocupante por la fragilidad del sujeto pasivo afectado, específicamente “por la grave lesión a

⁴⁰² MONTÓN, M. 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 44.

⁴⁰³ JIMÉNEZ, P. 2008. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p. 13.

⁴⁰⁴ MONTÓN, M. 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 44.

un derecho básico para su desarrollo integral como persona: el derecho a relacionarse con sus padres y resto de familiares”⁴⁰⁵. Es por esta razón que se ha sostenido⁴⁰⁶, que el secuestro internacional de menores sería el más grave dentro de la tipología de los secuestros parentales, dado que las dificultades para restablecer el *status quo* anterior serían mucho mayores. El progenitor que sustrae al menor normalmente será ciudadano del país en el que se refugia y, lo que pretenderá con su actuación, será “crear un fuero artificial para que el conflicto relativo a la custodia de su hijo se resuelva conforme a sus intereses”⁴⁰⁷, lo que es especialmente dramático en supuestos en los que los progenitores además de ser de diversa nacionalidad son pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones.

Así, a partir del conjunto de factores que incidirían en el aumento de la sustracción interparental de menores, se elaboró el Convenio de La Haya sobre la base de dos objetivos. Por un lado el mantenimiento del *status quo* anterior⁴⁰⁸ y, por otro, el desincentivo de las sustracciones. En cuanto al primer objetivo, constituiría un elemento integrante de ese *status quo*, el respeto a las normas

⁴⁰⁵ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Lustel. p. 23.

⁴⁰⁶ DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 16.

⁴⁰⁷ DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 16.

⁴⁰⁸ Que según JIMÉNEZ, se desprendería del artículo 1 de la convención (referida al objeto de la misma), al establecer por un lado, que se procederá a la restitución del menor y, por otra, que se mantenga la vigencia y eficacia de los derechos de custodia o de visita previamente establecidos. Cfr.: JIMÉNEZ, P. 2008. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p. 12.

de competencia que existían y eran aplicables a los derechos tutelares antes de que se produjera la sustracción. Una de las premisas básicas de este objetivo sería la regla de la inalterabilidad de las normas de competencia judicial por el hecho de la sustracción internacional, lo que implicaría que los criterios de competencia que eran operativos antes del traslado ilícito debieran seguir siéndolo a pesar de que éste se haya producido⁴⁰⁹. De esta manera, el retorno del menor permitiría restablecer la situación existente con anterioridad a la sustracción, evitando además el beneficio que pretendiera obtener el progenitor sustractor con el mismo. Esto último conecta directamente con el segundo objetivo del convenio, consistente en el desincentivo de las sustracciones mediante la cooperación internacional de los Estados⁴¹⁰. Así, además del efecto preventivo asociado a la existencia misma de un instrumento internacional, la Convención pretende evitar que el progenitor obtenga beneficios derivados de la sustracción a través de dos mecanismos. Por un lado, mediante la alteración de la regla general de la residencia habitual cuando se produce una situación de sustracción y, por otro, mediante la prohibición dirigida a los tribunales del Estado en que se ha refugiado, de que legalicen la situación a través de una decisión sobre el fondo del asunto.

⁴⁰⁹ Existiría por tanto, “una equivalencia implícita entre restitución del menor y competencia de los tribunales del Estado de la residencia habitual anterior”. Cfr.: JIMÉNEZ, P. 2008. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p. 14.

⁴¹⁰ Cooperación que sería ex post, al no abordar la cooperación en materia de medidas preventivas y cuya omisión ha sido considerada como uno de los déficits más importantes del Convenio. Cfr.: DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch. p. 49.

Para efectos de clarificar el primer mecanismo, nos referiremos a la jurisprudencia nacional. Si consideramos que la Corte de Apelaciones de Santiago ha definido lugar de residencia según su sentido natural y obvio, como “aquel espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias o el espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses”⁴¹¹, dicha noción se vería alterada en virtud del Convenio, de tal manera que, en caso de un traslado ilícito, la integración del menor en el Estado no se cumpliría automáticamente, sino que para efectos de considerar que el menor se ha adaptado, se omitirá el período de un año contado desde el traslado o retención ilícita y siempre y cuando la solicitud de restitución haya sido formulada dentro de ese mismo periodo⁴¹². Para clarificar el segundo mecanismo, bastará con remitirnos al artículo 16 del Convenio⁴¹³, que establece precisamente dicha prohibición.

⁴¹¹ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012. Considerando 6°.

⁴¹² Lo anterior es inferido por JIMÉNEZ a partir de lo establecido por el artículo 12 del Convenio: “Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3o. y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato. La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio. Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.”. Cfr.: JIMÉNEZ, P. 2008. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. p. 17.

⁴¹³ El artículo 16 del Convenio señala lo siguiente: “Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un niño o de su no regreso en el sentido del artículo 3°, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde el niño hubiere sido trasladado o retenido no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda sino hasta que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un regreso del niño o hasta que no haya transcurrido un período prudencial sin que haya sido presentada una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el Convenio.

Como es posible apreciar a simple vista, el propósito que persigue el Convenio dista mucho del propósito perseguido por el artículo 142 del Código Penal. El primero no tiene por objeto penalizar el traslado de menores de un país a otro sin la debida autorización⁴¹⁴, sino más bien el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en materia de derechos tutelares, manteniendo el *statu quo* previo a la sustracción y desincentivando la sustracción internacional. El segundo, por su parte, persigue sancionar una conducta típica por la afectación del bien jurídico que la norma protege -esto es- la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Ambos cuerpos legales son –por tanto- de naturaleza jurídica totalmente diversa. La ratificación del Convenio por parte de Chile, en consecuencia, quedaría descartada como argumento de peso para sostener que por este solo acto se permitiría que los padres puedan ser considerados sujetos activos del tipo del artículo 142 CP.

Ahora bien, retomando la sustracción internacional de menores, se ha constatado en España que los instrumentos internacionales en general y en particular, el Convenio, no resultan ser del todo satisfactorios para la solución del problema⁴¹⁵. Esta sería la razón que justificaría las modificaciones introducidas por este país en su normativa interna, referidas a tipificar la

⁴¹⁴ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. p. 252.

⁴¹⁵ LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. p. 28.

sustracción parental propiamente tal como delito con escasa penalidad (multa y/o suspensión de derechos tutelares) y la sustracción internacional como agravante de la misma⁴¹⁶.

Pasaremos a analizar a continuación, la recepción que ha tenido el referido Convenio en la jurisprudencia nacional, para efectos meramente expositivos, ya que según hemos señalado, persigue una finalidad distinta de la penalidad de conductas, por lo que no contribuye a dilucidar el problema objeto de esta memoria.

4.2.3.2. Tratamiento jurisprudencial del convenio en Chile

Tomando como referencia los casos más recientes sobre solicitudes de retorno en relación con el Convenio de La Haya, la Corte de Apelaciones ha mantenido una tendencia vacilante al respecto, aceptando dicha solicitud en algunos casos, y negándola en otros en virtud de la excepción contemplada en el artículo 13 letra b) del Convenio⁴¹⁷ por estimar que existiría un grave riesgo en la persona del menor.

⁴¹⁶ Ver caso español, a propósito de la reforma introducida por la Ley Orgánica 9/2002 del 10 de diciembre de 2002, que se analizó en el capítulo primero de esta obra, en el que se introdujo la sustracción internacional de menores como agravante del secuestro parental, tipificado en el artículo 225 bis del Código Penal español actual.

⁴¹⁷ El Artículo 13 CH1980 establece: "No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare: (...)b) Que existe un

Las razones que se han dado para rechazar⁴¹⁸ la solicitud de retorno y para estimar que concurre dicha excepción pueden sintetizarse del siguiente modo: (1) existencia de una relación disfuncional entre sus progenitores que contribuiría a la inestabilidad emocional y psicológica del menor, entendiéndose que estas resultan fundamentales para su crecimiento y desarrollo⁴¹⁹; (2) el impacto negativo que causa la existencia de episodios de violencia intrafamiliar presenciados y también relatados por el menor, dado que el ambiente en el que deberá desenvolverse será un entorno dañino para su vida, educación y aprendizaje⁴²⁰; (3) la no afectación del interés superior del niño⁴²¹, por considerarse que el país de residencia es Chile y no el Estado del solicitante, ya sea por haber permanecido escaso tiempo en él⁴²² o por haber pasado la mayor parte de su corta vida en el Estado requerido. La Corte ha entendido por lugar de residencia⁴²³, “aquel espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias o el espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses”.

grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable (...)

⁴¹⁸ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012; C. Valdivia, 2 diciembre 2011. P.J. ROL N° 211-2011.

⁴¹⁹ C. Valdivia, 2 diciembre 2011. P.J. ROL N° 211-2011. Considerando 5° de la sentencia.; C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012. Considerando 5° de la sentencia.

⁴²⁰ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012. Considerando 5° de la sentencia.

⁴²¹ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012. Considerando 4° de la sentencia.

⁴²² C. Valdivia, 2 diciembre 2011. P.J. ROL N° 211-2011. Considerando 5° de la sentencia.

⁴²³ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012. Considerando 6°.

Como podemos apreciar, este tipo de razonamientos va totalmente en contra de los objetivos propuestos por la Convención, ya que están dirigidos a fallar el fondo del asunto y no a ejecutar lo que fue resuelto previamente por un Tribunal de Familia de otro Estado acerca de los mismos hechos. Cabe hacer mención además, al indeseado efecto que este tipo de resoluciones puede generar por no contribuir a desincentivar la sustracción internacional. De hecho, se han formulado críticas en orden a que con este razonamiento se corre el riesgo de transformar a nuestro país en un paraíso normativo para el secuestro de niños⁴²⁴, al implementar como regla general la excepción del artículo 13 letra b) de la Convención, regularizando a través del Derecho una situación con antecedentes ilícitos y vulnerando lo dispuesto por su artículo 3 acerca de las conductas constitutivas de traslado ilícito de menores.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones ha señalado acertadamente en favor de conceder la solicitud de retorno los siguientes fundamentos⁴²⁵: (1) que la finalidad de la Convención sería garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás, según su artículo primero; (2) que la

⁴²⁴ LENON, V. y LOVERA, D. 2011. ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del Derecho Internacional y comparado. Revista Chilena de Derecho Privado (17): p. 138.

⁴²⁵ C. Santiago, 16 septiembre 2011. P.J. ROL N° 1623-2011; C. Arica, 26 enero 2011. P.J. ROL N° 175-2010

residencia habitual se encontraría en el Estado del solicitante; (3) que existió una decisión previa de un tribunal competente en el Estado del solicitante, que estableció el ejercicio común de la patria potestad sobre la menor, teniendo uno de los padres en forma exclusiva la guarda y custodia de la menor, estableciéndose un régimen de relación directa y regular a favor del otro⁴²⁶ o bien, que no habiendo pronunciamiento judicial, el derecho interno del país de residencia le otorga a los padres la patria potestad compartida⁴²⁷; (4) que el traslado unilateral del menor por parte de uno de los progenitores, sin considerar la opinión ni obtener la autorización del otro e ingresándolo a Chile de un modo irregular, debe ser calificado como ilícito para los efectos previstos en los artículos 3 y 12 de la Convención de La Haya y; (5) que las consideraciones sobre la especial vinculación y apego de la madre deben ser determinadas por el tribunal competente que corresponde al del lugar de residencial, esto es, en el Estado del solicitante.

La Corte Suprema, en cambio, durante mucho tiempo mantuvo una tendencia al rechazo de las solicitudes amparándose en la excepción del artículo 13 letra b) de la convención. Esta tendencia fue objeto de críticas por considerarse que iba en contra de los objetivos planteados en la Convención⁴²⁸.

⁴²⁶ C. Santiago, 16 septiembre 2011. P.J. ROL N° 1623-2011. Considerando 2° de la sentencia

⁴²⁷ C. Arica, 26 enero 2011. P.J. ROL N° 175-2010. Considerando 4° de la sentencia.

⁴²⁸ LENON, V. y LOVERA, D. 2011. ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del Derecho Internacional y comparado. Revista Chilena de Derecho Privado (17): 105-141.

Sin embargo, los pronunciamientos más recientes a partir del año 2013, dan cuenta de una propensión a optar por la vía de otorgar el retorno del menor, específicamente las sentencias emitidas con fecha 28 de febrero de 2013⁴²⁹ y 16 de junio de 2014⁴³⁰.

La primera de ellas se refirió al caso de la solicitud de un sujeto de nacionalidad francesa para el retorno inmediato de su hija respecto de la cual mantenía una patria potestad compartida con la madre. Esta última habría salido de Francia días después de que un tribunal de familia resolviera acerca de los derechos tutelares de la menor y dictaminara la prohibición de la madre de salir de dicho país, ya que ésta habría manifestado no tener intenciones de radicarse en Chile.

A pesar de que se negó el retorno de la menor en segunda instancia⁴³¹ en base a la excepción del artículo 13 letra b) de la convención, la Corte Suprema resolvió otorgar la solicitud por los siguientes fundamentos: (1) que atendido lo dispuesto por el preámbulo y el artículo primero de la Convención,

⁴²⁹ C. Suprema, 28 febrero 2013. P.J. ROL N° 8727-2012. Los hechos del caso dan cuenta de un padre solicitante de nacionalidad francesa con antecedentes de violencia intrafamiliar en contra de su cónyuge. La Corte revoca la sentencia de 2° grado, otorgando retorno de la menor, por no haberse acreditado el grave daño en los términos del artículo 13 letra b) de la Convención y porque vivir en Francia no importa para ella grave riesgo ni peligro físico

⁴³⁰ C. Suprema, 16 junio 2014. P.J. ROL N° 16650-2013. Los hechos del caso dan cuenta de un padre solicitante de nacionalidad colombiana, que tiene el cuidado personal de su hija en virtud de un acuerdo suscrito con la madre. Esta última solo tenía derecho a visita, para ser visitada en Chile por un mes y, durante una de las visitas de su hija, la retuvo impidiéndole volver a Colombia. La Corte Suprema confirmó la sentencia de 2° grado, otorgando el retorno por no haberse acreditado el grave daño en los términos del artículo 13 letra b) de la Convención.

⁴³¹ C. Santiago, 22 octubre 2012. P.J. ROL N° 1266-2012.

que trata sus finalidades, el procedimiento ante el Estado requerido no tendría por objeto revisar lo que ya ha sido resuelto en sede jurisdiccional, sino únicamente, verificar si han tenido lugar los hechos que constituyen los excepcionales motivos previstos en la misma para no disponer el regreso del menor⁴³²; (2) que la excepción en estudio solo permitiría no ordenar la restitución del menor si se comprobara que ello le provocara grave riesgo físico o psíquico o una situación intolerable, lo que debiera ser demostrado en el proceso en que se ha efectuado la solicitud de entrega o traslado; (3) que el alcance de la excepción el artículo 13 b) debe entenderse alusivo a situaciones de gran entidad que implican la contingencia, inminencia o proximidad de que se produzca un daño material, moral, espiritual o psicológico. También puede ser consecuencia del carácter "intolerable" de la permanencia en el país requerido; (4) que el interés superior del niño no autoriza a que en el país al que se lleve al niño se litigue nuevamente acerca de lo que ha sido objeto de proceso y de decisión, puesto que la Convención analizada es un instrumento destinado a ejecutar la resolución por habérsela desacatado; (5) que las razones dadas en una sentencia nacional para justificar la mantención de la niña en Chile no obstante haberse resuelto su situación en la jurisdicción del solicitante, pueden ser razonables para decidir el pleito, pero no lo son para pronunciarse respecto de la aplicación de la Convención, porque importan una cuestión jurídica de naturaleza distinta.; (6) lo anterior, porque se aparta del

⁴³² Considerando décimo. C. Suprema, 28 febrero 2013. P.J. ROL N° 8727-2012.

compromiso de hacer ejecutar lo resuelto (motivo fundante de la convención), y porque el cuidado compartido no la desvincula de la madre; (7) que la presencia del padre es inequívocamente necesaria; y finalmente (8) que la interpretación errónea del art. 13 letra b) vulnera el art. 3 de la misma convención.

Nos parece acertada esta resolución, especialmente en lo que atañe al rol inequívocamente necesario del padre. En los pronunciamientos que rechazaban la solicitud de retorno se dejaba entrever una cierta discriminación arbitraria cuando era la madre la que trasladaba ilícitamente a su hijo desde el extranjero, dado que el eje central de determinación del “grave riesgo” constitutivo de la excepción del artículo 13 letra b), giraba en torno a la especial vinculación de la madre con su hijo (en desmedro del padre). Por lo anterior, es que se daban casos en los que un padre solicitante de nacionalidad extranjera que tenía legalmente el cuidado personal o la patria potestad compartida de su hijo, perdía sus derechos tutelares a partir de una situación de hecho –el traslado del menor- de manera ilícita, actitud que era avalada por los tribunales nacionales, al dejar sin efecto -en la práctica- lo dispuesto por un tribunal extranjero que tuvo aún más antecedentes del caso al momento de resolver.

Esta situación comienza a ser revertida en parte también por las modificaciones en materia de cuidado personal a nivel interno que tuvo el Derecho de Familia, al eliminar con la ley 20.068 el criterio conocido en doctrina

como “regla supletoria legal de atribución automática a la madre”⁴³³, es decir, que si los padres vivían separados (supuesto de hecho determinado), tocaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores (regla de atribución automática y determinada).

Finalmente, en sentencia del 16 de junio de 2014, la Corte Suprema también accedió a la solicitud de retorno efectuada por un padre de nacionalidad colombiana que tenía a su cargo el cuidado personal de su hija, producto de un acuerdo al que habría llegado con su madre. Esta última habría regresado a Chile y retuvo posteriormente a su hija cuando terminó su derecho a visita concedido por un mes. En dicha oportunidad, la Corte accedió en base a los siguientes argumentos: (1) que el padre efectivamente ejercía el cuidado personal de la menor y esta última habría salido de su lugar de residencia con autorización del padre haciendo uso del derecho a visita por un mes, que le correspondía a la madre y; (2) que no concurriría la excepción del art. 13 letra b) dado que mientras la menor vivió con el padre, nunca se vio involucrada en una situación de peligro.

Como se puede apreciar, de los objetivos del Convenio y su aplicación por la jurisdicción nacional, no se desprende necesariamente que los

⁴³³ RODRIGUEZ, M. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho* 36(3): 545-586.

progenitores puedan ser sujeto activos del tipo penal contemplado en el artículo 142 CP. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema, los tribunales nacionales deben abstenerse de emitir pronunciamiento acerca del fondo del asunto y deben limitar su actuación a cumplir con el compromiso de hacer ejecutar lo resuelto, siendo el retorno del menor la regla general y no las excepciones del artículo 13 del Convenio.

4.2.4. Toma de postura

Llegados a este punto cabe hacernos la pregunta de rigor objeto de la presente memoria ¿pueden los padres y los guardadores del menor ser sujetos activos del delito de sustracción de menores tipificado en el artículo 142 del Código Penal? Hay que distinguir.

Tratándose de los guardadores la respuesta es un no rotundo y las razones se encuentran en el tenor literal del artículo 355 del Código Penal relativo al delito de negativa de entrega de un menor. A partir de lo sostenido en el capítulo tercero, y lo señalado por la Corte al respecto, esta figura delictiva contiene un sujeto activo calificado, consistente en aquella persona encargada del menor por delegación voluntaria de sus padres o guardadores. Dicha delegación, en el caso de la guarda testamentaria se da por un acto testamentario, en la guarda dativa se da a partir del propio decreto judicial o

discernimiento que lo autoriza para ejercer su cargo en los términos del artículo 373 del Código Civil⁴³⁴ y, en el caso de la guarda legítima, se otorga por la ley al cónyuge y parientes del pupilo y es necesariamente ejercida sobre los hijos.

Haremos hincapié en la guarda dativa, que es aquella conferida por el juez, y que de conformidad con el artículo 370 del Código Civil, se recurre a ella cuando no existe guardador testamentario, ni cónyuge o parientes a quienes les corresponda ejercer la guarda legítima o bien que, habiéndolos, se encuentren inhabilitados para ejercerla. Este tipo de guarda ha adquirido relevancia a partir de los procesos de adopción, en que diversas instituciones sin fines de lucro - acreditadas por el Servicio Nacional de Menores- utilizan el denominado “sistema de colocación familiar” o “sistema de guardadores”, como una alternativa del sistema institucionalizado de “Hogares de menores”⁴³⁵. El problema se presenta, cuando el guardador luego de generar vínculos afectivos con el pupilo, se niega a entregar al menor y decide solicitar su adopción. Como la ley 19.620 establece explícitamente el procedimiento que se debe seguir en

⁴³⁴ El artículo 373 CC establece: “Toda tutela o curaduría debe ser discernida.

Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo”.

⁴³⁵ El objetivo de del sistema de colocación familiar sería disminuir los factores de riesgo y promover el desarrollo sano de los menores, mediante la colocación del niño en el seno de una familia, en la que tiene un cuidador principal: el guardador, “quien se constituye en figura de apego del menor proporcionándole aquel referente tan necesario en los primeros meses de vida para establecer un vínculo estable por medio del cual alcanzar el sentimiento de seguridad básica y la maduración neurológica, rol que posteriormente será desempeñado por el padre y/o madre adoptivo del niño/a o por su madre biológica según sea el caso, sentando las bases para una sana vinculación y desarrollo mental futuro. Cfr.: FUNDACION CHILENA DE ADOPCION. Familias guardadoras y vínculos de apego [En línea]. Disponible en: <http://www.fadop.cl/familias-guardadoras-y-vinculos-de-apego/> [Consulta: 15.03.2015].

sus artículos 23 y ss., así como los requisitos que deben cumplir los adoptantes⁴³⁶, podría ocurrir que el guardador no cumpla dichas condiciones, y, ante la inminencia de tener que devolver al menor, se niegue a entregarlo y huya con él. De cualquier forma, dicha conducta se enmarcaría a lo más, dentro del tipo establecido en el artículo 355 del Código Penal, como negativa de entrega de un menor y no constituiría sustracción de menores, dado que no existe afectación alguna al bien jurídico protegido, sino por el contrario, el sujeto obraría motivado por el interés superior del menor.

Ahora bien, tratándose de los progenitores la respuesta no parece ser tan sencilla. Sostenemos que el progenitor puede (eventualmente) ser sujeto activo del 142 CP pero esto dependerá siempre de la ponderación de las

⁴³⁶ Dichos requisitos se encuentran establecidos en el artículo 20 de la ley 19.620 sobre adopción de menores, en los siguientes términos: “Artículo 20: Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el artículo 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado. Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones que requieran de expresión de voluntad de los adoptantes. El juez, por resolución fundada, podrá rebajar los límites de edad o la diferencia de años señalada en el inciso anterior. Dicha rebaja no podrá exceder de cinco años. Los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del adoptado. Tampoco será exigible el mínimo de años de duración del matrimonio, cuando uno o ambos cónyuges estén afectados de infertilidad. En todo caso, no podrá concederse la adopción a los cónyuges respecto de los cuales se haya declarado la separación judicial, mientras esta subsista. En su caso, la reconciliación deberá acreditarse conforme lo dispone la Ley de Matrimonio Civil.

circunstancias de cada caso que efectúen los tribunales de justicia. Lo anterior por las siguientes razones:

(1) La última modificación del artículo 142 CP que eliminó el beneficio de reducción de pena por la devolución del menor libre de todo daño, pasando éste a quedar regulado en el artículo 142 bis CP, en donde no contempla a quienes debe realizarse dicha devolución;

(2) La nueva interpretación literal de la norma que han venido desarrollando los tribunales superiores de justicia, en cuando a que el artículo 142 contemplaría un tipo penal abierto respecto de los sujetos activos, ya que por el principio de tipicidad, cuando el legislador ha querido restringir su aplicación a ciertos sujetos lo ha señalado de manera expresa;

(3) Porque sin apartarnos del criterio de la seguridad individual y la libertad ambulatoria como bien jurídico protegido por el tipo, es posible que un progenitor incurra en la conducta típica descrita por el artículo 142 del Código Penal, específicamente por la afectación de la seguridad del menor. Así por ejemplo:

- Se puede vulnerar la seguridad del menor cuando uno de los progenitores con antecedentes de violencia intrafamiliar constitutiva de delito hacia el menor, habiéndosele quitado el cuidado personal, la relación directa y regular y la patria potestad del mismo y teniendo vigente en su contra las medidas accesorias de obligación de abandonar el lugar de residencia y de prohibición de acercarse al menor⁴³⁷, lo sustrae de quien lo tiene legalmente a su cargo, pretendiendo alterar una situación de derecho por vía de hecho. Lo anterior, porque precisamente la seguridad física y psicológica del menor peligr

⁴³⁷ La ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, regula dos casos distintos. Por un lado la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito y, por otro, la violencia intrafamiliar constitutiva de delito. Una de las normas aplicables a ambos casos es la que dice relación con las medidas accesorias que puede decretar la justicia. Dicha medidas se encuentran reguladas por el artículo 9 de la ley en los siguientes términos:

Artículo 9º.- Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá

aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias: a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima; b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias; c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan; d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término; e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.

a su cargo y porque no ha existido delegación por quien lo tiene a su cargo (excluyendo la eventual aplicación del 355 CP)

- Se puede también vulnerar la seguridad del menor cuando el progenitor que se encuentra separado de hecho del otro progenitor durante años (sin haber generado vínculo afectivo, sin haber tenido contacto con el menor ni haber sido parte de su crianza), lo aparta del otro progenitor motivado por finalidades económicas, al ser contratado por terceros para concretar la sustracción de manera impune⁴³⁸. Esta sería una hipótesis de abuso de Derecho que el ordenamiento jurídico no puede tolerar.

Ahora bien, nuestra postura si bien no se aparta de lo que han venido resolviendo recientemente los tribunales superiores de justicia, no concordamos del todo con las circunstancias que se han tomado en cuenta a la hora de condenar o absolver a un progenitor por la conducta típica ¿cuáles podrían ser esas circunstancias para nosotros? Proponemos la siguiente sistematización:

Primeramente habría que partir señalando que el tipo solo sería aplicable a situaciones de crisis familiar (entendiendo el concepto de familia en un sentido

⁴³⁸ C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

amplio, sin distinguir si existe o no vínculo matrimonial entre los padres), ya que en los demás casos el menor se encontraría efectivamente bajo la esfera de protección de sus padres y no sería posible constatar la afectación al bien jurídico protegido. Como segundo filtro, habría que distinguir, en mi opinión, si el sujeto tiene o no antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito en los términos de la ley 20.066.

En el primer caso, esto es, tratándose de un sujeto con antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito⁴³⁹, consideramos que se configuraría la conducta típica, si el menor es sustraído por un progenitor que tiene vigentes las medidas accesorias de obligación de abandonar el hogar y prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio.

En el segundo caso, tratándose de un progenitor sin antecedentes por violencia intrafamiliar constitutiva de delito, habría que aplicar el tercer filtro, distinguiendo tres situaciones distintas:

- a) Si el progenitor tiene el cuidado personal compartido con el otro progenitor: no comete delito alguno, ya que el menor se encuentra dentro de su esfera de protección.

⁴³⁹ De conformidad con el párrafo tercero de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, artículos 13 y siguientes.

b) Si el progenitor tiene la relación directa y regular de manera plena o se encuentra limitada por un Tribunal de Familia: comete el delito de negativa de entrega del menor del artículo 355 del Código Penal, si pretende huir con el menor dentro o fuera del país con el objeto de privar al otro progenitor de sus derechos tutelares. Esta interpretación se condice con el móvil detrás de un padre, que no pretende afectar la seguridad de su hijo.

c) Si el progenitor no tiene derechos tutelares sobre el menor, ya sea por habérselos otorgado por sentencia judicial en su totalidad al otro progenitor o por haber existido un alejamiento duradero sin haber tenido contacto alguno con el menor: comete el delito de sustracción de menores el progenitor que carece de derechos tutelares sobre el menor y al que no se le ha entregado su custodia temporal bajo ningún respecto. Sostenemos que el vínculo familiar en sí, no lo hace inmune ante la justicia, ya que -en este caso- de seguirse con la tesis de la negativa de entrega de un menor o de la atipicidad, podrían darse situaciones de abuso de derecho, según hemos señalado a propósito del caso Paul Schäfer.

En definitiva, en contra de los guardadores no podría operar el delito de sustracción de menores, por resultar aplicable el artículo 355 del Código Penal

referido a la negativa de entrega de un menor, mientras que respecto de los progenitores, si bien el artículo 142 CP contempla un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo, es necesario distinguir considerando las circunstancias de cada caso y la efectiva afectación al bien jurídico protegido por el tipo. Hemos procurado señalar algunas de las circunstancias que estimamos debiesen ser consideradas por los tribunales de justicia, para efectos de determinar si en los hechos es posible que el progenitor haya incurrido en la conducta típica.

4.3. La sustracción de menores en el proyecto del Nuevo Código Penal, boletín N° 9.274-07

En los párrafos precedentes se dio cuenta de la evolución histórica del actual artículo 142 del Código Penal chileno, y nos referimos brevemente además a la evolución que tuvo el delito últimamente en el derecho español. A continuación, abordaremos también de manera concisa, las reformas que se han propuesto en el Proyecto del Nuevo Código Penal chileno (PCP) a propósito del delito de sustracción de menores y si estas se hacen cargo de las críticas que presenta la actual regulación del delito, más que nada por consideraciones de *lege ferenda*.

4.3.1. Conducta típica y figuras delictivas

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en los artículos 240 a 243 del proyecto del Código Penal chileno, dentro del título II del libro segundo sobre delitos contra la libertad, específicamente en el párrafo denominado “Privación de libertad, sustracción de menores e incapaces e inducción al abandono del hogar”.

La regulación del delito constituye una verdadera reestructuración de su contenido normativo, alterando sustancialmente su campo de aplicación. Además de reducir notoriamente la pena asignada al delito, introduce cambios en la figura básica, en las agravantes, en la atenuante y además, crea una nueva figura denominada sustracción menos grave, para aquellos casos en que el sujeto activo sea un familiar o una persona cercana a la víctima involucrada.

Así, en cuanto a la figura básica tipificada en el artículo 240 PCP⁴⁴⁰, los cambios que se pueden apreciar en el proyecto dicen relación con: (1) la extensión de la aplicación de la norma tanto para los menores como para las personas incapaces; (2) la disminución a 12 años del límite de edad para la

⁴⁴⁰ Art. 240 PCP: “Sustracción de menores e incapaces. El que sustrajere del encargado de su cuidado a un menor de 12 años o a una persona incapaz de comprender su situación a causa de una anomalía o perturbación mental, retuviere al menor o al incapaz fuera de su cuidado o le impidiere regresar a su cuidado, será sancionado con prisión de 3 a 7 años.”

aplicación de la norma en el caso de los menores y; (3) la reducción de la pena para la figura básica, que paso a ser de 3 a 7 años.

Los mayores cambios que se pueden apreciar, se dieron a propósito de la calificación de delito (agravantes) en el artículo 241 del PCP⁴⁴¹: (1) se agrega la agravante de amenaza de causar daño a la víctima; (2) se agrega la agravante de imposición de condiciones a una de las víctimas a cambio de la liberación de la otra, en caso que sean dos personas afectadas; (3) se agrega la agravante de cometer el delito como parte de la perpetración de los delitos de trata de personas o de esclavitud ; (4) se agrega la agravante de haberse prolongado el delito por más de 30 días, y; (5) se elimina la agravante referida al propósito de obtener un rescate; (6) se elimina la figura hiperagravada del delito y; (7) se reduce la pena asignada para esta figura calificada, que iría desde los 5 a los 10 años.

En cuanto a la atenuante del delito, establecida en el artículo 243 PCP⁴⁴², los cambios dicen relación con: (1) la modificación de la frase “si los partícipes”

⁴⁴¹ Art. 241 PCP: “Calificación. En los casos de los artículos precedentes la pena será de prisión de 5 a 10 años:

1° si el delito se cometiere imponiéndose condiciones a un tercero o a cambio de la liberación de la víctima bajo amenaza de causarle daño, o si, en caso de ser dos o más las víctimas, se impusiere condiciones a una de ellas a cambio de liberar a otra o bajo amenaza de causarle daño; 2° si el delito se cometiere como parte de la perpetración de los delitos de trata de personas o de esclavitud, en el sentido de los artículos 246 y 247, 3° si el delito se prolongare por más de 30 días.”

⁴⁴² Art. 243 PCP: “Atenuante. Si el responsable de los delitos de privación de libertad o sustracción de menores o personas incapaces previstos en este párrafo liberare a la víctima o

empleada por el actual artículo 142 bis CP, por “si el responsable”; (2) la modificación de la condición en la cual debe encontrarse la víctima para que proceda la atenuante calificada, exigiendo que esta sea liberada “exenta de grave daño” y no “libre de todo daño”, como se encuentra actualmente establecido, y; (3) se contempla como atenuante muy calificada la liberación de la víctima antes de obtener su propósito, lo que difiere levemente de lo establecido en el actual 142 bis CP que se refiere a la liberación “antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas”.

Me parecen interesante estas modificaciones, ya que subsanan ciertas deficiencias de interpretación del actual artículo 142 bis CP particularmente en lo referido al estado en que debe devolverse a la víctima. Se ha entendido actualmente que la devolución “libre de todo daño” debe adecuarse a la naturaleza del delito de que se trata, debiendo entenderse como “libre de todo daño adicional al necesario para la comisión del delito”⁴⁴³ ya que la conducta típica en si genera siempre algún tipo de daño en la víctima, por encontrarse privada de uno de los derechos fundamentales más importantes como es el

removiere el impedimento que la afecta, exenta de grave daño, el tribunal estimará el hecho como una atenuante calificada.

El tribunal podrá estimar la concurrencia de una atenuante muy calificada respecto del responsable que liberare a la víctima o removiere el impedimento que la afecta, exenta de grave daño, sin haber obtenido su propósito.

Las atenuantes establecidas en este artículo podrán ser estimadas también por el tribunal en el caso del inciso segundo del artículo precedente, si el responsable indujere al menor a retornar a su hogar, exento de grave daño.”

⁴⁴³ MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I. pp. 246 y 254.

derecho de la libertad ambulatoria. De esta manera, la pretendida reforma en este sentido es acertada.

Finalmente, el cambio más relevante para efectos de nuestra obra es la que se pretende incorporar con el artículo 242 PCP⁴⁴⁴. Dicha norma contempla una figura menos grave de sustracción de menores e incapaces en los siguientes términos: (1) contempla como sujeto activo calificado el familiar o la persona cercana al menor o al incapaz; (2) contempla como requisito que el sujeto activo no haya comprometido gravemente el interés del menor o del incapaz; (3) contempla como modos de comisión la sustracción, la retención y el impedimento a regresar; (4) establece una pena inferior consistente en multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años; (5) castiga con la misma pena y en el mismo apartado la inducción al abandono del hogar, abusando de la falta de madurez de un menor de entre 12 y 18 años.

Como se puede observar, el proyecto viene a llenar y solucionar una serie de vacíos y contradicciones relacionadas con el tipo, pero por sobre todo respecto de los modos de comisión de la sustracción y la tipificación de la

⁴⁴⁴ Art. 242 PCP: “Sustracción de menores o incapaces menos grave e inducción al abandono de hogar. El familiar de un menor de 12 años o de una persona incapaz de comprender su situación a causa de una anomalía o perturbación mental, o la persona cercana al menor o al incapaz, que sin comprometer gravemente su interés lo sustrajere del encargado de su custodia, lo retuviere fuera de su cuidado o le impidiere regresar a su cuidado, será sancionado con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años.

Con la misma pena será sancionado el que mediante engaño o amenaza distinta de la señalada en el número 2 del artículo 237, o abusando de la falta de madurez de la víctima, indujere a una persona menor de 18 pero mayor de 12 años a abandonar su hogar.”

sustracción menos grave, en caso que sea cometida por un familiar (progenitor entre ellos) o persona cercana (podría ser aplicable a los guardadores), con pena inferior a la regla general, contemplando incluso la multa.

Si bien el Derecho penal es de *ultima ratio*, hemos demostrado como es que los ámbitos del Derecho Civil o del Derecho de Familia se tornan insuficientes a la hora de resolver determinados casos que no son cubiertos por el delito de negativa de entrega de un menor. De esta manera, el proyecto logra en parte brindar una respuesta eficaz a aquellas circunstancias a las que nos referimos en apartados anteriores, de incumplimiento grave y reiterado de resoluciones judiciales destinadas a restringir derechos tutelares o dictaminar medidas accesorias de alejamiento y prohibición de acercarse a un menor, en contra de su progenitor, por atentar contra el bien jurídico protegido por la norma. Finalmente, consideramos que la equiparación de pena que se pretende establecer entre el delito de sustracción de menores y la inducción al abandono del hogar es definitivamente un acierto, especialmente si se toma en consideración que ambos delitos se regulaban conjuntamente en el Código Penal español de 1848 (que sirvió de inspiración para el actual Código Penal chileno).

4.3.2. Relación con los crímenes de genocidio y de lesa humanidad

Ahora bien, en relación con el delito en estudio, destacan en este proyecto importantes avances en cuanto a la adecuación interna del Estatuto de Roma (ER), que tipifica los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Así, en el título XVII del proyecto, denominado “delitos contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”⁴⁴⁵, se establecen determinadas conductas agravadas cuyas víctimas son menores de edad y que serían constitutivas del crimen de genocidio y del crimen de lesa humanidad.

La tipificación del crimen de genocidio se encuentra establecida en el artículo 6 del Estatuto de Roma, regulando en su letra e) el traslado por la fuerza de niños. El artículo 633 PCP⁴⁴⁶ vendría a especificar o ampliar el ámbito de aplicación del crimen a los menores de 18 años, dada la indeterminación del término “niños”. Nótese que, a diferencia de la tipificación que da el PCP al regular el delito de sustracción de menores en los artículos 240 a 243, el legislador utiliza el verbo rector “trasladar” para hablar de genocidio, dada la relación existente entre el verbo “sustraer” y la esfera de protección del menor de la que es apartado, dejando de lado las hipótesis de retención y de impedimento de regreso como modos de comisión, para efectos de este crimen.

⁴⁴⁵ Bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional.

⁴⁴⁶ Art. 633 PCP: “Comete genocidio el que, con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo Nacional, étnico, racial o religioso como tal: (...) 5° trasladare por la fuerza a menores de 18 años del grupo a otro grupo.”

Ahora bien, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad se encuentra establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma, regulando en su letra e) la “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”. El artículo 637 PCP⁴⁴⁷, en este sentido, viene a especificar aquellas “otras privaciones graves de libertad física” a las que hace alusión el Estatuto de Roma y que deben ser realizadas en violación de las normas fundamentales de derecho internacional. Señala la norma que estas se refieren, entre otros, a las conductas constitutivas de sustracción de menores e incapaces del artículo 240 y a las figuras calificadas de la sustracción de menores consistentes en la imposición de condiciones o amenazas del art. 241 PCP N°1 y, la sustracción que se prolonga por más de 30 días del art. 241 N°3, dejándose afuera la agravante consistente en haberse cometido como parte de la perpetración de los delitos de trata de personas y esclavitud, que no podría ser entonces constitutiva de crimen de lesa humanidad.

Finalmente, el proyecto tiene la novedad de contemplar en su artículo 639 PCP, una agravante muy calificada del crimen de lesa humanidad, cuando este fuere cometido “con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, con la

⁴⁴⁷ Art. 637 PCP: “Concurriendo las circunstancias señaladas en el artículo precedente, constituyen crímenes de lesa humanidad: (...) 3° la privación de libertad grave, prevista en el inciso segundo del artículo 238, sustracción de menor o persona incapaz prevista en el artículo 240, y privación de libertad o sustracción de menores calificadas, previstos en el inciso segundo en los números 1 y 3 del artículo 241, en violación de normas fundamentales del derecho internacional; (...)”

intención de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un período prolongado; (...)". Este último aspecto tendría como antecedente las recientes investigaciones sobre sustracción de menores durante el período militar en Chile, respecto de las cuales ya se ha dictado un auto de procesamiento con fecha 6 de junio de 2012⁴⁴⁸.

En definitiva, son mayoritariamente acertadas y pertinentes las reformas que se pretenden introducir en materia de sustracción de menores en el Proyecto del Código Penal. Sin embargo, el proyecto queda en deuda en cuanto a la tipificación de la sustracción internacional de menores, como agravante del tipo.

A pesar de todo lo señalado a lo largo de esta memoria, si la doctrina mayoritaria optara por el rechazo de la calidad de sujetos activos de los progenitores, la postura debiese ser necesariamente reconsiderada tratándose de traslados hacia fuera del país por parte de uno de los progenitores. No por los derechos tutelares del otro progenitor sobre el menor, sino porque en este caso, serían los propios derechos del menor los que resultarían afectados y que dicen relación con el derecho a relacionarse con ambos padres, el derecho a su identidad, etc., en concordancia con los convenios internacionales sobre los

⁴⁴⁸ PODER JUDICIAL. Ministro Mario Carroza dicta procesamiento por sustracción de menores en 1974 [En línea]. Disponible en: <http://www.pjud.cl/> [Consulta: 14.03.2015].

derechos del niño⁴⁴⁹. De esta manera, tratándose de la sustracción internacional de menores y para la eficacia de las solicitudes internacionales entre países que no han adherido al Convenio, el delito de sustracción internacional debiese estar tipificado en nuestro derecho interno pero con una pena máxima de un año, según la regla general de la doble incriminación, ya que esa es la pena mínima exigida para que proceda la orden de detención internacional, pues generalmente los acuerdos bilaterales de extradición exigen que el delito imputado lleve aparejada una pena de prisión de 12 meses. Solo de esta manera, se podría lograr una respuesta eficaz, sin ser demasiado drástica, al creciente fenómeno de la sustracción internacional de menores al que nos hemos referido en un apartado previo.

4.4. Conclusiones preliminares

A lo largo de este capítulo hemos visto que el delito de sustracción de menores tiene ciertas particularidades. Además de ser un delito de escasa ocurrencia, en los casos en que llega a concretarse una investigación por parte del órgano persecutor, la gran mayoría de ellas finaliza por términos facultativos, ya sea archivo provisional, decisión de no perseverar o por

⁴⁴⁹ El artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño establece: "(...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.". Este Convenio fue suscrito por Chile con fecha 26 de enero de 1990 y publicada como ley de la Republica con fecha 27 de septiembre de 1990, mediante el decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

incompetencia, al tratarse de materias propias de los Tribunales de Familia. Es precisamente este último aspecto el que nos permite inferir la existencia de dificultades en la praxis penal a la hora de determinar la aplicación de la norma en estudio, particularmente por el problema de tener que enfrentar situaciones en las que los principales sujetos involucrados, son los progenitores, guardadores o familiares cercanos de un menor. También es este último aspecto el que permite cuestionarnos la necesidad de contar con un tipo penal cuyas principales denuncias se originan a propósito de situaciones de crisis familiares y escasamente a propósito de situaciones en que se encuentren involucrados terceros sin vínculos familiares con el menor. Por su parte, al no tener en la actualidad, diferencias sustanciales con el delito de secuestro, podría ser perfectamente absorbido por este, siendo tipificado como agravante de dicha figura, tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos como el español y el francés.

Posteriormente, y pese al alto índice de causas terminadas por incompetencia de los tribunales penales, analizamos los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales acerca de considerar que los progenitores puedan ser efectivamente sujetos activos del delito de sustracción de menores. Señalamos que la doctrina nacional mayoritaria ha optado por rechazar dicha posibilidad, pero que muchos de los argumentos que se daban al respecto no consideraban las recientes modificaciones de la norma así como tampoco las

situaciones de crisis familiares en las que efectivamente era posible que un progenitor afectara la seguridad individual del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en cambio, ha optado recientemente por considerar que el artículo 142 del Código Penal establece un tipo penal abierto en cuanto al sujeto activo, ya sea por la modificación del contenido y localización del beneficio de reducción de pena como por el principio de tipicidad. En este sentido, identificamos tres tendencias en los fallos emitidos por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, que decían relación con: (1) que los padres del menor pueden ser sujetos activos, sin emitir mayores distinciones al respecto (admisibilidad plena); (2) que el progenitor que no tiene el cuidado personal puede ser sujeto activo del tipo (admisibilidad parcial), y; (3) que los progenitores podrían ser sujeto activos dependiendo de las circunstancias de cada caso (admisibilidad circunstancial), privilegiando algunas veces ciertos derechos tutelares sobre otros, o bien, privilegiando el móvil que estuvo detrás del progenitor al momento de realizar la conducta típica.

Posteriormente nos referimos al Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores para efectos de determinar si la ratificación de dicho convenio por Chile podría contribuir al debate en torno a

los sujetos activos del 142 CP. Sin embargo, constatamos que el propósito que persigue el Convenio dista mucho del propósito perseguido por el artículo 142 del Código Penal, ya que el primero no tiene por objeto penalizar el traslado de menores de un país a otro sin la debida autorización, sino más bien el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en materia de derechos tutelares, manteniendo el *status quo* previo a la sustracción y desincentivando la sustracción internacional. El segundo, en cambio, persigue sancionar una conducta típica por la afectación del bien jurídico que la norma protege. En definitiva, ambos cuerpos legales serían de naturaleza jurídica totalmente diversa y la ratificación del Convenio por parte de Chile, quedaría descartada como argumento de peso para sostener que por este solo acto se permitiría que los padres puedan ser considerados sujetos activos del artículo 142 CP.

Teniendo en cuenta las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, así como también la evolución del artículo 142 del Código Penal, llegamos a la conclusión de que había que distinguir entre la solución dada para el caso de los guardadores y de los progenitores. En el caso de los primeros, no sería aplicable la referida norma, por encontrarse regulada una figura especial en el artículo 355 CP, plenamente aplicable a los guardadores, dado que requiere para su concurrencia que el sujeto activo haya recibido voluntariamente al menor por quien lo tiene a su cargo mediante un acto de delegación. En el caso

de la guarda dativa dicha delegación se produciría precisamente por el decreto judicial o discernimiento regulado en el artículo 373 del Código Civil.

Por el contrario, en el caso de los progenitores, habría que efectuar una serie de distinciones, pero siempre partiendo de la base de encontrarnos en situaciones de crisis familiar, ya que de lo contrario el menor se encuentra irrefutablemente en la esfera de protección de sus progenitores. En este punto señalamos que concordábamos con el criterio de la Corte Suprema que establecía que el artículo 142 del Código Penal contemplaba un tipo penal abierto, pero que para determinar si era procedente que el progenitor hubiere incurrido en la conducta típica, debían analizarse las circunstancias de cada caso. En este punto propusimos algunos aspectos que debían tenerse en cuenta, como los eventuales antecedentes por violencia intrafamiliar (constitutiva del delito) hacia el menor, la dictación de medidas de protección por parte de un tribunal en contra del progenitor para resguardar su seguridad del menor, el alejamiento duradero por parte del progenitor sin haber tenido contacto alguno con el menor durante años, etc.

Finalmente, nos referimos al Proyecto del nuevo Código Penal, contenido en el boletín 9274-07 del Congreso, para efectos de analizar el tratamiento dado al problema planteado y las principales modificaciones que eventualmente se podrían dar al delito, en caso de que el proyecto llegue en el futuro a ser

aprobado en reemplazo del actual Código Penal. Señalamos que constituía una verdadera reestructuración de su contenido normativo, alterando sustancialmente su campo de aplicación. El proyecto llena y soluciona en definitiva, una serie de vacíos y contradicciones relacionadas con el tipo, pero por sobre todo respecto de los modos de comisión de la sustracción y la tipificación de la sustracción menos grave, en caso que sea cometida por un familiar (progenitor inclusive) o persona cercana (que podría ser el guardador), con pena inferior a la regla general, contemplando incluso la multa.

Queda al debe eso sí, en cuanto a la eventual tipificación de la sustracción internacional de menores como agravante del tipo, ya que constituye un fenómeno que en gran parte del mundo va a en aumento y es la causa principal del resurgimiento del debate en torno a la posibilidad de tipificar la sustracción parental en el derecho interno y los problemas que trae aparejados.

CONCLUSIONES

El bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la seguridad del menor como presupuesto de su libertad ambulatoria. Una de las dificultades que presenta el tipo es la de determinar si es factible o no que los progenitores y los guardadores puedan ser considerados como sujetos activos, partiendo de la base de que el alcance del verbo rector “sustraer” implica necesariamente apartar o separar a un menor de la esfera de resguardo a que se encuentra sometido (legal, convencional o judicialmente). En este sentido, la doctrina mayoritaria ha sido enfática en rechazar dicha posibilidad, atendido a que el menor no dejaría de estar bajo su esfera de resguardo. La conducta sería por tanto atípica, o bien, susceptible de ser reconducida a la figura del desacato o de negativa de entrega del menor, según el bien jurídico que resulte afectado.

La jurisprudencia en cambio, ha admitido recientemente dicha posibilidad, por considerar que se trataría de un tipo penal abierto en lo relativo a los sujetos activos. Dentro de los casos que la han aceptado, existen tanto sentencias absolutorias como condenatorias al respecto, pero ya no desde la base de la atipicidad, de la reconducción, ni de la atenuante especial de la devolución del menor libre de todo daño (a propósito de la persona a quien debía ser devuelta), sino que a partir de la base de las circunstancias de cada

caso, que estarían determinadas algunas veces por la titularidad del cuidado personal del menor y, otras veces, por el móvil que estuvo detrás del progenitor al momento de realizar la conducta típica.

La posición que nosotros hemos adoptado es que se debe hacer una distinción. Tratándose de los guardadores, no podría configurarse el tipo, dado que la conducta del sujeto quedaría enmarcada dentro de la figura de negativa de entrega de un menor del artículo 355 del Código Penal, ya que la noción misma de guardador entraña una delegación voluntaria, ya sea por quien tenía a su cargo al menor, por acto testamentario o por resolución judicial, presupuesto cubierto por el 355 CP al exigirse que se deba tratar de un sujeto activo calificado, esto es, la persona encargada del menor.

Por otro lado, la situación de los progenitores sería un poco más compleja. Sin perder de vista el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, concordamos con la línea de la Corte Suprema que ha optado por la tesis del sujeto activo abierto, aceptando la posibilidad de que los progenitores puedan cometer la conducta típica, en base a las circunstancias de cada caso. Consideramos que efectivamente es posible que se presenten hipótesis en las que resulte afectado el bien jurídico protegido por el artículo 142 del Código Penal en lo relativo a la seguridad del menor, cuando la conducta ha sido ejecutada por uno de los padres de la víctima. Diferimos eso si respecto de

algunas de las circunstancias que la Corte ha estimado para condenar o absolver a los progenitores involucrados en los hechos.

Dentro de los aspectos que se deberían tener en cuenta, señalamos el hecho de que se trate de casos de crisis familiar, determinada por la separación de hecho o de Derecho de los progenitores, en que haya habido situaciones de violencia intrafamiliar hacia el menor, se hayan decretado las medidas de prohibición de acercamiento y de obligación de abandonar el hogar decretadas por un tribunal, o bien, en que haya existido una total desvinculación física y emocional entre los sujetos involucrados, de manera que el progenitor no haya formado parte del crecimiento ni de la crianza del menor.

El mero vínculo sanguíneo no puede prestarse para excluir la punibilidad de las conductas de ciertos sujetos, cuando estos han infringido efectivamente una conducta típica y hayan afectado el bien jurídico protegido por la norma. Solo de esta forma, se puede lograr otorgar una protección eficaz a situaciones en las que ni el Derecho Civil ni el Derecho de Familia ha resultado ser suficientes para la protección y resguardo de la seguridad de un menor.

Por último, como consideración final de *lege ferenda*, sostenemos que la alta tasa de causas finalizadas por términos facultativos en el Ministerio Público, específicamente por incompetencia, sumada a la escasa ocurrencia del delito

en situaciones que involucren a sujetos distintos de los progenitores, nos llevan a cuestionarnos la real utilidad de contar con un tipo penal con sustantividad propia, siendo perfectamente posible que pueda ser absorbido por la figura del secuestro como agravante, estableciéndose una figura menos grave para el caso en que esté involucrado alguno de los padres de la víctima, contemplando además la figura del traslado ilícito de menores hacia otro Estado, en los términos establecidos en el artículo 3 de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES

- ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISION REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1873. Santiago, Imprenta de la República de Jacinto Núñez (reimpresión 2013).
- BAÑADOS, F. 1920. Código Penal de la República de Chile concordado y comentado. Santiago, Dirección de Impresiones L.A. Lagunas M.
- BULLEMORE, V. 2005. Curso de Derecho Penal. 2 ed. Santiago, LegalPublishing Chile.
- BUSTOS, J. 1991. Manual de derecho penal: parte especial. 2 ed. Aumentada, corregida y puesta al día. Barcelona, Ariel.
- CARRARA, F. 1945. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción dirigida por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto Gavier y Ricardo Núñez. Buenos Aires, Editorial Depalma. Vol. II.
- CARRARA, F. 1964. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Traducción de José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá, Librería Editorial Temis Ltda. Vol. III.
- CONDE-PUMPIDO, C. 2004. Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Editorial Bosch S.A.
- CUELLO, E. 1955. Derecho Penal: conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944". Barcelona Parte Especial. 9 ed. Editorial Bosch S.A. Vol. II.
- DE LA ROSA, J. 2010. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia, Tirant lo Blanch.
- DÍEZ, J y GRACIA, L. 1993. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch.
- DONNA, E. 2001. Derecho penal. Parte Especial. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo II-A.
- ETCHEBERRY, A. 1999. Derecho Penal Parte General. Reimpresión 3ªed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile Tomo I.

- ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal Parte Especial. 3°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ETCHEBERRY, A. 1987. El Derecho Penal en la jurisprudencia. 2°ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, G. 2004. Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo, Editorial B de F Ltda.
- FERNÁNDEZ, P. 1899-1900. El Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado. 2° ed. Santiago, Imprenta Litográfica y Encuadernación Barcelona. Tomo II.
- FUENSALIDA, A. 1883. Concordancias i comentarios del Código Penal chileno. Lima, Imprenta Comercial. Volumen II.
- GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal Parte Especial. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GROIZARD, A. 1872. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Salamanca, Esteban-Hermanos Impresores. Tomo V.
- HORMAZABAL, H. 1992. Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. 2°ed. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- JIMÉNEZ, P. 2008. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- LABATUT, G. 2000. Derecho Penal Parte Especial actualizado por el profesor Julio Zenteno Vargas. 7° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- LLORIA, P (Dir.) 2008. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel.
- MATUS, J. y RAMIREZ, M. 2014. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. 3ed. Santiago, Legalpublishing Thomson Reuters. Tomo I.
- MONTÓN, M. 2003. La sustracción de menores por sus propios padres. Valencia, Tirant lo Blanch.

PACHECO, J. 1870. El Código Penal concordado y comentado. 4ºed. Madrid, Imprenta de Manuel Tello. Tomo III.

POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, S., MATUS, J., Y RAMIREZ, M. 2004. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SOLER, S. 1992. Derecho penal argentino. 10º reimpresión total. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina. Tomo IV.

ARTICULOS CONTENIDOS EN LIBROS

CARVAJAL, A. 2005. Los aspectos penales. En: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. La sustracción interparental de menores. Madrid, Dykinson. pp. 105-136.

DÍEZ, J. 2004. EL nuevo delito de sustracción parental de menores. En: OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL, M., y CORTÉS, E. (Coords.) Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp. 289-319.

DÍEZ, J. 1993. Sustracción de menores. En: DÍEZ, J. y GRACIA, L. Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad. Valencia, Tirant lo Blanch. pp. 367-391.

GONZÁLEZ, J. 2005. Delitos contra las relaciones familiares (II). En: COBO, M. (Coord.). Derecho Penal español: parte especial. 2 ed. Madrid, Dykinson. pp. 427-446.

GUARDIOLA, J. 2008. Los sujetos del delito previsto en el artículo 225 bis del Código Penal. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 77-113.

JAKOBS, G. 2003. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: MONTEALEGRE, E. (Coord.) El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Colombia, Universidad Externado de Colombia. pp. 39-56.

JIMÉNEZ, F. 2008. Aspectos procesales de la sustracción de menores interparental: especial referencia a la tutela civil. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 293-368.

LAPIEDRA, R. 2008. La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. En: LLORIA, P. (Dir.) Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 189-218.

LLORIA, P. 2008. La regulación penal de las conductas sustractoras de menores en el ámbito familiar. En: LLORIA, P. (Dir.). Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid, Editorial Iustel. pp. 33-76.

ARTÍCULOS CONTENIDOS EN REVISTA Y PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

ABANTO, M. 2006. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal (18) 2006. [En línea]. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/283/273> [Consulta: 14.01.2015].

COMISION FORO PENAL. 2006. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal. Política Criminal N°1 D1: 1-92.

COMISION FORO PENAL. 2006. Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial. Política Criminal N°1 D3: 1-269.

COBO, M. 1961. Consideraciones técnico jurídicas sobre la sustracción de menores (objetos y sujetos de la sustracción de menores). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (14): 207-232. [En línea]. Disponible en: http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1960-1969/1961_fasc_II.pdf [Consulta: 12.12.2014].

GARCÍA, O. 2010. El delito de sustracción de menores y su configuración. [En línea]. In Dret. Núm. 2, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/727.pdf> [Consulta: 01.12.2014].

- LENON, V. y LOVERA, D. 2011. ¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del Derecho Internacional y comparado. *Revista Chilena de Derecho Privado* (17): 105-141.
- MAÑALICH, J. 2004. El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía. *Revista de Estudios de la Justicia* (5): 11-33. [En línea]. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%205/EL%20SECUESTRO%20COMO%20DELITO%20PERMANENTE%20FRENTE%20AL%20DL%20DE%20AMNISTIA.pdf> [Consulta: 01.03.2015].
- QUINTANO, R. 1961. La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (14): 5-18.
- SAN MARTÍN, M. 2008. Sustracción de menores, tipo penal susceptible de ser cometido por uno de los padres. *Revista jurídica del Ministerio Público* (37): 272-277.
- RAMIREZ, T. 2012. Apuntes para una política criminal con memoria. *Revista de Estudios de la Justicia* (17): 173-195.
- ROXIN, C. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [En línea]. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [Consulta: 14.01.2015].
- RODRIGUEZ, M. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia. *Revista Chilena de Derecho* 36(3): 545-586.

INFORMES DE ANALISIS O ESTADISTICAS

- MINISTERIO PUBLICO DE CHILE. 2015. Boletín estadístico anual 2014 [En línea]. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> [Consulta: 10.03.2015].
- PÉREZ-VERA, E. 1982. Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Publicaciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado [En línea]

Disponible

en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=2779
[Consulta: 10.03.2015].

VAN WEEZEL, A. 2007. Informe en Derecho: La sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. En: CENTRO DE DOCUMENTACION DPP. 2008. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007 N°4. Santiago, Defensoría Penal Pública [En línea] Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/58eca25dfb4ec2db6c3e7d4027979d79.pdf> [Consulta: 28.02.2015].

BASES DE DATOS

www.historiapolitica.bcn.cl/historia_legislativa

www.fiscaliadechile.cl

www.microjuris.cl

www.LegalPublishing.cl

www.leychile.cl

www.poderjudicial.cl

www.scielo.cl

www.vlex.cl

REVISTAS JURÍDICAS CONSULTADAS

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. 1961. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, España (14).

REVISTA CHILENA DE DERECHO. 2009. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, Chile. 36(3)

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO. 2007. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho. Santiago, Chile (17)

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2004. Universidad de Chile, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho. Santiago, Chile (5)

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA. 2012. Universidad de Chile, Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho. Santiago, Chile (17)

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO. 2008. Fiscalía Nacional. Santiago, Chile. (37).

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. 1956. Santiago, Chile. (52).

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. 1970. Santiago, Chile, (67).

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. 1981. Santiago, Chile (78).

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. 1990. Santiago, Chile (82).

REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA. 2013. España.

REVISTA PENAL. 2006. Lugar, España. (18).

POLÍTICA CRIMINAL. 2006. Lugar, Chile. (1) D1 y D3.

MEMORIAS DE LICENCIATURA Y TESIS

COLLADO, M. 1987. El delito de sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

HERMOSILLA, N. 1963. Sustracción de menores. Ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

GUTIERREZ, L. 1976. Plagio o sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales.

PARRA, I. 1958. Secuestro de personas y sustracción de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

RIVADENEIRA, T. 1983. El delito de secuestro y la sustracción de menores: nueva legislación consagrada en la Ley N° 18.222. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

ZUBÍA, V. 2010. Aplicación, interpretación, jurisprudencia y problemas que plantea la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

ANEXO. FICHAS DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS

CÓDIGO PENAL

LIBRO II

CRIMENES Y SIMPLES DELITOS Y SUS PENAS

TITULOS I – III

Art 120

Caso. Improcedencia de causal de justificación de cumplimiento de un deber. Configura el tipo penal referido, el ingreso de personal militar a las dependencias de un Consulado, sin tener autorización para entrar y sin el conocimiento ni autorización de su Comandante en Jefe, a objeto de efectuar labores de recolección y búsqueda de información. Las alegaciones tendientes a demostrar que si se ajustó al Reglamento de Inteligencia, no resultan atendibles desde que el rango de esta normativa no transforma en lícitas las acciones que no lo son ante las leyes.

C. Suprema, 30 enero 2007. P.J. ROL N° 5059-2005.

Art. 121

Requisitos del alzamiento. Para la existencia del delito contra la seguridad del Estado es condición o requisito esencial que el alzamiento se produzca o se manifieste, se exteriorice y se haga público, y que esta ejecución lo sea a mano armada.

C. Marcial Concepción, 11 diciembre 1930. J al D. 1930, p. 1432.

Art. 123

Caso excepcional en el Código Penal de tentativa como tipo penal de carácter autónomo.

C. Santiago, 7 diciembre 2012. P.J. ROL N° 2910-2012.

Art. 124

Improcedencia de la incitación. Caso. Los hechos delictuosos de este proceso no pueden calificarse como delito de conspiración propiamente tal, atendidos los términos en que la ley común define como acto delictuoso, sino más bien cabe calificarlos como delito de incitación a cometerlos según Decreto Ley 50, toda vez que no pasaron de simples reuniones en que se proyectaba cambiar la forma de Gobierno, pero sin alcanzar a ejecutar acto alguno que importara poner en práctica los hechos delictuosos que proyectaban.

C. Marcial, 25 septiembre 1935. R. C. P., t. I, p. 551.

Art. 126

1. *Bien jurídico protegido. Seguridad Interior del Estado.*

C. Marcial, 7 noviembre 1969. R., t. LXVI, p. 309.

2. *Caso excepcional en el Código Penal de tentativa como tipo penal de carácter autónomo.*

C. Santiago, 7 diciembre 2012. P.J. ROL N° 2910-2012.

3. *Relación con el delito de sedición o motín militar.* Mientras que el delito de motín militar tipificado en el artículo 272 del Código de Justicia Militar va dirigido contra las instituciones armadas, el delito de sedición común va dirigido contra la normalidad constitucional o el libre ejercicio de las atribuciones de los poderes del Estado.

C. Marcial, 7 noviembre 1969. R., t. LXVI, p. 309.

I. *Caso. Alzamiento de militares por razones profesionales.* El alzamiento público de militares con el propósito de obtener por medio de la fuerza del Supremo Gobierno de la Nación la solución de situaciones exclusivamente profesionales, que dicen relación con la defensa nacional y con la situación económica de su personal, configuran el delito de sedición común y no el de motín militar del artículo 272 del Código de Justicia Militar.

C. Marcial, 7 noviembre 1969. R., t. LXVI, p. 309.

Art. 131

1. *Carácter de delito político. Concepto.* En la denominación genérica de delito político deben comprenderse todas aquellas infracciones de la ley positiva que tienen por finalidad obtener un cambio en el régimen constitucional del Estado, en la forma de Gobierno o en las instituciones fundamentales de la sociedad, para cuyo logro, en vez de utilizar los medios que la ley franquea, se emplean procedimientos prohibidos por la misma ley.

C. La Serena, 28 enero 1935. R. C. P., t. I, p. 392.

2. *Improcedencia. Caso.* El artículo 131 que castiga los delitos particulares cometidos en una sublevación o con motivo de ella, no tiene aplicación en los casos en que se ha dictado una ley de amnistía, que olvida y borra el delito político, tanto puro y simple, como el delito conexo y mixto. Así, el atentado contra la autoridad por el cual fue condenado, está estrechamente vinculado al delito político que dio lugar a la formación de esta causa y queda comprendido en la amnistía que otorga la Ley 5.483.

C. La Serena, 28 enero 1935. R. C. P., t. I, p. 392.

Art. 132

1. *Calidad de arma según contexto en que se portaba. Caso.* Si los acusados ingresaron al inmueble llevando un elemento cortopunzante, con ocasión de cometerse un robo en lugar habitado, debe colegirse que el cuchillo era portado en calidad de arma, según el artículo 132 del Código Penal. Distinta habría sido la utilización del mismo cuchillo dentro de otro escenario, como en la cocina de una casa en la preparación de los alimentos, contexto en el cual se habría apartado de la definición de arma dada por el artículo referido.

C. La Serena, 23 agosto 2010. P.J. ROL N° 216-2010.

2. *Calidad de arma independientemente de la finalidad que se persiga.* El artículo 132 solo contiene una definición de lo que la ley considera arma, independientemente del uso o no uso que pueda darle el agente. No es necesario que el arma se haya tomado o portado por el hechor con la precisa finalidad de cometer un determinado delito, sino que es suficiente para ser considerada arma que tenga la aptitud para matar, herir o golpear.

C. Concepción, 11 noviembre 2011. P.J. ROL N° 458-2011.

Art. 133

Impedir la ejecución de una providencia del Presidente de la República. Caso. Procede dar lugar al desafuero de un Diputado si existen fundadas sospechas para reputarle autor del delito del art. 133 en relación con el 126, y que se habría configurado al albergar y negarse a entregar a la policía a una persona en contra de la cual el Presidente de la República habría dictado una orden que disponía su traslado dentro del país, en uso de la facultad que le confiere el haberse declarado Estado de Sitio algunos puntos del territorio nacional.

C. Santiago, 8 octubre 1954. R., L I, p. 231.

Art. 135

Delito Permanente. Concepto. Aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con el artículo 135, entre otros. Obsérvese como la norma coloca la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio.

1. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
2. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.

Art. 137

Las penas accesorias del Código Penal no aplican a leyes especiales que no las establecen. Las penas accesorias que según el Código penal llevan consigo las penas principales, no son aplicables cuando los hechos se refieran a materias propias de la ley electoral y esta no contempla tales penas accesorias.

C. Suprema, 18 mayo 1885. G. 1885, p. 1091.

Art. 138

Impedimento violento de culto. Caso de improcedencia. Las imputaciones realizadas a una religiosa mientras esta mantenía una reunión con los apoderados no configura el tipo penal, ya que no se pretendía impedir el culto profesado por la misma, sino más bien impedir la venta del inmueble donde funciona el colegio, para así mantener y conservar la enseñanza en una escuela católica.

C. Concepción, 11 febrero 2013. L.P. N° CL/JUR/320/2013; 63999.

Art. 139

1. *Art 139 n°1. Perturbación tumultuaria. Caso.* El tipo penal es aplicable al que provoca tumulto en una conferencia acerca de la religión protestante, realizada en una propiedad arrendada para tal efecto, ya que no sólo se interrumpió el ejercicio de una función religiosa permitida por ley, sino que además, producto del desorden ocasionado por el imputado, se causaron perjuicios con la destrucción de libros y biblias pertenecientes a los directores de la función religiosa.

C. Suprema, 15 abril 1884. G. 1884, p. 1056.

2. *Art. 139 N°3. Ultraje a un ministro de un culto. Caso.* El que injuria al sacerdote que predicaba en el púlpito al interior de la iglesia, incurre en el tipo penal descrito en el artículo 139 N°3, aunque al momento de realizar las acciones y efectuar las injurias, se haya encontrado en evidente estado de ebriedad.

C. Concepción, 2 abril 1880. G. 1880, p. 210.

Art. 141

1. *Bienes jurídicos protegidos. I. Seguridad individual y libertad ambulatoria.*

C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.

II. *Libertad individual de tránsito o ambulatoria.* Condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto.

1. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
2. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
3. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
4. C. Suprema, 27 diciembre 2007. MJCH_MJJ N° 16410.
5. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
6. C. Suprema, 11 mayo 2000. R., t. XCVII, p.2. F.M. N° 498, p. 988.
7. C. Chillán, 24 junio 2011. MJCH_MJJ N° 28222.
8. C. Valdivia, 3 julio 1986. R., t. LXXXIII, p. 239.

a. *Basta la restricción notable de libertad ambulatoria.* Concurren los elementos del secuestro con la detención de una persona aunque esta no vea limitada absolutamente su libertad ambulatoria, sino que basta con una restricción notable de dicha libertad, por un lapso de tiempo que efectivamente lesione la libertad de movimiento.

C. Valdivia, 3 julio 1986. R., t. LXXXIII, p. 239.

b. *Caso. Privación previa de libertad.* El hecho de que las víctimas se encontraran privadas de libertad antes de que los procesados desplegaran su actividad no impide que se configure el tipo. Lo contrario implicaría suponer que cuando el bien jurídico de la libertad ambulatoria de un sujeto ya se encuentra afectado, está irremisiblemente perdido y cualquiera puede disponer de él a su antojo; lo que, por supuesto, es inadmisibles.

C. Suprema, 8 agosto 2000. MJCH_MJJ N° 3140.

2. *Características. I. Secuestro como delito de carácter permanente.* La acción que lo consuma crea un estado delictivo que se prolonga en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él persisten la acción y el resultado.

1. C. Suprema, 9 enero 2014. L.P. N° CL/JUR/64/2014; 67217.
2. C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.
3. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
4. C. Suprema, 28 octubre 2009. L.P. N° CL/JUR/9704/2009; 42839.
5. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
6. C. Suprema, 20 julio 2009. MJCH_MJJ N° 20796.
7. C. Suprema, 22 enero 2009. L.P. N° CL/JUR/5799/2009; 41617. MJCH_MJJ N° 8859.
8. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
9. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
10. C. Suprema, 25 septiembre 2008 G.J. 2008, N° 339, p. 145.
11. C. Suprema, 16 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 18254.
12. C. Suprema, 11 octubre de 2007., F.M. N° 548, p. 493.
13. C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ, N° 15508.
14. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
15. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
16. C. Suprema, 30 mayo 2006. R., t. CIII, p. 361.
17. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.
18. C. Suprema, 3 marzo 2003, G.J., 2003, N° 273, p. 116.
19. C. Suprema, 26 octubre 1995, F.M. N°443 p. 1476.
20. C. Chillán, 15 marzo 2005, L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA

21. C. Santiago, 5 enero 2004, G.J., 2004, N°283, p. 204.
22. C. Marcial, 9 septiembre 1969. R., t. LXVI, p. 222.

a. *Carácter permanente del delito de secuestro y prescripción de la acción penal.* Sólo es posible aplicar las normas de prescripción una vez que el ilícito haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad al ofendido o por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la fecha de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta.

1. C. Suprema, 9 enero 2014. L.P. N° CL/JUR/64/2014; 67217.
2. C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.
3. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
4. C. Suprema, 28 octubre 2009. L.P. N° CL/JUR/9704/2009; 42839.
5. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
6. C. Suprema, 20 julio 2009. MJCH_MJJ N° 20796.
7. C. Suprema, 22 enero 2009. L.P. N° CL/JUR/5799/2009; 41617. MJCH_MJJ N° 8859.
8. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
9. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
10. C. Suprema, 16 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 18254.
11. C. Suprema, 27 diciembre 2007. MJCH_MJJ N° 16410.
12. C. Suprema, 11 octubre de 2007.. F.M. N° 548, p. 493.
13. C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ, N° 15508.
14. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
15. C. Suprema, 30 mayo 2006. R., t. CIII, p. 361.
16. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.
17. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA.
18. C. Santiago, 5 enero 2004. G.J. N° 283, p. 204.

b. *Carácter permanente del delito de secuestro y amnistía.* No parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

1. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
2. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
3. C. Suprema, 11 octubre de 2007. F.M. N° 548, p. 493.
4. C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ, N° 15508.
5. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
6. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
7. C. Suprema, 30 mayo 2006. R., t. CIII, p. 361.
8. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.
9. C. Santiago, 5 enero 2004. G.J. N°283, p. 204.
10. C. Suprema, 31 enero 2003. CL/JUR/139/2003; 26665.
11. C. Suprema, 7 enero 1999. G.J. N° 223, p. 138.

12. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA.

En sentido contrario:

1. C. Suprema, 11 marzo 1998. R., t. XCV, p. 9.
2. C. Suprema, 19 noviembre 1997. R., t. XCIV, p. 231.
3. C. Suprema, 7 agosto 1997. R., t. XCIV, p. 168.
4. C. Suprema, 27 enero 1997. R., t. XCIV, p. 30.
5. C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060.
6. C. Suprema, 26 octubre 1995. F.M. N°443 p. 1476.

3. *Tipicidad. Elementos.* Para que la conducta sea típica, las conductas deben hacerse contra la voluntad del sujeto afectado, además deben verificarse ilegítimamente, en situaciones no autorizadas por la ley, o en aquellas en que el agente se ha excedido en el ejercicio de un derecho.

C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.

I. *Sujeto activo.* La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona que actúe como particular.

1. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
2. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA.

a. *Distinción entre secuestro y detención ilegal. i. Jurisprudencia antigua.* Tratándose de una detención realizada por empleados públicos, no es posible pretender que en la especie se esté en presencia de un secuestro, ya que este delito solo pueden cometerlo particulares.

C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060.

ii. *Jurisprudencia moderna.* Tratándose de un funcionario público: 1- si este actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo ilícito, pero no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico, se configura el delito de detención ilegal; 2- en caso contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad.

1. C. Suprema, 11 octubre de 2007. F.M. N° 548, p. 493.
2. C. Suprema, 28 agosto 2007. L.P. N° CL/JUR/1804/2007; 37164. MJCH_MJJ N° 14539.
3. C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.
4. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
5. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
6. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.

b. *Carácter residual del delito de secuestro.* El uso del término particular, como noción opuesta al de empleado público, solo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al injusto de comisión por los segundos.

1. C. Suprema, 11 octubre de 2007.F.M. N° 548, p. 493.
2. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
3. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
4. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.

c. *Caso.* No consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por el funcionario público haya obedecido a un delito cometido por la víctima, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se le pusiera a disposición de algún tribunal de la República para su procesamiento, sino que, por el contrario, fue detenido sin orden administrativa o judicial que la justificase y desaparece luego de su paso por la Comisaría, por lo que no es posible recalificar el delito de secuestro por el de detención ilegítima.

C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.

d. *Secuestro de carabinero por estudiantes. Caso.* Grupo de estudiantes que tras una manifestación en la vía pública golpean a un carabinero y lo trasladan a un hogar universitario, le dan de comer y lo vuelven a trasladar a otra vivienda sin tomarlo de forma alguna ni ejercer violencia y dejándolo en libertad posteriormente, cometen el delito de secuestro por encontrarse acreditado que fue secuestrado a viva fuerza y mantenido bajo vigilancia durante todo el tiempo de su encierro, habiendo sido trasladado de un punto a otro para evitar su ubicación..

C. Marcial, 9 septiembre 1969. R., t. LXVI, p. 222.

II. *Conducta. Secuestro. Concepto.* Privación de la libertad ambulatoria de una persona originada por las dos formas de comisión de esta figura delictiva.

C. Valdivia, 3 julio 1986. R., t. LXXXIII, p. 239.

a. *Secuestro simple.* Consiste en el encierro o detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen a la comisión del tipo penal por breve tiempo, no más de noventa [actualmente quince] días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses.

1. C. Suprema, 20 julio 2009. MJCH_MJJ N° 20796.

2. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
3. C. Suprema, 22 enero 2009. L.P. N° CL/JUR/5799/2009; 41617. MJCH_MJJ N° 8859.

i. *Modalidades de comisión. Encerrar o detener.* Determinan que el ilícito se consuma con la mantención de un estado de detención o encierro. Se exige que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el delito.

1. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
2. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.

A. *Encierro.* Introducción o mantenimiento de un individuo en un lugar cerrado o al menos limitado, impidiéndosele salir de él contra su voluntad, o con riesgo cierto de su persona.

C. Valdivia, 3 julio 1986. R., t. LXXXIII, p. 239.

B. *Detención.* Cualquiera forma de limitación a la libertad de movimiento o desplazamiento que no consista en un encierro.

C. Valdivia, 3 julio 1986. R., t. LXXXIII, p. 239.

C. *Sustracción.* Entre la conducta de "sustraer" y la de "encerrar" y "detener" no existe contradicción alguna sino, por el contrario, una sucesión lógica de antecedentes a subsecuente.

C. Suprema, 8 agosto 2000. MJCH_MJJ N° 3140.

b. *Agravante simple primera del delito de secuestro. Caso.* Secuestro y posterior traslado de una persona a un sitio rural distante, en donde es retenido bajo custodia permanente por sus captores durante tres días, siendo finalmente liberado, sin lesiones y de noche, pero después de haberseles entregado una suma determinada de dinero que habían exigido previamente para su rescate.

C. Suprema, 26 julio 2004. R., t. CI, p. 51. MJCH_MJJ N° 9092.

c. *Agravante simple segunda del delito de secuestro.* Puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa [actualmente quince] días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, resultando irrelevante el tiempo posterior que transcurra.

1. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
2. C. Suprema, 20 julio 2009. MJCH_MJJ N° 20796.
3. C. Suprema, 22 enero 2009. L.P. N° CL/JUR/5799/2009; 41617. MJCH_MJJ N° 8859.
4. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
5. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
6. C. Suprema, 17 noviembre de 2004. F.M. N° 528, p. 2901.

i. *Daño grave. Concepto.* Cualquier hecho causado intencionalmente o que produzca un perjuicio a la víctima. Para que el acusado de secuestro responda del grave daño es necesario que haya previsto o haya sido por lo menos previsible el resultado.

C. Marcial, 26 enero 1978. R., t. LXXV, p. 276.

ii. *Daño grave. Secuestro con resultado de muerte.* El daño grave comprende no solo al que pueda ser natural del encierro o de la privación de libertad, sino también cualquier otro hecho que produzca un daño intencional a la víctima, como la muerte de la misma.

C. Marcial, 7 diciembre 1972. R., LXIX, p. 191.

III. *Secuestro calificado como delito de lesa humanidad. Desaparición forzada de personas.*

1. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
2. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
3. C. Suprema, 11 octubre de 2007. F.M. N° 548, p. 493.
4. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA.
5. C. Santiago, 5 enero 2004. G.J. N°283, p. 204.

a. *Concepto de desaparición forzada de personas.* Se produce cuando un agente del Estado o una persona que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial priva a otra de libertad sin ofrecer información sobre la detención, o niega tener a esa persona recluida, lo que convierte en ineficaces todos los recursos legales o garantías judiciales que podrían proteger a la víctima de otro modo. La práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.

1. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
2. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
3. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA.
4. C. Santiago, 5 enero 2004. G.J. N°283, p. 204.

b. *Imprescriptible*

1. C. Suprema, 9 enero 2014. L.P. N° CL/JUR/64/2014; 67217.
2. C. Suprema, 22 noviembre 2012. L.P. N° CL/JUR/3284/2012; 63461 .R.CH.D.C.P. Vol. 2 N°1, 2013, p. 197.
3. C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.
4. C. Suprema, 8 abril 2010. R.D.C.P. N°16, 2011, p. 131.
5. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
6. C. Suprema, 23 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22609.
7. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
8. C. Suprema, 10 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 21363.
9. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
10. C. Suprema, 27 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19507.
11. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
12. C. Suprema, 25 septiembre 2008. G.J. N° 339, p. 145.
13. C. Suprema, 24 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 21984.
14. C. Suprema, 27 diciembre 2007. MJCH_MJJ N° 16410.
15. C. Suprema, 13 noviembre 2007. MJCH_MJJ N° 16030.
16. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.
17. C. Santiago, 5 enero 2004. G.J. N°283, p. 204.

En sentido contrario:

1. C. Suprema, 22 enero 2009. L.P. N° CL/JUR/5799/2009; 41617. MJCH_MJJ N° 8859.
2. C. Suprema, 27 enero 1997. R., t. XCIV, p. 30.

c. *No procede la amnistía respecto de crímenes de lesa humanidad.* La llamada "ley de amnistía" puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables.

1. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
2. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
3. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.
4. C. Suprema, 24 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 21984.
5. C. Suprema, 13 noviembre 2007. MJCH_MJJ N° 16030.
6. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.

En sentido contrario:

1. C. Suprema, 11 marzo 1998. R., t. XCV, p. 9.
2. C. Suprema, 19 noviembre 1997. R., t. XCIV, p. 231.
3. C. Suprema, 7 agosto 1997. R., t. XCIV, p. 168.
4. C. Suprema, 27 enero 1997. R., t. XCIV, p. 30.
5. C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060

d. *Acción civil también es imprescriptible.* No resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humano, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.

1. C. Suprema, 9 enero 2014. L.P. N° CL/JUR/64/2014; 67217.
2. C. Suprema, 22 noviembre 2012. L.P. N° CL/JUR/3284/2012; 63461. R.CH.D.C.P. Vol. 2 N°1, 2013, p. 197.
3. C. Suprema, 8 abril 2010. R.D.C.P. N°16, 2011, p. 131.
4. C. Suprema, 21 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22630.
5. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
6. C. Suprema, 21 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19523.

En sentido contrario:

1. C. Suprema, 9 mayo 2011. F.M. N°555, p. 773.
2. C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.
3. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
4. C. Suprema, 10 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 21363.

i. *Caso. Beneficios de la ley N° 19.123 no son incompatibles con la indemnización de perjuicios.* La ley que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y otorga beneficios a los afectados es una forma distinta de reparación. El que las asuma el Estado voluntariamente no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, la procedencia de la indemnización de perjuicios.

1. C. Suprema, 22 noviembre 2012. L.P. N° CL/JUR/3284/2012; 63461. R.CH.D.C.P. Vol. 2 N°1, 2013, p. 197.
2. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.

e. *Secuestro agravado y media prescripción.* El carácter imprescriptible del delito de lesa humanidad no excluye la aplicación de la media prescripción, ya que tiene un objeto diverso de la prescripción extintiva. Conforman una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su

carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

1. C. Suprema, 22 noviembre 2012. L.P. N° CL/JUR/3284/2012; 63461. R.CH.D.C.P. Vol 2 N°1, 2013, p. 197.
2. C. Suprema, 5 mayo 2011. L.P. N° CL/JUR/9339/2011; 49219.
3. C. Suprema, 23 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22609.
4. C. Suprema, 21 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22630.
5. C. Suprema, 28 octubre 2009. L.P. N° CL/JUR/9704/2009; 42839.
6. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
7. C. Suprema, 10 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 21363.
8. C. Suprema, 23 julio 2009. MJCH_MJJ N° 21313.
9. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.
10. C. Suprema, 27 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19507.
11. C. Suprema, 16 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 18254.
12. C. Suprema, 27 diciembre 2007. MJCH_MJJ N° 16410.
13. C. Suprema, 13 noviembre 2007. MJCH_MJJ N° 16030.

En sentido contrario. El cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual no puede realizarse por tratarse de un delito de consumación permanente. No existe fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva:

1. C. Suprema, 9 enero 2014. L.P. N° CL/JUR/64/2014; 67217.
2. C. Suprema, 20 enero 2010. MJCH_MJJ N° 23255.
3. C. Suprema, 4 diciembre 2008. MJCH_MJJ N° 18985.
4. C. Suprema, 7 agosto 2008. MJCH_MJJ N° 17855.

f. Cómputo de la media prescripción en el secuestro agravado. i. Desde ocurrencia de los hechos.

1. C. Suprema, 23 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22609.
2. C. Suprema, 6 octubre 2009. P.J. ROL N° 7235-2008.
3. C. Suprema, 10 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 21363.
4. C. Suprema, 27 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19507.
5. C. Suprema, 16 septiembre 2008. MJCH_MJJ N° 18254.

ii. Desde la consumación del delito. Desde momento en que llegó el día noventa y uno de encierro de la víctima (hoy quince días).

1. C. Suprema, 21 diciembre 2009. MJCH_MJJ N° 22630.
2. C. Suprema, 29 septiembre 2009. MJCH_MJJ N° 22247.
3. C. Suprema, 23 julio 2009. MJCH_MJJ N° 21313.
4. C. Suprema, 9 marzo 2009. MJCH_MJJ N° 20795.

5. C. Suprema, 27 diciembre 2007. MJCH_MJJ N° 16410.

iii. *Desde la declaración judicial de muerte presunta.*

C. Suprema, 13 noviembre 2007. MJCH_MJJ N° 16030.

iv. *Cómputo diverso. Caso.* Al ser el secuestro un delito permanente, se tomará la fecha en que al reo se le concede el retiro absoluto del Ejército, como inicio del cómputo de la media prescripción.

1. C. Suprema, 28 octubre 2009. L.P. N° CL/JUR/9704/2009; 42839.

2. C. Suprema, 25 septiembre 2008. G.J. N° 339, p. 145.

4. *Culpabilidad. I. Agravante simple segunda.* Para responder del grave daño a que hace referencia el tipo penal, es necesario que el actor haya previsto o a lo menos, que haya sido previsible para él, dicho resultado.

1. C. Marcial, 26 enero 1978. R., t. LXXV, p. 276.

2. C. Marcial, 7 diciembre 1972. R., LXIX, p. 191.

a. *Caso de improcedencia.* No se configura, en la especie, el delito de secuestro con grave daño para el ofendido, ya que si bien estuvo privado de libertad en un recinto naval, fue trasladado en varias ocasiones a la fábrica en la cual era interventor, siendo visto por varios testigos, donde fue golpeado, torturado y asesinado mediante disparos en la vía pública. Nunca fue intención de los funcionarios navales mantenerlo secuestrado, sino que provocarle la muerte.

C. Valparaíso, 4 junio 2010. MJCH_MJJ N° 24129.

II. *Hiperagravante del delito de secuestro.* Tratándose de la figura contemplada en el inciso 5° del artículo 141, la existencia de dolo eventual constituye una condición subjetiva mínima exigible en el tipo.

C. Suprema, 28 agosto 2007. L.P. N° CL/JUR/1804/2007; 37164. MJCH_MJJ N° 14539.

5. *Autoría y participación. I. Caso.* Es coautor del delito de secuestro calificado, el funcionario de Carabineros que, actuando para la Dirección de Inteligencia Nacional, comparece ante un organismo policial y obtiene la entrega de las víctimas, a las que conduce a un lugar clandestino de detención, donde durante su encierro son interrogadas y cuyo destino posterior se desconoce.

C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.

II. *Autoría del oficial superior. Dominio del hecho. Caso.* El dominio de la consumación del hecho se refleja en el retiro de las víctimas desde la custodia de un organismo policial, las que son entregadas a un miembro del organismo de seguridad que dirige, circunstancia imposible de concebir sin la información relativa al hecho y lugar de detención y, principalmente, sin tener algún poder para obtener dicha entrega.

C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.

III. *Participación posterior a la detención. Prolongación del encierro.* Por ser el delito de secuestro de carácter permanente, no es necesaria la intervención de los reos en los hechos que le dieron origen, y no solo les confiere calidad y responsabilidad de autores el hecho de intervenir directa y materialmente en la custodia de los reos, sino que basta con que hayan intervenido en cualquiera de las formas del artículo 15 del código penal para prolongar el encierro de la persona que se trata, para tener por acreditada su responsabilidad.

C. Marcial, 9 septiembre 1969. R., t. LXVI, p. 222.

a. *Caso.* La intervención del Jefe del grupo de interrogadores que tenía a su cargo la inquisición de los detenidos en un lugar clandestino, resulta ser funcional a la consumación del delito de secuestro, respondiendo como autor ejecutor aunque no haya tomado parte en la detención de las víctimas.

C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.

6. *Relación con otros delitos. a. Homicidio como daño grave.* Cuando hay dolo directo en la causación del resultado más grave del secuestro, como la muerte de la víctima, el tipo cumplido no es el de secuestro calificado sino el que corresponde a la acción final llevada al efecto, por lo que se cumpliría el delito de homicidio en concurso con el de secuestro simple. Por otro lado, si hay dolo eventual en el resultado más grave que califica el delito, la muerte del secuestrado constituiría secuestro calificado y no homicidio.

C. Marcial, 26 enero 1978. R., t. LXXV, p. 276.

b. *Robo con intimidación. i. Improcedencia del secuestro. Caso.* Si con el propósito de favorecer la impunidad del delito de robo con intimidación, los hechores encierran en el portamaletas de un auto a la víctima y abandonan inmediatamente el sitio del suceso para darse a la fuga, no se verifica el delito de secuestro, ya que la decisión de libertad protegida por el tipo no estaba entregada a la voluntad de los hechores.

1. C. Chillán, 24 junio 2011. MJCH_MJJ N° 28222.

2. C. San Miguel, 21 octubre 1993. MJCH_MJJ N° 2573.

ii. *Improcedencia del secuestro. Caso.* Solo existe robo con intimidación ya que el secuestro que padeció el ofendido como consecuencia del robo que do subsumido en esa figura penal y no constituye un delito independiente, siendo solo un componente de aquel, ya que la retención de la víctima por algunas horas, se realizó sólo con ocasión del robo, que fue el móvil principal del accionar delictual.

C. Valparaíso, 6 julio 2007. R.P.P. N° 61, p. 57.

iii. *Caso de concurso ideal. Robo con intimidación como medio necesario para cometer secuestro.* El traslado de la víctima en la camioneta sustraída resultó ser el medio apropiado e imprescindible para alejarlo de su casa habitación y dejarlo confinado rápidamente en el lugar elegido, lo que no se habría logrado si se hubiera procedido a su traslado a pie. Corrobora lo anterior el hecho de que tan pronto obtuvieron la seguridad del aislamiento de la víctima, y a su entero control decidieron el abandono del móvil.

C. Suprema, 26 julio 2004. R., t. CI, p. 51. MJCH_MJJ N° 9092.

Art 142

1. *Bien jurídico protegido. I. Seguridad individual y libertad ambulatoria.*

C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

II. *Libertad del menor en pro de su seguridad.* El bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores es la libertad del menor en pro de su seguridad, según parece indicarlo la ubicación de la norma y su carácter residual respecto al secuestro.

C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012.

a. *Bien jurídico protegido y cuidado personal del menor. Caso.* Si el bien jurídico protegido es la libertad del menor, en pro de su seguridad y uno de los padres comete la acción típica, no se estaría trasladando al menor desde el lugar que la ley definió como indispensable para su seguridad, que consiste precisamente, en el cuidado de sus padres. Pero si el cuidado personal del niño, estaba conferido por sentencia judicial a su madre, se limita a esta el ámbito de libertad en que el niño podía desarrollarse, excluyéndose al padre.

C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012.

En sentido contrario. El padre no incurre en el tipo penal si no se encuentra privado de la relación directa y regular con sus hijos, aunque no tenga el cuidado personal de los mismos.

C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012.

III. Seguridad personal del menor

1. C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.

2. C. Punta Arenas, 2 febrero 2008. P.J. ROL N° 129-2007.

2. *Carácter permanente del delito.* Al ser un delito de ejecución permanente, el delito de sustracción de menores continúa consumándose mientras no se le ponga término, por lo que todos aquellos que intervienen luego del retiro del menor también proveen a la ejecución material del hecho, motivo por el que deben ser responsabilizados como autores puesto que mantienen y prolongan la situación delictiva.

C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

I. *Caso.* Es el carácter permanente del delito el que permite entender los actos de todos los procesados que contribuyeron en las distintas etapas, lo que se explica en razón de un evidente dolo común de sustraer al menor de la esfera de protección de sus padres o de la autoridad por causa de su condición de víctima y de testigo de los hechos que se investigaban por el delito de abuso sexual y violación sodomítica.

C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

3. Tipicidad. I. Sujeto activo. Un particular

C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

a. *Padres de menor pueden ser sujetos activos siempre.* El artículo 142 del Código Penal no restringe su aplicación a determinadas personas.

1. C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013.

2. C. Temuco, 23 diciembre 2008. R.J.M.P., 2008, N°37, p. 272.

i. *Caso.* El actual artículo 142 del Código Penal, constituye en cuanto a la autoría, un tipo abierto, que no está restringido a determinadas personas. Cuando el legislador ha querido restringir su comisión a determinadas sujetos o que éstos revistan ciertas calidades lo ha dicho expresamente, situación que no

acontece en el tipo penal referido. No reviste importancia si el imputado tenía o no la calidad de padre de la víctima.

C. Temuco, 23 diciembre 2008. R.J.M.P., 2008, N°37, p. 272.

ii. *Caso de sustracción de padre.* El que, sin haberlo reconocido legalmente, retira intempestivamente a su “hijo” de 15 días desde un centro hospitalario, saltando por la ventana, por no compartir la decisión médica de derivarlo a la fundación Coanil para tratar su desnutrición, incurre en el tipo penal referido.

C. Temuco, 23 diciembre 2008. R.J.M.P., 2008, N°37, p. 272.

b. *Padre de menor sin cuidado personal.* El padre o la madre del menor puede ser sujeto activo del delito de sustracción de menores si no tiene el cuidado personal del mismo, conferido por sentencia judicial.

C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012.

En sentido contrario. La esfera de libertad y seguridad de los menores que busca proteger la ley penal y cuya vulneración tipifica el delito en análisis, no excluía de este ámbito al padre y acusado de la causa, quien mantenía vigente sus derechos al no encontrarse privado de la relación directa y personal con sus hijos, aun cuando el cuidado personal lo tuviere la madre. No procede el tipo penal referido.

C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012.

c. *Circunstancias del caso.* Respecto de la admisibilidad de tener un padre la calidad de sujeto activo del delito de sustracción de menores, el artículo 142 del Código Penal no lo excluye expresamente, de modo que serán los hechos los que establecerán esta calidad, en cada caso en particular.

C. Valdivia, 6 septiembre 2012. P.J. ROL N° 366-2012.

i. *Caso.* No es irrelevante que sea uno de los padres quien realiza la acción típica. Sin embargo, no procede el tipo penal referido toda vez que no se desprende de los hechos que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido con la acción del ejecutado, esto es, la seguridad personal del menor y su situación en la sociedad. Por el contrario, su conducta estuvo motivada por un sentimiento paternal, de lograr recuperar para el seno familiar a su hija, con la cual mantenía una relación afectiva y ausente de violencia intrafamiliar hacia ella.

C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.

II. *Conducta. a. Elemento objetivo. Sustraer.* Separar o apartar a un menor de dieciocho años de un ámbito que la ley ha establecido como necesario para su adecuado desarrollo, a saber, la custodia de sus padres o aquellos que legalmente lo tuvieren a su cuidado.

1. C. Valdivia, 17 diciembre 2012. P.J. ROL N° 550-2012.
2. C. Valdivia, 7 julio 2012. P.J. ROL N° 262-2012.
3. C. Santiago, 11 noviembre 1981. R., t. LXXXVIII, p. 258.

i. *Figura simple. Art 142 n°2.* La frase “en los demás casos” utilizada por el legislador en el numeral 2 del artículo 142 del Código Penal, no implica que el autor tenga una intencionalidad determinada distinta de los casos enumerados en el N° 1. Esta es la figura básica del ilícito y en él se incrimina aquellas conductas que no están acompañadas de ninguno de los móviles que la norma contempla.

C. Punta Arenas, 2 febrero 2008. P.J. ROL N° 129-2007.

ii. *Caso. Sustracción de menores en la vía pública.* Se afecta de manera directa la seguridad como exigencia de la libertad en general, y en especial como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, sin que exista exigencia típica alguna referida a una determinada esfera de resguardo custodia física y personal que deban ejercer los encargados del menor ofendido para configurar el ilícito, basta la lesión al bien jurídico protegido. El tipo penal se cumple aun cuando el menor sea secuestrado en la vía pública.

C. Suprema, 24 diciembre 2012. P.J. ROL N° 7872-2012.

iii. *Entrega autorizada de menor. A. Improcedencia.* No hay sustracción de menor, si ha sido la madre quien ha permitido a un tercero hacerse cargo de su tenencia y crianza.

C. Santiago, 21 septiembre 1990. R., t. LXXXII, p. 139. MJCH_MJJ N° 4297.

B. *Entrega mediante engaños.* Mujer que mediante engaño obtiene la entrega del menor y huye con él para presentarlo a su amante y hacerlo parecer como hijo de ambos, comete el delito de sustracción de menores.

C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

b. *Elemento subjetivo. Jurisprudencia antigua. Intención de retener y ocultar a un menor.*

C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

i. *Caso*. Faltando el ánimo de privar a la madre de los derechos que tenía respecto del infante o de retener a éste en su poder no es posible que se configure el tipo.

C. Santiago, 21 septiembre 1990. R., t. LXXXII, p. 139. MJCH_MJJ N° 4297.

En sentido contrario. No requiere ánimo de permanencia. El tipo penal referido, tanto en sus números 1 y 2, no exige que exista ánimo de permanencia para que se configure. Lo que se considera que está en juego, más que la libertad, es la seguridad del menor, ya que significa apartarlo de la esfera de cuidado y vigilancia en que se encuentra, permanente, transitoria o accidentalmente, y sea que la custodia emane de una situación de hecho o de derecho

C. Punta Arenas, 2 febrero 2008. P.J. ROL N° 129-2007.

III. *Consentimiento del sujeto pasivo. a. Menor de edad pero mayor de 10 años*. Consentimiento en el abandono del hogar excluye la tipicidad del delito.

C. Temuco, 2 octubre 1970. R., t. LXVII, p. 396.

3. *Figuras agravadas. I. Agravante simple*. Propósito de obtener un rescate, a cuyo pago se subordina el otorgamiento de la libertad para menor víctima del hecho punible.

C. Santiago, 11 noviembre 1981. R., t. LXXXVIII, p. 258.

4. *Relación con otros delitos. I. Artículo 354. Usurpación del estado civil del menor*. La sustracción puede ser un medio para consumar la usurpación del estado civil de un menor, si mediante engaños se obtiene la entrega de este y se huye con él para presentarlo a su amante y hacerlo parecer como hijo de ambos. Sin embargo, el delito es sustracción de menores y no usurpación de su estado civil si no se acredita el propósito de privarlo de sus derechos como poseedor del estado civil de hijo legítimo de sus padres y de apropiárselos en beneficio propio o de otra persona.

C. Suprema, 28 septiembre 1956. R., t. LII, p. 129.

II. *Artículo 355. Delito de negativa de entrega de un menor*. El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición comete el delito de negativa de entrega de un menor, contemplado en el artículo 355

del código penal y que, por su especialidad, descarta el delito de sustracción de menores.

C. Santiago, 12 septiembre 1990. MJCH_MJJ N° 4296. R., t. LXXXVII, p. 137.

III. *Artículo 357. Delito de inducción al abandono del hogar.* Consentimiento de menor de edad pero menor de 10 años excluye la tipicidad del delito de sustracción de menores, pero configura el delito de inducción al abandono del hogar, solo si la inducción se realiza con el propósito de atentar contra el estado civil del inducido. Faltando dicho propósito, la conducta deja de ser punible.

C. Temuco, 2 octubre 1970. R., t. LXVII, p. 396.

Art 142 bis

1. *Caso. Menor sustraído y devuelto voluntariamente a un Juzgado de menores, luego de dos años pero libre de todo daño.*

C. Suprema, 25 enero 2013. L.P. N° CL/JUR/190/2013

2. *Caso. La aplicación de la atenuante especial es facultativa.* Si la opción de aplicar el artículo 142 bis no se ejerció por el juez a quo ni por el tribunal superior y tampoco fue alegada por el recurrente en su escrito de apelación ni en el de casación, no corresponde solicitarla con posterioridad a la sentencia de término.

C. Santiago, 19 mayo 2010. MJCH_MJJ N° 23776.

3. *Caso. Improcedencia.* El acusado huyó del lugar cuando se percató de la presencia policial, de manera que fue esta huida del hechor la que posibilitó la libertad de la víctima, estableciendo además el Tribunal que éste no devolvió a la víctima libre de todo daño, razón por la cual se desestima la procedencia de la rebaja de pena contenida en el artículo 142 bis del Código Penal.

C. Valparaíso, 31 diciembre 2012. P.J. ROL N° 1470-2012.

Art. 143

Caso. Guardias de seguridad. Se configura el tipo penal por existir una aprehensión por parte de personas para presentarla a la autoridad fuera de los casos permitidos por ley. Los guardias del supermercado retuvieron a la

recurrída durante una hora y media, tiempo más allá del que racionalmente puede estimarse adecuado, en presencia del público, sin que durante ese tiempo se le permitiera salir del lugar y sin que se encontrara en su poder cosa mueble ajena que pudiere estimarse que en el acto sustraía.

C. Suprema, 7 junio 2000. R., t. XCVII, p. 151. MJCH_MJJ N° 316.

Art. 144

1. *Bien jurídico protegido.* Protección de la esfera de la intimidad.

1. C. La Serena, 6 de marzo 2012. L.P. N° CL/JUR/522/2012; 59336.
2. C. La Serena, 21 octubre 2010. MJCH_MJJ N° 25210.

2. *Tipicidad.* I. *Conducta entrar.* Implica la idea de trasponer los límites de un lugar o recinto que resguarda la esfera de intimidad de una persona.

1. C. Suprema, 25 enero 2000. MJCH_MJJ N° 227.
2. C. La Serena, 6 de marzo 2012. L.P. N° CL/JUR/522/2012; 59336.

II. *Objeto material.* a. *Morada. Jurisprudencia antigua.* Es el recinto en el que una o más personas viven, permanecen, generalmente pernoctan y tienen establecida la familia.

1. C. Suprema, 1 septiembre 1983. MJCH_MJJ N° 6390.
2. C. Concepción, 28 abril 1964. R., t. LXI, p. 289.

i. *Caso. Palacio de tribunales no constituye morada.* No constituye morada para los abogados el Palacio de Tribunales, ya que si bien concurren a estos a prestar asesoría legal a sus clientes, lo hacen por el lapso necesario para imponerse del curso progresivo de los procesos o acompañar, de figura, a la persona del acusado cuando es procedente, por lo que no permanecen en ellos como lo harían en sus respectivos hogares, donde, naturalmente, son moradores porque allí pernoctan y tienen establecida a la familia.

C. Suprema, 1 septiembre 1983. MJCH_MJJ N° 6390.

b. *Morada. Jurisprudencia moderna.* No resulta indispensable que esté dedicado solo a servir de habitación, siendo su único requisito que no se trate de locales que se encuentren indiscriminadamente abiertos al público.

1. C. Suprema, 9 octubre 2003. R., t. C, p. 123. F.M. N° 515, p. 2894.
2. C. La Serena, 6 de marzo 2012. L.P. N° CL/JUR/522/2012; 59336.

i. *Caso. Morada incluye local comercial.* El ingreso a un local por parte del Gerente de un Centro Comercial, cuya legítima tenedora había colocado candados, retirando todas las especies, cambiando el candado y haciendo imposible que la titular del derecho de arrendamiento pudiera ingresar, configura el tipo penal referido ya que supone un ingreso violento contra su voluntad.

C. Suprema, 9 octubre 2003. R., t. C, p. 123. F.M. N° 515, p. 2894.

c. *Caso. Morada.* El ingreso vía helicóptero al potrero de un fundo cerrado y cercado, con oposición de sus moradores, configura el tipo penal referido.

C. Suprema, 19 noviembre 2001. L.P. N° CL/JUR/20/2001; 25285.

III. *Circunstancias. Contra la voluntad de su morador. a. Jurisprudencia antigua.* Sólo existe violación de domicilio cuando alguien penetra en una morada ajena contra la voluntad expresa del dueño.

1. C. Concepción, 28 abril 1964. R., t. LXI, p. 289.

2. C. Santiago, 7 junio 1926. G.1926, N° 38, p. 135.

i. *Caso. Propiedad deshabitada.* Penetrar en un departamento desocupado o no ocupado actualmente, no constituye violación de morada, toda vez que no ha entrado en propiedad ajena contra la voluntad del morador, al no haber morador alguno.

C. Concepción, 28 abril 1964. R., t. LXI, p. 289.

b. *Jurisprudencia moderna.* Es condición indispensable que el que entra a una morada ajena sea contra la voluntad del morador, sea esta expresa o tácita.

1. C. La Serena, 6 de marzo 2012. L.P. N° CL/JUR/522/2012; 59336.

2. C. San Miguel, 12 septiembre 1997, G.J 1997, N° 207, p. 142.

3. C. Talca, 13 enero 1940. G. 1940, N° 73, p. 331.

i. *Prohibición tácita de ingreso en la morada.* La ley no establece que deba haber una manifestación prohibitiva expresa para que se configure el tipo, por lo que, habiendo casos en que existe evidentemente la prohibición tácita de los moradores, para determinar si el imputado ha procedido o no contra la voluntad de aquellos, debe estarse a lo que aparezca de las circunstancias.

C. Talca, 23 diciembre 1913. G. 1913, N° 1.104, p. 3174.

ii. *Caso.* Aunque en autos no aparezca que alguien le manifestara la prohibición de entrar, la hora a la que se verificó, esto es, entre las dos y las tres de la madrugada, sumado a la circunstancia de hallarse todos los moradores recogidos durmiendo, obligan a presumir que su voluntad no era la de permitir entrada a personas extrañas.

C. Talca, 23 diciembre 1913. G. 1913, N° 1.104, p. 3174.

iii. *Caso.* La circunstancia de ingresar al domicilio furtivamente y saltando murallas, revela claramente la convicción de que con su actitud contrariaba la voluntad tácita o presunta del morador.

1. C. La Serena, 24 diciembre 1930. G.1930, N° 101, p. 370

2. C. La Serena, 18 diciembre 1914, G.1914, N° 593, p. 1721.

c. *Presunción de negativa del morador.* Comete el ilícito el que ingresa en morada ajena sin la autorización expresa o tácita del morador, presumiéndose la negativa del morador, mientras no se demuestre la existencia tal consentimiento.

C. La Serena, 6 de marzo 2012. L.P. N° CL/JUR/522/2012; 59336.

En sentido contrario:

C. Santiago, 7 junio 1926. G.1926, N° 38, p. 135.

d. *Morador no necesariamente es el dueño.* El concepto de morada no se encuentra vinculado necesariamente al derecho de dominio, por lo que el morador de un inmueble no sólo es el dueño, sino también un tercero, que en virtud de un título precario aparece facultado para evitar el ingreso de otros a la respectiva morada.

1. C. Suprema, 13 junio 1991. R., t. LXXXVIII, p. 49. MJCH_MJJ N° 1967.

2. C. Concepción, 28 abril 1964. R., t. LXI, p. 289.

i. *Autorización de morador con derecho a oponerse. Jurisprudencia antigua.* *Caso.* No desaparece el delito de violación de morada porque la entrada al inmueble haya sido con la anuencia de una sirvienta de la casa, porque la voluntad a que se refiere la ley es la del morador en quien reside el derecho de oponerse.

C. La Serena, 18 diciembre 1914, G.1914, N° 593, p. 1721.

IV. *Improcedencia. Exterior del domicilio. Caso.* El hecho de que una persona fracture un vidrio de una vivienda, siendo sorprendido cuando se encontraba agazapado en el exterior de dicha ventana, sin haber ingresado al inmueble y sin que esté plenamente acreditado que entró con su persona física al interior de la residencia, impide que se configure el tipo de violación de domicilio.

C. San Miguel, 13 diciembre 2002. R., t. XCIX, p. 151.

3. *Figuras agravadas. I. Uso de la violencia y la intimidación. a. Caso de violación de morada con intimidación.* Los hechos permiten configurar el tipo penal referido, toda vez que el imputado ingreso al inmueble de la víctima premunido de un revolver y lo amenazó, llevándose a la hija de su actual conviviente, mientras esta última esperaba en el exterior de la morada.

C. San Miguel, 8 mayo 1985. MJCH_MJJ N° 5850.

b. *Improcedencia del tipo agravado. Caso.* El ingreso a un antejardín delimitado por un cerco metálico, pero que no lo cierra totalmente, vociferando insultos contra los ocupantes del inmueble y quebrando un vidrio de una ventana, no constituyen el tipo penal de la violación de morada calificada, al no haberse establecido que el ingreso contra la voluntad del ocupante se produjo con violencia o intimidación.

C. Temuco, 28 septiembre 2001. R.J.M.P., 2001, N°6, p. 61.

4. *Relación con el delito de robo. Caso.* Los hechos no son constitutivos del delito frustrado de robo, al no existir en el sujeto actitud que evidencie un ánimo de apoderamiento lucrativo. Sin embargo, pese a la imposibilidad de configurar el tipo referido, se encuentra acreditada la violación de morada ajena, ya que el hechor penetró en la casa del denunciante sin voluntad del morador.

1. C. Suprema, 25 enero 2000. MJCH_MJJ N° 227.

2. C. San Miguel, 12 septiembre 1997. G.J. N° 207, p. 142.

I. *Escalamiento y violación de morada. Presunción legal de tentativa de robo.* El hecho de introducirse a un inmueble por una ventana del tercer piso y huir al ser sorprendido por un morador, califica como robo en lugar destinado a la habitación en grado de tentativa y no violación de morada, de conformidad con el artículo 444 del Código Penal.

1. C. Suprema, 29 enero 2002. R., t. XCIC, p. 14.

2. C. Talca, 25 febrero 2011. MJCH_MJJ N° 26400.

Art. 145

1. *Justificante específica de la violación de morada. Ausencia de Antijuridicidad.*
I. *Cumplimiento de una decisión judicial.* Debe descartarse el carácter antijurídico de la violación de morada, si esta fue realizada en cumplimiento de una decisión judicial y, consiguientemente, en el ejercicio legítimo de un derecho expresamente conferido por la ley.

C. Suprema, 19 noviembre 2001. L.P. N° CL/JUR/20/2001; 25285.

II. *Evitar un mal grave a sí mismo. Caso.* Mujer de escasos recursos es dueña de un inmueble y vive en condiciones subhumanas en una mediagua contigua a su propiedad y que por argucias legales de quienes dicen ser sus arrendatarios no podía ocupar su casa, no obstante encontrarse ésta desocupada, cerrada y vacía, al entrar en morada ajena, lo ha hecho para evitar un mal grave para ella.

C. Concepción, 28 abril 1964. R., t. LXI, p. 289.

2. *Taberna. Caso de improcedencia.* El hecho de tener cantina el querellante no basta para estimar que se configura el caso de excepción contemplado en el artículo 145 inciso 2 del Código Penal, porque no se ha probado que ella estuviere abierta y porque el imputado no entró a la cantina sino a los dormitorios de la familia del dueño de ella, configurándose el delito de violación de morada del artículo 144 del referido código.

C. Talca, 23 diciembre 1913. G. 1913, N° 1.104, p. 3174.

Art. 146

Caso. Improcedencia del delito de violación de correspondencia. Por tratarse de cónyuges, la parte demandante no transgredió ninguna garantía constitucional para obtener la prueba en que se fundamentó para acreditar los hechos materia de su demanda de divorcio.

C. Valparaíso, 22 octubre 2010. P.J. ROL N° 504-2010.

Art. 147

Caso. Configura el tipo penal referido, el cobro de 1.000 pesos para estacionar vehículos en la vía pública, cuando no se cuenta con los permisos y autorizaciones pertinentes.

J.G. Santiago (8°), 16 abril 2010. P.J. RIT N° 2955-2010, RUC N° 1000345419-9.

Art 148

1. *Bien jurídico protegido. Libertad individual ambulatoria*

C. Suprema, 11 mayo 2000. R., t. XCVII, p.2. F.M. N° 498, p. 988.

2. *Carácter permanente del delito y amnistía.* No parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

1. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.
2. C. Suprema, 31 enero 2003. L.P. N° CL/JUR/139/2003; 26665.
3. C. Suprema, 29 noviembre 2002. L.P. N° CL/JUR/453/2002; 29413.
4. C. Suprema, 11 mayo 2000. R., t. XCVII, p.2. F.M. N° 498, p. 988.
5. C. Suprema, 7 enero 1999. G.J. N° 223, p. 138.

En sentido contrario:

1. C. Suprema, 11 marzo 1998. R., t. XCV, p. 9.
2. C. Suprema, 19 noviembre 1997, R., t. XCIV, p. 231.
3. C. Suprema, 7 agosto 1997, R., t. XCIV, p. 168.
4. C. Suprema, 27 enero 1997. R., t. XCIV, p. 30.
5. C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060.

3. *Tipicidad. I. Sujeto activo. Funcionario público.*

1. C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060.
2. C. Suprema, 25 septiembre 1952. R., t. XLIX, p. 253.

a. *Detención ilegal puede ser cometida por jueces. Caso.* Por tratarse de empleados públicos, el delito de detención ilegal también es aplicable al juez de policía local que, en carácter de tal, ordene detener a alguien de manera ilegal y arbitraria. Lo anterior, siempre y cuando exista malicia o voluntad delictual por parte del actor, de lo contrario no se configuraría el tipo.

C. Suprema, 25 septiembre 1952. R., t. XLIX, p. 253.

En sentido contrario:

i. Caso. El delito a que alude el artículo 148 del Código Penal no es aplicable a las detenciones arbitrarias que decreten los jueces en carácter de tales.

C. Santiago, 17 agosto 1936. G.1936 1936, N° 70, p. 308.

b. *Distinción entre secuestro y detención ilegal.* i. *Jurisprudencia antigua.* Tratándose de una detención realizada por empleados públicos, no es posible pretender que en la especie se esté en presencia de un secuestro, ya que este delito solo pueden cometerlo particulares.

C. Suprema, 3 diciembre 1996. R., t. XCIII, p. 229. MJCH_MJJ N° 1060.

ii. Caso. El inspector que detiene a dos personas durante tres días debido a sospechas de que estos habrían deshecho los puentes del fundo que administra y le habrían sustraído a él bienes personales, y que posteriormente los libera por no haberles encontrado culpabilidad, incurre en el delito de detención ilegal tipificado en el artículo 148 del Código Penal.

C. Concepción, 2 abril 1880. G. 1880, p. 210.

iii. *Jurisprudencia moderna.* Tratándose de un funcionario público: 1- si este actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo ilícito, pero no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico, se configura el delito de detención ilegal; 2- en caso contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad.

1. C. Suprema, 11 octubre de 2007. F.M. N° 548, p. 493.

2. C. Suprema, 28 agosto 2007. L.P. N° CL/JUR/1804/2007; 37164. MJCH_MJJ N° 14539.

3. C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.

4. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.

5. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.

6. C. Suprema, 17 noviembre 2004. F.M. N° 528, p. 2901.

7. C. Suprema, 8 agosto 2000. MJCH_MJJ N° 3140.

8. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA

b. *Carácter residual del delito de secuestro.* El uso del término particular, como noción opuesta al de empleado público, sólo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al injusto de comisión por los segundos.

1. C. Suprema, 11 octubre de 2007. F.M. N° 548, p. 493.

2. C. Suprema, 10 mayo 2007. MJCH_MJJ N° 9807.

3. C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.

4. C. Suprema, 17 noviembre 2004. F.M. N° 528, p. 2901.
5. C. Chillán, 15 marzo 2005. L. P. N° CL/JUR/3633/2005; 35939_CA

c. *Improcedencia. i. Caso.* No consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por el funcionario público haya obedecido a un delito cometido por la víctima, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se le pusiera a disposición de algún tribunal de la República para su procesamiento, sino que, por el contrario, fue detenido sin orden administrativa o judicial que la justificase y desaparece luego de su paso por la Comisaría, por lo que no es posible recalificar el delito de secuestro por el de detención ilegítima.

C. Suprema, 24 enero 2007. L.P. N° CL/JUR/3447/2007; 35939.

ii. *Caso.* Es coautor del delito de secuestro calificado, el funcionario de Carabineros que, actuando para la Dirección de Inteligencia Nacional, comparece ante un organismo policial y obtiene la entrega de las víctimas, a las que conduce a un lugar clandestino de detención, donde durante su encierro son interrogadas y cuyo destino posterior se desconoce.

C. Suprema, 22 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 15508.

II. *Conducta. Detención ilegal y arbitraria.*

C. Santiago, 4 de junio de 2003. F.M. N° 511, p. 1271.

a. *Improcedencia del tipo. Caso.* A partir de los hechos de la causa, no se configura el delito de detención ilegal, por no reunir los requisitos copulativos de ser ilegal y arbitraria. La detención se efectuó por la policía, en el momento en que los sospechosos procedían a hacer uso de los pasajes de bus que habían adquirido ilícitamente vía internet, los que fueron incautados, cumpliendo instrucciones del juez que llevaba a cabo la investigación.

C. Santiago, 4 de junio de 2003. F.M. N° 511, p. 1271.

Art. 149

Bien jurídico protegido. Libertad personal y seguridad individual

C. Talca, 4 marzo 2014. P.J. ROL N° 98-2014.

Art. 150 A

1. *Tipicidad. Conducta aplicación de apremios ilegítimos. I. Caso. Apremios en cuartel de policías.* Los golpes de puño en la cara y cuerpo de un sujeto privado de libertad en un cuartel de la PDI, mientras este se encontraba esposado en el patio de la unidad a la espera del procedimiento de detención, permiten configurar el tipo penal referido.

C. Suprema, 29 julio 2009. MJCH_MJJ N° 21028.

II. *Caso. Apremios al interior de una cárcel.* El procedimiento de allanamiento y registro efectuado por gendarmería al interior de la cárcel, corresponde en principio a un apremio, transformándose en ilegítimo por el hecho de resultar injustificadamente lesionados algunos reclusos.

C. Temuco, 31 enero 2012. P.J. ROL N° 8-2012.

2. *Tipo de omisión impropia.* El autor sólo puede ser el que se encuentra en posición de garante (“delicta propia”) y el círculo o deslinde de ocurrencia en el delito lo da la propia disposición, al decir “, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.”

C. Santiago, 26 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19659.

3. *Caso de improcedencia.* No se da respecto del acusado la posición de garante que exige la norma referida, toda vez que la autoridad de Gendarmería de Chile presente en el lugar al cometerse el delito de aplicación de tormento o apremios ilegítimos, era otro funcionario superior en jerarquía o grado al del acusado.

C. Santiago, 26 enero 2009. MJCH_MJJ N° 19659.

Art. 151

Violación de prerrogativas parlamentarias. Caso. Es constitutivo de este delito el hecho de que un oficial de Carabineros, ante la negativa de un diputado para atender a su orden de acompañarlo a la Sala de Guardia, dispuso que personal a sus órdenes condujera a viva fuerza a dicho parlamentario hasta el recinto de la Guardia, lo que cumplieron tres carabineros, tomándolo bruscamente por los brazos y empujándolo por la espalda.

C. Suprema, 13 enero 1960. R. LVII. p. 16.

Art. 155

1. *Allanamiento irregular.* Configura el tipo penal referido el allanamiento efectuado por un Prefecto de policía a una casa particular, sin la orden judicial correspondiente y estando las especies retenidas en poder de la víctima por resolución judicial previa.

C. Santiago, 24 diciembre 1912. G.1912 1912, t. II, N° 860, p. 198.

2. *Decomiso administrativo. Caso.* La Superintendencia de Servicios Eléctricos solo puede por ley actuar en el control técnico de los canales de televisión, por lo que la orden del Superintendente de desmontar y decomisar los equipos de un canal de televisión universitario, previo allanamiento y descerrajamiento con auxilio de la fuerza pública solicitada al Intendente de la Provincia, implica la comisión del delito de allanamiento irregular.

Ministro en visita extraordinaria, 11 julio 1973. R., t. LXX, p. 76.

3. *Imprudencia. Caso.* En los hechos de la causa no existen datos en orden a que el funcionario que formaba parte del grupo que ingreso a la propiedad, hiciera valer orden de autoridad o actuara como tal ante el encargado de la parcela y, menos aún, que se efectuara por parte de este, registro de las dependencias, bienes o papeles que se encontraban en la morada. No se configura el tipo de allanamiento irregular.

C. Suprema, 13 junio 1991. R., t. LXXXVIII, p. 49. MJCH_MJJ N° 1967.

Art. 156

Delito de expoliación. El tipo penal referido se configura cuando los empleados de correos, interceptan o abren la correspondencia o facilitan a terceros estos actos.

C. Valdivia, 27 diciembre 2011. P.J. ROL N° 98-2011.

Art. 157

1. *Tipicidad. I. Conducta exigir. a. Exigir la exacción de una contribución.* La solicitud de dinero por parte de un funcionario público implica "exigencia" de una contribución en los términos del tipo penal referido al delito de exacción ilegal.

C. Suprema, 20 mayo 2009. MJCH_MJJ N° 19992.

a. *Improcedencia. Caso.* Las maquinaciones efectuadas por funcionarios del Servicio de Impuestos Internos para simular un tributo que no se debía y merced a esta maquinación obtener una dádiva del contribuyente, configura el delito de estafa y no el de exacción ilegal, ya que en ningún caso se invocó para la dádiva una finalidad pública, sino el beneficio personal de los funcionarios como precio de su influencia.

C. Suprema, 21 noviembre 1972. R., t. LXIX, p. 184.

b. *Exigir la exacción de un servicio personal. Caso.* Son constitutivos del delito de exacción ilegal, las medidas que ordenan a las radios a mantener una cadena continua y obligatoria de transmisiones hechas desde una oficina de radiodifusión de la Presidencia de la República, si éstas se fundan en un Decreto derogado, sin ley que las autorice y, son además contrarias a la Constitución Política de la República.

Ministro en visita, 27 octubre 1972. R., t. LXIX, p. 171.

II. *Elemento subjetivo. Ilícito cometido con una finalidad pública.*

C. Suprema, 21 noviembre 1972. R., t. LXIX, p. 184.

Art. 158

1. *Artículo 158 n° 1. Prohibición ilegal de funcionamiento. Caso.* Son constitutivos de delito, las medidas que ordenan la suspensión de aquellas radios que infringieran la cadena continua y obligatoria de transmisiones hechas desde una oficina de radiodifusión de la Presidencia de la República, si éstas se fundan en un Decreto derogado, sin ley que las autorice y, son además contrarias a la Constitución Política de la República.

Ministro en visita, 27 octubre 1972. R., t. LXIX, p. 171.

2. *Artículo 158 N°6. Expropiación arbitraria. I. Concepto de arbitrario.* Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

C. La Serena, 12 abril 1960. R., t. LVII, p. 201.

a. *Caso.* Configura el tipo penal el hecho de que el Gobernador de una provincia y presidente de la junta de vigilancia, procediera a la requisición de 420 quintales de harina de propiedad del querellante para evitar la especulación de su precio, excediéndose en sus atribuciones.

C. La Serena, 12 abril 1960. R., t. LVII, p. 201.

b. Caso. La Superintendencia de Servicios Eléctricos solo puede por ley actuar en el control técnico de los canales de televisión, por lo que la orden del Superintendente de desmontar y decomisar los equipos de un canal de televisión universitario, previo allanamiento y descerrajamiento con auxilio de la fuerza pública solicitada al Intendente de la Provincia, implica la comisión del delito de expropiación arbitraria.

Ministro en visita extraordinaria, 11 julio 1973. R., t. LXX, p. 76.

II. *Expropiación y perturbación ilegal.* El delito de expropiación ilegal está tipificado junto con el de perturbación ilegal de la posesión, pero son ilícitos distintos. La expropiación afecta al dominio en tanto que la perturbación afecta a la posesión, que es un hecho y no un derecho.

1. C. Suprema, 3 octubre 2011. P.J. ROL N° 5466-2011.
2. C. Rancagua, 10 junio 2011. P.J. ROL N° 172-2011.

Art. 159

Tormentos realizados por orden superior (jurisprudencia antigua). Si el que aplica tormentos lo hace por orden de algún superior a quien debe obediencia, debe imponerse pena solamente a este último.

C. Concepción, 2 agosto 1927. G. 1927, N° 205, p. 823.

Art. 161

Caso de improcedencia. Billetes de fácil circulación.

C. San Miguel, 9 mayo 2007. P.J. ROL N° 3625-2005.

Art. 161 A

1. *Bien jurídico protegido.* La privacidad, por un lado referida al lugar físico en que se verifica la conducta punible y, por otro, a la protección del secreto o la infracción del deber de discreción respecto de hechos de carácter privado.

1. C. Suprema, 21 agosto 2013. L.P. N° CL/JUR/1870/2013; 65987. R.CH.D.C.P. Vol. 2 N°4, 2013, p. 243.
2. C. Suprema, 31 julio 2008. MJCH_MJJ N° 17856.

I. *Carácter privado de una conversación.* No está reservado a todo aquello que el titular otorgue esa denominación, porque podría llegarse a extremos de subjetivación en que carecería de toda certeza la conducta que el tipo penal reprime.

1. C. Suprema, 21 agosto 2013. L.P. N° CL/JUR/1870/2013; 65987.
2. C. Santiago, 28 noviembre 2007. P.J. ROL N° 4803-2007.

II. *Carácter privado e interés público.* El carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público.

- C. Suprema, 21 agosto 2013. L.P. N° CL/JUR/1870/2013; 65987.

En sentido contrario:

- C. Suprema, 11 junio 2007. MJCH_MJJ N° 10112.

a. *Caso.* Las grabaciones periodísticas no podrían ser consideradas como hechos privados, cuando estos se refieran a la comisión de un delito en los cuales existe un interés público relevante en la comunidad. Los hechos en los cuales existe un interés público prevalente deben ser considerados públicos.

1. C. Suprema, 21 agosto 2013. L.P. N° CL/JUR/1870/2013; 65987. R.CH.D.C.P. Vol. 2, N°4, 2013, p. 243.
2. C. Temuco, 7 abril 2006. R.J.M.P., 2006, N°26, p. 131.

En sentido contrario:

- C. Santiago, 1 agosto 2012. MJCH_MJJ N° 32608.

b. Las grabaciones periodísticas son consideradas hechos privados cuando estas se realizan en la oficina privada de una persona, sin la autorización de esta, mediante cámara oculta y se refieren a hechos de su conducta personal.

- C. Suprema, 9 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 11067.

2. *Tipicidad. I. Conductas. a. Caso. Interceptación realizada por un Jefe de Estado.* Configura el tipo penal, la intervención realizada por un Presidente de la República, por medio de equipos financiados con fondos del Estado en un despacho del Palacio Presidencial destinado a tales fines, recaído en políticos,

periodistas opositores al régimen presidencial y a cualquier persona de interés para el Presidente.

C. Suprema, 21 septiembre 2007. MJCH_MJJ N° 15546.

b. *Conversaciones entre imputado y abogado.* La prohibición de interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado reconoce como única excepción en el artículo 222 del CPP, la orden de un juez de garantía, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.

C. Suprema, 19 octubre 2011. F.M. N°556, p. 895. L.P. N° CL/JUR/8280/2011; 54755.

c. *Caso. Cumplimiento de una orden.* Funcionario policial que efectúa la interceptación en cumplimiento de una instrucción emanada del fiscal, pero sin contar con autorización legal o judicial para ello, incurre en el tipo penal descrito. El cumplimiento de una orden no es argumento válido para descartar su voluntad.

C. Suprema, 19 octubre 2011. F.M. N°556, p. 895. L.P. N° CL/JUR/8280/2011; 54755.

II. *Recintos privados.* Espacio físico delimitado que cuenta con ciertas protecciones o resguardos. El hecho de dar a conocer y poner al alcance de medios de comunicación una grabación correspondiente a una conversación sostenida en la oficina del afectado y obtenida sin su autorización, coincide con la descripción del tipo penal.

C. Suprema, 13 marzo 2006. R.J.M.P. 2006, N° 26, p. 133.

a. *Caso. Participación.* Al no probarse la partición directa ni el conocimiento acerca de los medios ilegítimos por los cuales se obtendría la información privada, no configura el tipo penal descrito la sola autorización de una cámara oculta por parte de un Director de prensa de un canal de televisión, ya que debe considerarse como una actividad técnica profesional propia de su cargo y no puede significar que deba responder por una estrategia ilícita, determinada y elaborada por otros.

C. Suprema, 9 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 11067.

III. *Intromisión ilegítima en función de los partícipes.* Para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio

privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad. La grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad.

1. C. Suprema, 21 agosto 2013. L.P. N° CL/JUR/1870/2013; 65987. R.CH.D.C.P. Vol 2 N°4 2013, p. 243.
2. C. Santiago, 28 noviembre 2007. P.J. ROL N° 4803-2007.

IV. *Registro incomprensible*. La circunstancia de que lo registrado sea una conversación incomprensible impide que se pueda tener por acreditada la presunta violación a la vida privada y esfera de la intimidad de una persona determinada.

- C. Santiago, 28 noviembre 2007. P.J. ROL N° 4803-2007.

Art 161 B

1. *Conducta. Elemento insustituible del tipo*. Que su autor utilice los medios logrados a través de los delitos contemplados en los incisos primero y segundo del artículo 161 A, como medios de extorsión y para lograr alguno de los beneficios señalados en la descripción típica, esto es, entrega de dinero o bienes, o la realización de alguna conducta que no sea jurídicamente obligatoria.

- C. Suprema, 9 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 11067.

2. *Caso. Improcedencia*. No basta que el sujeto activo haya realizado todas las maniobras tendientes a denunciar, entregar y comprobar ante un canal televisivo un antecedente noticioso que conocía, teniendo como aspiración el lograr alguna dádiva o simplemente connotación pública, ya que no se desprende que el conocimiento que tenía de la noticia y de las grabaciones ilícitas realizadas, haya servido como un instrumento de extorsión a la víctima o los canales televisivos para lograr los beneficios señalados en la norma.

- C. Suprema, 9 agosto 2007. MJCH_MJJ N° 11067.

