

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Santiago, 12 de julio de 2013

I. ARTICULADO

Título X. Delitos contra la libertad

§ 1. Coacción

Art. A. *Coacción*. Será sancionado con reclusión y/o multa o prisión de 1 a 3 años el que constriñere a otro a hacer, omitir o tolerar algo mediante violencia o amenaza de irrogar al coaccionado o una persona a él cercana un mal considerable, que no sea de los siguientes:

- 1° hacer uso de un derecho cuyo ejercicio regular sirva a la consecución del propósito perseguido con la coacción;
- 2° divulgar lícitamente un hecho, cuando el propósito perseguido con la coacción consista en prevenir o reparar el daño producido por ese mismo hecho;
- 3° infligirse un mal a sí mismo.

Art. B. *Coacción grave*. La pena será de prisión de 1 a 3 años en los casos siguientes:

- 1° si, conjunta o separadamente del empleo de violencia, la coacción se cometiere mediante amenaza grave, esto es, amenaza de atentar inminentemente contra la vida o de modo grave contra la integridad corporal o la salud, la autonomía sexual o la libertad personal del coaccionado o de una persona a él cercana;
- 2° si la coacción se cometiere por funcionario público con grave abuso de su cargo.

§ 2. Privación de libertad y sustracción de menores e incapaces

Art. C. *Privación de libertad*. El que privare a de su libertad a una persona mayor de diez años será sancionado con prisión de 1 a 5 años.

La pena será de prisión de 3 a 7 años, en los casos siguientes:

- 1° si la privación de libertad se prolongare por más de tres días;
- 2° si la privación de libertad se cometiere por funcionario público con grave abuso de su cargo.

Art. D. *Sustracción de menores e incapaces*. El que sustrajere del encargado de su cuidado a un menor de doce años o a una persona incapaz de comprender su situación a causa de una anomalía o alteración permanente, 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.

Si la sustracción, retención o impedimento del fueren cometidos por un familiar o una persona cercana al menor o incapaz, sin comprometer gravemente su interés, la pena será de reclusión y/o multa o prisión de 1 a 3 años.

Art. E. *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 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 la 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 I y J;

3° si el delito se prolongare por más de 30 días.

Lo dispuesto en el número 3 no será aplicable al delito previsto en el inciso segundo del artículo D.

Art. F *Atenuante*. Si el responsable de los delitos previstos en este párrafo liberare a la víctima 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 exenta de grave daño sin haber obtenido su propósito.

§ 3. Agravios a las garantías de la persona privada de libertad

Art. G. *Tortura*. El que infligiere grave dolor o sufrimiento corporal o mental a una persona privada de libertad, o le aplicare métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.

Si el delito se cometiere para coaccionar a la víctima a hacer, omitir o tolerar algo, la pena será de 3 a 7 años de prisión.

Art. H. *Agravios a las garantías de la persona privada de libertad*. Será sancionado con pena de inhabilitación para el ejercicio de todo cargo u oficio público de hasta 3 años el funcionario público que:

1° teniendo a su cargo una persona privada de libertad omitiere darle oportunamente la información acerca de sus derechos que ella le requiera o a que la ley lo obliga, o le diere información falsa;

2° poseyendo información acerca del paradero de una persona privada de libertad, omitiere dar dicha información a quien lo requiera;

3° debiendo conducir a una persona privada de libertad a la presencia del tribunal o del Ministerio Público, o darles noticia del hecho, omitiere hacerlo oportunamente;

4° estando encargado de un establecimiento destinado a mantener personas privadas de libertad que recibiere en ella a una persona en calidad de detenida, sujeta a prisión preventiva o condenada a pena privativa de libertad omitiendo dejar la constancia en el registro público que la ley ordena;

5° impidiere a una persona privada de libertad entrevistarse privadamente con su abogado, comunicarse con el Ministerio Público, el tribunal competente, el encargado del lugar donde se encuentra privada de libertad, los jueces o ministros de Corte encargados de las visitas de cárceles o establecimientos penales, o presentar peticiones a la autoridad;

6° sabiendo de cualquier privación ilegal de libertad, y careciendo de facultades para hacerla cesar, omitiere dar aviso a la autoridad competente.

La pena será de inhabilitación para el ejercicio de todo cargo u oficio público de 3 a 7 años en los siguientes casos:

1° si la omisión a que se refiere el número 3 precedente se prolongare por más de 24 horas;

2° si el funcionario incomunicare a una persona privada de libertad fuera de los casos en que la ley lo autoriza, o usare con ella de un rigor innecesario;

3° si el funcionario mantuviere a una persona privada de libertad en otro lugar que los establecidos por la ley para ese efecto.

En los casos de los números 1° y 3° de inciso precedente, si el agravio se prolongare por más de 3 días, se impondrá además la pena de prisión de 1 a 3 años, a menos que el hecho mereciere mayor pena conforme a las reglas del párrafo 2 de este título.

§ 4. Trata de personas y esclavitud

Art. I. *Trata de personas.* El que mediante engaño o coacción, o abusando de su poder o de la vulnerabilidad de la víctima, o concediendo o recibiendo un pago o beneficio para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiere a una persona mayor de 18 años para que sea sometida a explotación, será sancionado con prisión de 3 a 7 años.

Con la misma pena será sancionado el que captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiere a una persona menor de dieciocho años para que sea sometida a explotación.

Si con motivo u ocasión de la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de la víctima se la privare de libertad o se la sustrajere, se estará a lo dispuesto en el artículo E N° 2.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entenderá por “explotación” la explotación de la prostitución u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción ilegal de órganos. En los casos de trata de menores, su utilización en la producción de pornografía en los términos del artículo [pornografía infantil] constituye también explotación sexual.

Art. J. *Esclavitud.* El que redujere a una persona a la esclavitud, la indujere a enajenar su libertad o la de una persona de ella dependiente para quedar reducida a esclavitud o incurriere en cualquier acto de trata de esclavos será sancionado con prisión de 3 a 7 años.

Si con motivo u ocasión de la comisión del delito se privare de libertad o se sustrajere a la víctima, se estará a lo dispuesto en el artículo E N° 2.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entenderá por “esclavitud” y por “trata de esclavos”, respectivamente, el estado o condición y los actos definidos por la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud de 25 de Diciembre de 1926, y la Convención de Ginebra suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de Septiembre de 1956.

Si el acto de trata de esclavos es a la vez constitutivo de trata de personas se estará a lo dispuesto en el artículo precedente para su sanción.

§ 5. Reglas especiales

Art. K. *Tentativa.* Es punible la tentativa de cometer cualquiera de los simples delitos previstos en el párrafo anterior, excepto por la tentativa de los delitos previstos en los artículos A, B y H.

La tentativa de cometer el simple delito previsto por los artículos A y B sólo será punible si se hubiere ejercido violencia o se hubiere proferido una amenaza.

Art. L. *Comisión por funcionario público.* Si los delitos previstos en los artículos D, E, G, I o J fueren cometidos por funcionario público, el tribunal estimará el hecho como una agravante calificada.

Art. M. *Puesta en peligro de la víctima.* Si con motivo u ocasión de la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este título se pusiere a la víctima en serio peligro de muerte vida o de grave daño para su salud el tribunal estimará el hecho como una agravante calificada.

En los casos en que concurrieren esta agravante y la prevista en el artículo precedente, el tribunal podrá estimar el hecho como una agravante muy calificada.

Art. N. *Muerte y lesiones de la víctima.* Si con motivo u ocasión de la comisión de los delitos previstos en los delitos C, D, E, G, I o J se matare a la víctima o se le irrogare lesiones gravísimas, el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada para determinar la pena correspondiente a los delitos de homicidio o lesiones.

La pena a que se refiere y ordena agravar en inciso anterior se impondrá también si con ocasión de la comisión de los delitos antedichos se causare la muerte o lesiones gravísimas a la víctima, y ello fuere imputable a imprudencia temeraria del responsable. Si la muerte o las lesiones gravísimas causadas a la víctima fueren imputables a simple imprudencia del responsable, el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada de la pena que corresponda imponer conforme a las reglas generales.

En lo demás, para la aplicación de las penas antedichas junto con las penas establecidas en este título se estará a lo dispuesto en el artículo N y el artículo [concurso].

Art. Ñ. *Multa.* La pena de multa será impuesta por el tribunal conjuntamente con las demás penas previstas en este título:

- 1° facultativamente, en los casos de los artículos B, C inciso primero y H;
- 2° obligatoriamente, en los casos de los artículos E números 1 y 2, I y J.

Art. O. *Inhabilitación.* El funcionario público que interviniera como autor o partícipe en la comisión alguno de los delitos previstos en este título será sancionado además con las siguientes penas de inhabilitación para el ejercicio de todo cargo u oficio público:

- 1° con inhabilitación perpetua, en los casos de los incisos primero y segundo, primera oración, del artículo N;
- 2° con inhabilitación de 12 a 20 años, de los artículos E, I y J;
- 3° con inhabilitación de 5 a 12 años, en los casos de los artículos C números 1 y 2, D y G inciso segundo; y también en el caso del inciso segundo, segunda oración, del artículo N;
- 4° con inhabilitación de 3 a 7 años, en los casos de los artículos B número 2, C inciso primero y G inciso primero; y también en el caso de artículo M;
- 5° con inhabilitación de hasta 5 años, en los casos de los artículos A y B número 1.

Si un mismo hecho correspondiere a más de un caso de los señalados en este artículo, se impondrá la pena más grave.

Además, para introducir en el título relativo a los delitos contra la seguridad pública:

Art. X. *Amenaza.* El que amenazare a otro con irrogarle o irrogar a una persona a él cercana un mal constitutivo de delito, será sancionado con la penas de reclusión y/o multa.

Normas Adecuatorias

Art. Y. Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Procesal Penal:

1° Sustitúyese la letra d) de su artículo 54 por la siguiente:

“d) El delito de amenaza, sancionado por el artículo X del Código Penal, y el delito de coacción sancionado por el artículo A del mismo Código.”

2° Introdúcese, a continuación del punto final del inciso primero de su 170, que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración:

“Si el hecho corresponde a un delito cuya pena máxima no excede los tres años de prisión, se entenderá que no compromete gravemente el interés público cuando el responsable hubiere sido objeto de [extorsión o] coacción, o tentativa de [extorsión o] coacción bajo amenaza de denunciar o divulgar ese hecho, fuera de los casos de los números 1° y 2° del artículo A del Código Penal.”

Art. Z. Sustitúyese el actual inciso segundo del artículo 19 del Decreto Ley 2460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, por el siguiente:

“El que infrinja esta disposición será castigado conforme al Código Penal”.

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

La propuesta dedica un título del Libro Segundo del Anteproyecto de Código Penal (presumiblemente, el Título II o III) a los delitos contra la libertad. En el § 1 se regula el delito de coacción y en el § 2, el delito de privación de libertad. Estas son las figuras básicas tradicionalmente consideradas como atentados a la libertad personal. Los §§ 3 y 4 están dedicados a la regulación de atentados a la libertad o a la incolumidad personal de la víctima de una privación de libertad cuya punibilidad es exigida por el derecho internacional, como la tortura, la trata de personas y la esclavitud. En el § 3, junto a la tortura, se incorpora los principales agravios a las garantías de las personas privadas de libertad. En el § 2, junto a la privación de libertad, se incorpora a la sustracción de menores e incapaces.

La regulación de la propuesta se concibe como una drástica reformulación de la regulación del Código Penal chileno en seis sentidos precisos.

En primer lugar, trata a estos delitos como atentados contra un bien jurídico personalísimo, sin referirlos sistemáticamente a la regulación constitucional del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, como lo hace el Código Penal de 1874 en el Título III de su Libro Segundo. Esa referencia es innecesaria e inconveniente. La relación entre la regulación penal y la regulación constitucional se da en el nivel del fundamento político de la punibilidad de estos atentados, en tanto violación de intereses personalísimos de considerable peso específico, así como en el nivel de su justificación, en tanto las reglas constitucionales (y legales) establecen requisitos y procedimientos que legitiman la afectación de la libertad. Ninguna de estas relaciones exige que el Código Penal identifique sistemáticamente a los delitos contra la libertad como atentados a la Constitución. Hacerlo así conlleva además el riesgo de inducir al intérprete a considerar que la protección penal de la libertad personal tenga un sentido distinto del de la protección de los demás intereses personalísimos. Ese no es el caso.

En segundo lugar, la propuesta distingue entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la intimidad, que quedan entregados a otro apartado sistemático.

En tercer lugar, la propuesta incluye dentro del título, encabezándolo, al delito de coacción, que actualmente en parte es una falta (Art. 494 N° 15) y en parte corresponde a hipótesis del delito de amenazas, considerado por el Código de 1874 como un delito contra la seguridad pública (Arts. 296 N° 1 y 2, 297). El delito de coacción es distinguido del delito de amenazas simples, que se propone mantener como delito contra la seguridad pública.

En cuarto lugar, la propuesta prescinde del establecimiento de tipos privilegiados de privación de libertad, como los consagrados en los Arts. 143 y 148 del actual Código Penal. El modo correcto de dar un tratamiento privilegiado, ya sea al particular o al funcionario público, es a través de la aplicación de las reglas de la Parte General sobre determinación de la pena, particularmente mediante el eventual efecto atenuatorio de la concurrencia parcial de causas de justificación (atenuante de la eximente incompleta).

En quinto lugar, la propuesta se desentiende de los demás delitos sancionados o tematizados por el actual Título III del Código Penal, aplicando rigurosamente el principio sistemático que constituye a la categoría de los delitos contra la libertad: desde el punto de vista de la protección penal de la libertad esos otros delitos o bien son superfluos (por ejemplo, constituyen casos especiales de coacción, no merecedores de calificación o privilegio) o bien protegen un bien jurídico distinto de la libertad y en consecuencia deben ser tematizados por el Anteproyecto en atención a ese otro bien jurídico como criterio sistemático preferente.

En sexto y último lugar la propuesta incorpora dos crímenes internacionales, la trata de personas y la esclavitud, distinguiendo el primero del tráfico de migrantes, que queda entregado

a otro apartado sistemático, y relacionando sistemáticamente ambos crímenes con del delito de privación de libertad que es cometido con motivo u ocasión de su perpetración.

La comparación de penalidades entre la propuesta y el Código Penal vigente no es fácil de realizar, debido a la reformulación que hace la propuesta. En particular, la calificación de la privación de libertad y la sustracción de menores por la comisión de homicidio o lesiones (Art. 141 inciso final) no tiene comparación directa con la propuesta, dada la solución adoptada por ésta para el caso (agravación y concurso: Art. N). Asimismo, la agravación que la propuesta establece para la comisión de varios delitos por funcionario público (Art. L) no tiene un equivalente en el Código Penal vigente, salvo por la incierta incidencia de la agravante de prevalimiento del cargo (Art. 12 circunstancia 8ª CP). Con todo, el siguiente cuadro muestra las correlaciones principales entre ambas regulaciones:

Propuesta de regulación		Código Penal	
Delito	Pena	Delito	Pena
Art. A	reclusión/multa 1 a 3 años	Art. 296 N° 1	541 días a 5 años
		Art. 297	61 días a 3 años
		Art. 494 N° 16	multa
Art. B N° 1	1 a 3 años	Art. 296 N° 1	3 a 5 años
Art. B N° 2	1 a 3 años	Art. 296 N° 1	541 días a 5 años
		Art. 297	61 días a 3 años
		Art. 494 N° 16	multa
Art. C-i	1 a 5 años	Art. 141-i	3 a 5 años
		(Art. 143)	61 a 540 días/multa
		(Art. 148-i)	61 días a 3 años
Art. C-ii N° 1	3 a 7 años	(Art. 141-i)	(3 a 5 años)
		(Art. 141-iv)	(10 a 20 años)
Art. C-ii N° 2	3 a 7 años	Art. 141-i	3 a 5 años
Art. D-i	3 a 7 años	Art. 142 N° 2	10 a 20 años
Art. D-ii	reclusión/multa 1 a 3 años	---	---
Art. E N° 1	5 a 10 años	Art. 141-iii	5 a 15 años
		Art. 142 N° 1	15 años a presidio perpetuo
Art. E N° 2	5 a 10 años	(Art. 411 quater-i)	5 a 15 años
		(Art. 411 quater-ii)	10 a 20 años
Art. E N° 3	5 a 10 años	Art. 141-iv	10 a 20 años
Art. G-i	1 a 5 años	Art. 150-B N° 1	61 días a 3 años
Art. G-ii	3 a 7 años	Art. 150-B N° 2	3 a 5 años
Arts. G-i/L	3 a 5 años	Art. 150-A-i	541 días a 5 años
Arts. G-ii/L	5 a 7 años	Art. 150-B-ii	3 a 10 años
Art. I	3 a 7 años	Art. 411 quater-i	5 a 15 años
		Art. 411 quater-ii	10 a 15 años
Art. J	3 a 7 años	---	---

Como se puede apreciar, las penalidades contempladas por la propuesta se mueven en un rango bastante aproximado al de las penalidades actualmente vigentes. En algunos casos se propone rebajar el actual margen inferior de la pena (notoriamente: el tipo básico de la privación de libertad); en otros, prescindir del margen superior (notoriamente: la amenaza condicional de mal constitutivo de delito y condición cumplida). Pero por lo general hay una coincidencia en el margen medio entre las penalidades de una y otra regulación.

Lo dicho tiene tres excepciones notorias, en que las penas actualmente vigentes sobrepasan considerablemente las penas previstas en la propuesta:

- (i) la sustracción de menores (Art. D / Art. 142 CP);
- (ii) la trata de menores (Art. I/Art. 411 quáter inciso segundo CP);
- (iii) la calificación de la privación de libertad cuya duración excede los 15 días (Art. C-ii N° 1, E N° 3 / Art. 141-iv CP).

En los tres casos, la razón para morigerar las penas actuales es doble. Por una parte, ello obedece a consideraciones cardinales de proporcionalidad: los atentados contra la libertad no pueden tener una pena superior a la del homicidio en el sistema de la parte especial. Por otra parte, ello se justifica por una consideración elemental de proporcionalidad de idoneidad: la pena del atentado-base no debe ser tan alta que haga irrelevante la comisión de atentados adicionales contra la víctima.

En todo caso, no debe perderse de vista el efecto de la agravante del Art. M: la puesta en peligro de la vida o la salud de la víctima excluye la mitad inferior de la pena legal de la privación de libertad, la sustracción de menores, la tortura, la trata de personas y la esclavitud.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

Título X El epígrafe del título utiliza la designación más general concebible: “delitos contra la libertad”.

§§ 1 a 5 Los epígrafes de los cinco párrafos de que se compone el título se refieren directamente a la materia en ella regulados, ya sea por el nombre de los respectivos delitos o por la designación de las reglas como especiales.

Art. A La propuesta consagra como primer delito del título al delito de coacción, en su carácter de atentado genérico contra la libertad. La regulación está tomada de los §§ 116 y 117 del Proyecto Alternativo alemán, con variaciones. Esta regulación responde al modelo dominante en el derecho penal comparado, que hace de la amenaza y la violencia dos medios alternativos (paralelos) de comisión de la coacción, entendida como la acción de constreñir a otro a comportarse de un modo contrario a su voluntad¹. Conforme a esta decisión, el delito de amenazas condicionales del actual Código Penal (Arts. 296 N° 1 y 2, 297) pasa a fusionarse con la actual falta de coacciones violentas (Art. 494 N° 16) en una misma figura típica. A semejanza del derecho alemán, el delito de amenazas simples (Art. 296 N° 3) es nítidamente diferenciado del delito de coacción. A diferencia del derecho alemán, la propuesta sugiere incluso dejarlo fuera del título (*infra*, Art. X).

La consideración de la amenaza con irrogar un mal que en sí mismo no es ilícito como medio comisivo de una coacción punible, necesaria para cubrir los casos de chantaje (al menos el extrapatrimonial, si el patrimonial quedara cubierto por un nuevo delito de extorsión), tiene el inconveniente de incluir dentro del ámbito de punibilidad casos en los cuales no hay un atentado contra la libertad. Para enfrentar este inconveniente, el Art. A incorpora tres reglas de exclusión de tipicidad. Las dos primeras responden a la idea de la conexión adecuada entre el medio legítimamente usado y el fin legítimamente perseguido; la tercera, a una consideración del principio de autonomía, en el sentido que las decisiones adoptadas bajo esa clase de amenaza no son normativamente lesivas de la libertad de quien las adopta.

Art. B El Art. B establece dos hipótesis calificadas de coacción. La primera, relativa a las amenazas de males más graves y de inminente irrogación, encuentra su fundamento en la particular intensidad de la lesión de la libertad que conlleva el

¹ El Anteproyecto del Foro de 2005 (“AF-2005”) no alcanzó a dar en esta materia los pasos que requiere la modernización del derecho penal chileno. Su regulación de las amenazas y coacciones (Arts. 109, 110 y 111) se limitó a reproducir la regulación de la codificación española de 1848. Esta regulación pudo ser un acierto a mediados del Siglo XIX, y de cara a la codificación francesa. Mantenerla hoy en día no se justifica. Estructuralmente, la amenaza condicional de condición aún no cumplida no es más que tentativa acabada de coacción mediante amenaza. En todos los aspectos relevantes, la amenaza condicional es un ataque a la libertad personal, alternativo al uso de violencia coercitiva. Por esta razón, un código penal moderno debe distinguir nítidamente la amenaza coercitiva de la amenaza simple, que no es un delito contra la libertad, y debe someter la coacción mediante amenaza y la coacción mediante violencia a un tratamiento similar. El AF-2005 no satisface esas condiciones básicas.

uso de ese medio comisivo. La segunda, relativa al grave abuso del cargo por parte del funcionario, es la compensación adecuada del riesgo que implica el reconocimiento a los funcionarios públicos de potestades coercitivas. La distinción entre “grave abuso” y “abuso” permite distinguir el caso de justificación incompleta (abuso como ejercicio ilícito y culpable) del caso de prevalencia del cargo y ausencia total de justificación.

Art. C El delito de privación de libertad, denominado en España “detenciones ilegales” y en Chile “secuestro”, es tipificado por la propuesta mediante la fórmula “privar a otro de su libertad”. Esta fórmula, que corresponde al calificativo adverbial del Código Penal chileno (Art. 141: “privándolo de su libertad”), describe la acción como producción de un resultado, el estado de impedimento de traslación. La propuesta prescinde de las expresiones que en el Código Penal actual definen las acciones específicas (“detener”, “encerrar”), por superfluas. Toda acción idónea para producir el resultado realiza el tipo. La propuesta prescinde asimismo del término “secuestro” para referirse al delito, introducido en el Código Penal por la Ley 19.241, siguiendo un uso extendido en la doctrina pero no por ello menos erróneo: en su sentido propio el término sólo designa el caso más grave de privación de libertad (remoción de un lugar a otro). La pena establecida por la propuesta corresponde a la pena originaria del Código de 1874, vigente hasta su modificación en 1993 por la Ley 19.241, que es la pena adecuada para la variedad de casos que pueden ser subsumidos en el supuesto de hecho².

En cuanto a los tipos calificados, la propuesta distingue dos categorías. Una primera categoría corresponde a la intensificación de la gravedad del injusto propio de la privación de libertad. A esa clase pertenecen los dos supuestos incluidos como inciso segundo en el Art. C, y que son: (i) la duración de la privación de libertad por más de tres días, y (ii) la comisión por funcionario público con abuso de su cargo. Este último se explica por las mismas razones esgrimidas a propósito de la coacción grave. La calificación por la duración no cumple aquí tanto la función de expresar la mayor lesión de la libertad por su prolongación (acumulación), como más bien la de identificar la mayor gravedad del atentado desde un punto de vista criminológico. De aquí que el criterio adecuado sea el cumplimiento del tercer día, y no, como en el Código Penal, el día decimoquinto (Art. 141 inciso cuarto) o trigésimo (Art. 148 inciso segundo). Para este último caso, la propuesta contempla una calificación más severa (*infra*, Art. E N° 3).

² El AF-2005 asignó al tipo básico de la privación de libertad una pena de crimen (Art. 115). Esta decisión revela incomprensión de la materia regulada. Ciertamente, el delito de privación de libertad puede alcanzar la gravedad de un crimen. Ese es, en especial, el caso de la toma de rehén. Pero en muchos casos la privación de libertad no es más que una coacción particularmente grave desde el punto de vista de la afectación de la capacidad general de acción de la persona por un tiempo determinado. Para todos estos casos, la penalidad adecuada es una que, compartiendo el margen superior de la pena del delito de coacción, lo exceda moderadamente. De otro modo el intérprete no puede resolver adecuadamente la cuestión de subsunción (coacción o privación de libertad) que constantemente se plantea en la práctica. Al establecer para la privación de libertad una pena de crimen, y para la coacción violenta la pena mínima del simple delito (Art. 125), el AF-2005 dejó a la mayoría de los casos de privación de libertad sometidos a una pena desproporcionada, ya sea por exceso o por defecto.

La segunda categoría de calificaciones corresponde a supuestos que, o bien incorporan una dimensión de injusto adicional a la privación de libertad ambulatoria, o bien representan el caso más grave de esa privación. Esos supuestos se encuentran tipificados en el Art. E, como calificaciones comunes a la privación de libertad y la sustracción de menores.

Art. D

El Art. D regula en su inciso primero el delito de sustracción de menores, reduciendo su ámbito al atentado contra un menor de 12 años. El criterio cronológico coincide con el mantenido por el Anteproyecto del Foro de 2005 (Art. 116-i) y corresponde parcialmente al fijado por el Código Penal de 1874 en el Art. 142, que subsiste en el Art. 357, sobre inducción al abandono de hogar, que es de 10 años. En rigor, para efectos de los delitos contra la libertad, que no suponen contraer una obligación, ni consentir una interacción de especial significación cultural (sexual), o un menoscabo (con o sin saldo positivo) del propio cuerpo, el criterio cronológico del siglo xix parece correcto: sobre los 10 años de edad la aplicación de las normas que protegen la libertad no encuentra problemas operativos en la víctima. Sin embargo, con el fin de establecer un trato estrictamente simétrico entre la protección de la libertad y la protección de la libertad sexual, la propuesta prefiere fijar el criterio cronológico en los 12 años. Además, tratándose de la sustracción de menores, lo que está en juego no es la libertad general de acción del menor, como en la coacción, sino su ubicación espacial en una esfera de cuidado legalmente determinada.

La cuestión difícil de justificar es la consideración de la sustracción del menor de 12 años, donde sí encuentran problemas operativos las reglas generales de protección de la libertad, como un delito contra la libertad. Al respecto hay básicamente dos opciones sistemáticas. Una es tratar la sustracción de menores como un atentado contra la potestad de los guardadores del menor; la otra, como un atentado contra el menor. La primera implica otro tratamiento sistemático para el delito y una pena menor que la privación de libertad. La segunda usualmente implica la consideración de la sustracción como un atentado más grave que la privación de libertad. Esta es la antigua opción sistemática española, seguida por el Código Penal de 1874 al punto de considerar a la sustracción de menores como un atentado al derecho constitucional a la libertad ambulatoria. El Anteproyecto del Foro de 2005 también siguió esta orientación (Art. 116). La propuesta mantiene la misma línea.

Considerar a la sustracción primariamente como un atentado a las potestades de los guardadores del menor sólo tiene sentido si se lo disocia de su dimensión concreta de atentado al menor, de modo tal que eventualmente pueda concurrir con la pena por ese eventual atentado. Así, por ejemplo, el Proyecto Alternativo trata a la sustracción de menores como una afectación de la custodia sobre el menor (§ 130), pero trata como delito contra la libertad, en un tipo calificado, la sustracción de menores con finalidad extorsiva (§ 120). O bien, que la disociación sea expresada como un elemento del delito, de modo tal que la pena por la sustracción suponga explícita o implícitamente la ausencia de atentado al menor. Tal es el caso del tipo privilegiado de sustracción de menores que se propone en el inciso segundo del Art. D, y, según una aparte de la doctrina

española, el delito de sustracción de menores del Art. 225 bis CP español, introducido por la LOC 9/2002, de 10.09, entre los “delitos contra los derechos y deberes familiares”. De cualquier modo, semejante concepción del delito de sustracción de menores debe complementarse con una regulación explícita del atentado concreto contra el interés personal del menor, presente en el apoderamiento ilegal de su cuerpo, que es sistemáticamente equivalente a un atentado contra la libertad.

Tratar derechamente ese atentado como privación de libertad -así, el Art. 165 CP español, que agrava la pena de la privación de libertad, entre otros casos, cuando la víctima es un menor de edad- es inadecuado. La concepción del atentado al menor como lesión de su libertad falla en una relación directamente proporcional a la edad de la víctima: mientras menos edad tiene la víctima, menos sentido reviste considerarla como titular de un interés en deambular sin constreñimientos provenientes de otros. El menor se encuentra sujeto a un estatuto paternalista de protección: su mejor interés se satisface poniéndolo bajo el cuidado de un adulto, y eso implica, entre otras consecuencias, someter su deambulación a un constreñimiento. Bajo esta premisa, la correcta descripción del atentado al interés del menor equivalente a una privación de libertad no es la del impedimento de su traslado contra su voluntad, sino, a la inversa, su remoción de una esfera de cuidado legalmente determinada o el impedimento de su reintegro a esa esfera.

Lo dicho respecto del menor de 12 años es igualmente aplicable a las personas de cualquier edad que debido a su incapacidad se encuentran también bajo el cuidado de otros. Por esa razón, siguiendo el modelo del Art. 183-2 del CP suizo, la propuesta trata conjuntamente la sustracción de menores y de incapaces.

Naturalmente, una persona menor de 18 años puede ser tratada como víctima de un atentado contra su libertad ambulatoria si posee suficiente capacidad cognitiva y volitiva. Como se ha dicho, la propuesta fija como criterio cronológico para reconocer esa capacidad los 12 años. Sobre esa edad, el atentado contra el menor queda sujeto a las reglas generales de protección de la libertad personal, bajo la suposición de que el interés del menor efectivamente consistirá en permanecer dentro de la esfera dispuesta para su cuidado. Por esa razón, los casos en que esa suposición falle, es decir, los casos en que un tercero actúe con el consentimiento del menor de 18 pero mayor de 12 años, en contra de la voluntad de las personas encargadas de su cuidado, ya no pueden ser tratados como atentados contra la libertad y deben ser reconducidos a otro lugar sistemático³.

Conforme a lo dicho, el inciso segundo del Art. D –el tipo privilegiado de sustracción de menores- no es un delito contra la libertad. La única razón para

³ Lo dicho deja en pie la conveniencia de establecer un delito equivalente a la inducción al abandono de hogar (Art. 357 CP), con una insistencia mayor en el abuso o la manipulación del menor, como la que expresan los medios comisivos característicos del abuso sexual de menor púber, incluso el estupro. La ubicación sistemática de ese delito es incierta. Si se opta por crear un apartado sistemático especial para los atentados contra los menores de edad, como el Proyecto Alternativo alemán, o por mantener un apartado sistemático para los atentados que desconocen las relaciones de filiación, o impiden u omiten el ejercicio de potestades vinculadas a las relaciones de filiación, como el Código Penal español, entonces éste es el lugar sistemático más adecuado para su tratamiento.

incluirlo dentro del mismo precepto que sanciona la sustracción de menores es poner de manifiesto su carácter de *lex specialis* respecto del inciso primero. Si el Anteproyecto de Nuevo Código Penal llega a disponer de un apartado sistemático adecuado y esa relación puede ponerse suficientemente de manifiesto por otra vía, debe tratárselo de ese otro modo. Cualquiera que sea la ubicación sistemática que se considere correcta, es imprescindible que la regulación excluya del severo tratamiento punitivo de la sustracción de menores todos los casos de autotutela ilícita cometidos en contextos de disputa por la custodia del menor entre padres o familiares. Diluirlos en un simple desacato no expresa suficientemente el carácter calificado de este desacato, por la relevancia que la resolución judicial tiene como medida de protección del menor. Pero incluso desde esa perspectiva es imprescindible declarar que el acto no realiza el delito genérico de sustracción de menores.

La pena establecida por la propuesta para el delito de sustracción de menores es significativamente menos severa que la actualmente vigente. La razón fue dada arriba: la pena actual es desproporcionada⁴.

Art. E

El Art. E establece tres supuestos constitutivos de tipos calificados comunes a la privación de libertad y la sustracción de menores.

El primero es la toma de rehén en sentido estricto, es decir, la coacción de un tercero bajo amenaza de irrogar un mal a la víctima de la privación de libertad. Es importante distinguir entre la coacción de un tercero y la coacción a la propia víctima de la privación de libertad. Sólo la coacción de un tercero origina el delito de toma de rehén, en el sentido del derecho internacional⁵. Además, la coacción a la víctima admite multiplicidad de relaciones concursales con la privación de libertad, desde casos analogables a la toma de rehén por su significación, hasta coacciones puntuales que no son distinguibles de la propia privación de libertad. Por esta razón su tratamiento debe quedar entregado al régimen general de concursos. La excepción la constituye el caso de pluralidad de víctimas, en que una víctima es objeto de coacción bajo amenaza de prolongar la privación de libertad o causar daño a otra víctima. La estructura triangular de este caso de coacción y su relevancia tratándose de los atentados contra aeronaves, justifican su inclusión en el supuesto de hecho.

El segundo supuesto corresponde a la comisión de privación de libertad o sustracción de menores en el contexto de los delitos de trata de personas y esclavitud, regulados más adelante. La función de esta regla es resolver una posible dificultad concursal, asumiendo que este es un caso de concurso aparente de delitos.

El tercer supuesto corresponde a la intensificación de la lesión del bien jurídico en virtud de la permanencia de la privación de libertad por largo tiempo: más de

⁴ El AF-2005 mantuvo esa desproporción, sancionando el tipo básico con privación de libertad 5 a 15 años y el tipo calificado por el propósito extorsivo o por duración de más de 7 días con privación de libertad de 10 a 15 años (Art. 116). La pena establecida por la propuesta coincide con parte importante del derecho comparado: privación de libertad de hasta 5 años en el CP alemán (§ 235-1/2) y en el CP Suizo (Art. 183-2) y de 5 a 6 años en el CP español (Arts. 163-1 y 165). El CP italiano se acerca más al criterio del AF-2005, con la pena de 3 a 12 años (Art. 605-iii, conforme a la Ley N° 94, de 13.06.2009).

⁵ Art. 1 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General en su resolución 34/146, de 17 de diciembre de 1979.

30 días. La función de esta regla es establecer un tratamiento severo para la desaparición forzada de personas sin entrar en tensión con el principio de culpabilidad.

Los dos primeros casos son incompatibles con el fundamento del tipo privilegiado de sustracción de menores. Si un hecho inicialmente calificable de ese modo deviene en cualquiera de estos dos supuestos, se justifica su trato punitivo intensificado. Distinto es el caso del tercer supuesto. La prolongación de la situación en que se encuentra el menor no es incompatible con la perduración del privilegio. Por eso se lo exceptúa expresamente de la aplicación del tipo calificado.

Respecto de los tres casos es aplicable una agravación calificada cuando el delito es cometido por funcionario público (*infra*, Art. L)

Art. F Las penalidades establecidas para las distintas hipótesis de privación de libertad y sustracción de menores pueden recibir una atenuación especial, en caso de liberación de la víctima exenta de grave daño. Esta atenuante especial se encuentra en el Art. F, que distingue dos hipótesis. En su inciso primero establece una atenuación con efectos moderados, que opera dentro del marco legal, pero forzosa, si hay liberación. La finalidad de la regla es proteger la vida de la víctima incluso renunciando (parcialmente) a la pena merecida. Por esta razón la atenuación es forzosa y tiene lugar aun cuando el responsable haya obtenido su propósito coercitivo: ese es el momento de mayor vulnerabilidad de la víctima. En su inciso segundo establece, en cambio, una atenuación con mayores efectos, que puede operar incluso por debajo del marco legal, pero facultativa. La finalidad de esta regla es reconocer un efecto atenuante a la decisión del responsable que respecto del propósito coercitivo ulterior es equivalente al desistimiento de la tentativa acabada.

Con esta regulación la propuesta corrige el error en que incurrió la Ley 19.241, que introdujo el Art. 142 bis del Código Penal. Esta ley, si bien estableció la diferenciación entre ambos supuestos, asoció a ellos las consecuencias atenuatorias equivocadas⁶.

Art. G El Art. G regula el delito de tortura, recogiendo las dos condiciones básicas de los instrumentos internacionales, esto es, que la víctima sea una persona privada de libertad, y que la acción consista en un maltrato que ocasiona grave sufrimiento corporal o mental o bien en la aplicación de métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental⁷. La terminología utilizada, en particular la de la segunda hipótesis, no es particularmente precisa pero corresponde literalmente a las convenciones internacionales.

El inciso segundo establece como hipótesis calificada la comisión del delito como medio coercitivo. Este supuesto abarca la tortura en sentido estricto, esto es, la empleada como medio para la obtención de información, que pasa a tener

⁶ El AF-2005 sólo conservó una atenuación obligatoria en uno o dos grados para el caso que se devolviera voluntariamente al ofendido libre de todo daño.

⁷ Art. 1 de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos y Degradantes, de 1984; Arts. 2 y 3 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, de 1985.

la estructura de delito cortado de resultado, equivalente a una calificación por regla especial de lo que de otro modo sería un concurso ideal entre tortura (Art. G inciso primero) y tentativa de coacción (Art. A o B).

Los casos más graves de tortura desde el punto de vista de la protección de la vida y la salud de la víctima quedan entregados a reglas especiales sobre agravación de la pena (*infra*, Arts. M y N).

Con el fin de reducir al máximo los problemas de aplicación de la norma, la propuesta prescinde de la tipificación de la tortura como delito especial. En lugar de ello, para el caso de comisión por funcionario se establece una agravación de la pena (*infra*, Art. L).

Art. H El Art. H sanciona con pena de inhabilitación –y multa copulativa facultativa (Art. O N° 1)- infracciones a reglas constitucionales y legales que establecen garantías para las personas se encuentran privadas de libertad. Tal como la tortura, estas infracciones son compatibles con la legalidad de la privación de libertad. Es más, la sanción por la infracción de la garantía –esto es, el reforzamiento penal de la garantía aisladamente considerada- sólo tiene sentido allí donde se puede apreciar una conexión relevante entre la práctica de la privación de libertad y los legítimos procedimientos de privación de libertad; de lo contrario, la privación de libertad es ilegítima y la ilicitud que corresponde fácticamente a la infracción de las garantías –eventualmente, de todas ellas- se expresará por regla general en la consideración de un grave abuso del cargo por parte del funcionario público, lo que conduce a la calificación del hecho como crimen conforme al Art. C inciso segundo N° 2. En ese caso, carece de sentido la finalidad de asegurar la vigencia de garantías procedimentales respecto de la víctima, salvo por la prohibición de la tortura. El campo de aplicación del Art. H se encuentra, por lo tanto, en privaciones de libertad en lo demás legítimas, o bien erróneamente asumidas como tales por el autor del agravio, o por último, en privaciones de libertad incompletamente justificadas. En otras palabras, se trata de una ilegalidad cuya constatación conducirá por regla general a su subsanamiento procedimental, pero no al cese de la privación de libertad. Lo dicho no quita que una privación de libertad inicialmente justificada pueda devenir en ilegítima, precisamente en virtud de la prolongación de la infracción de garantías procedimentales. Los casos más obvios son la omisión de poner a la persona privada de libertad en contacto con el Ministerio Público o el tribunal y la mantención de la persona privada de libertad en un lugar distinto del previsto por la ley, como lo demuestra el actual inciso final del Art. 149 CP⁸. Para esos casos el artículo H dispone un tratamiento agravado, atendida su prolongación, y deja abierta la cuestión de su eventual calificación como delito de privación de libertad. El catálogo de agravios menos graves, que sustituye a las hipótesis del Art. 149 CP, se encuentra consagrado en el inciso primero del artículo H. Para su redacción se se ha tomado en consideración la Constitución de 1980, el Código Procesal Penal y el Anteproyecto del Foro de 2005 (Art. 120), procurándose

⁸ El caso del funcionario que, teniendo a su cargo la policía administrativa o judicial y sabedor de cualquiera detención arbitraria, no la hiciere cesar, teniendo facultad para ello (Art. 149 N° 5 CP) no es incluido en el Art. H, porque se lo considera como un supuesto de comisión por omisión del delito de privación de libertad.

generalizar sus reglas, para evitar el riesgo de desfase en caso de eventuales modificaciones legales.

Los agravios más graves, actualmente tipificados en el Art. 150 CP, son mantenidos sin mayor variación por la propuesta, en los números 2° y 3° del inciso segundo del Art. H. A ellos se agrega la prolongación por más de 24 horas de la omisión de conducir oportunamente a una persona privada de libertad a la presencia del tribunal o del Ministerio Público, o darles noticia del hecho. El inciso tercero establece una pena adicional de prisión para el caso de la prolongación por más de 3 días de la omisión de poner a la persona privada de libertad en contacto con el Ministerio Público o el tribunal y la mantención de la persona privada de libertad en un lugar distinto del previsto por la ley. La prolongación de la incomunicación o el rigor innecesario tiene suficiente expresión en la eventual calificación del hecho como tortura.

Art. I

El Art. I de la propuesta regula la trata de personas en el sentido del Art. 3°-a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata o tráfico de personas⁹. La redacción del supuesto de hecho se encuentra tomada en términos prácticamente literales de esa convención internacional. Esta fórmula típica es inadecuada en varios sentidos. En su afán por describir toda la cadena de la trata de personas, la convención tipifica en un mismo nivel, junto a las dos acciones principales –trasladar personas y recibir a las personas trasladadas-, acciones preparatorias –captarlas- o de cooperación –transportarlas, acogerlas-. Incluso la versión oficial en español es lingüísticamente deficiente: “reclutamiento” sería mejor traducción de “*recruitment*” que “captación”, y “albergue” sería mejor traducción de “*harbouring*” que “acogida”. Por último, la descripción de la tendencia interna trascendente (el propósito de explotación) es particularmente deficiente: para algunos casos se limita a reiterar el término “explotación”, para otros descansa en las descripciones de convenciones internacionales, y tratándose de la extracción de órganos ni siquiera incluye una mención al abuso o aprovechamiento que la haría un caso de explotación. Sin embargo, la convención internacional impone a los Estados parte un deber de tipificación tan estricto que no deja margen al ejercicio de la prerrogativa de configuración del supuesto de hecho por el legislador nacional¹⁰.

El delito se estructura como un delito mutilado de dos actos, caracterizado objetivamente por un acto cometido por medios abusivos sobre una persona y subjetivamente por el propósito de realizar por sí mismo o por un tercero un acto de explotación sobre la víctima del acto abusivo. Tratándose de menores

⁹ El Protocolo es una convención complementaria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000 (“Convención de Palermo”).

¹⁰ “Artículo 5. *Penalización*. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente. / 2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: / a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; / b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y / c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.” Las reglas generales aprobadas por la comisión dan cumplimiento a los deberes de tipificación establecidos por el Art. 5-2-a) y b) del Protocolo. El cumplimiento del deber de tipificación establecido por el Art. 5-2-c) requiere el tratamiento del delito de asociación ilícita.

de 18 años, conforme a las exigencias de la convención internacional, todo acto típico realizado con esa tendencia interna trascendente es abusivo.

La convención internacional menciona dentro de los modos de abuso el “raptor”. Ese término corresponde al inglés “*abduction*”, esto es, la privación de libertad ambulatoria. Dado que la trata de personas mediante privación de libertad (o sustracción de menor de 12 años, en el sistema de la propuesta) implica un caso de concurso ideal, se propone una regla especial para ese caso, como tipo calificado de los delitos de privación de libertad y sustracción de menor (Art. E N° 2).

La propuesta distingue nítidamente el delito de trata de personas del delito tráfico ilegal o contrabando de migrantes, que es materia de otro Protocolo a la Convención de Palermo. Por una parte, la trata de personas no requiere ser un delito transaccional: el traslado de personas de regiones rurales a urbanas o viceversa dentro de un mismo país puede generar el mismo fenómeno de la explotación mediante aprovechamiento de un estado de vulnerabilidad debido al desarraigo. Por otra parte, la ilicitud del tráfico de migrantes no se fundamenta en la explotación del migrante, sino en la infracción de las reglas y procedimientos que los Estados disponen para controlar el ingreso a su territorio. La confusión entre una y otra figura caracteriza al Anteproyecto del Foro de 2005 (Art. 121). La regulación introducida por la Ley 20.507 (D.O. 08.04.2011) en el Código Penal, si bien distingue entre uno y otro delito (Arts. 411 bis, 411quáter) les asigna un mismo tratamiento sistemático. Eso no es correcto: el tráfico de migrantes no es un delito contra la libertad.

Art. J La propuesta incorpora también el delito de esclavitud, tal como es concebido por las convenciones internacionales a las que hace referencia en su inciso final. Para esos efectos, se menciona las cuatro formas básicas de comisión (reducción, inducción, transporte, trata: esta última es la genérica) y se efectúa una remisión a los instrumentos internacionales que definen su sentido. Con esta tipificación, y la regla de calificación de la privación de libertad cometida como parte de la comisión de cualquiera de estas formas básicas de esclavitud (Art. E N° 2), se satisface íntegramente las exigencias del derecho internacional. Para el caso de concurso aparente entre esclavitud y trata de personas se establece una regla que da a éste último el carácter de cargo preferente y exclusivo.

Art. K El Art. K declara punible la tentativa de los simples delitos contra la libertad. La excepción la constituyen las infracciones a las garantías de la persona privada de libertad, por su carácter formal. Tratándose del delito de coacción, la propuesta exige ejercicio del medio comisivo especificado para la punibilidad de su tentativa.

Art. L El Art. L establece una agravante con incidencia en la pena legal para el funcionario público que comete los delitos de sustracción de menores o incapaces, los tipos calificados de privación de libertad o sustracción, la tortura, la trata de personas y la esclavitud. A diferencia del tratamiento que la propuesta hace a propósito de los delitos de coacción (Art. B N° 2) y privación de libertad (Art. C-ii N° 2), en estos casos

no se requiere distinguir entre una comisión del delito con grave abuso del cargo y una mera comisión del delito sin causa de justificación (eventualmente, con justificación incompleta). Dado que la realización de las acciones típicas a que se refiere el Art. L no forma parte de las atribuciones de los funcionarios públicos, no se requiere un tratamiento diferenciado de su intervención punible.

Arts. M/N

Los Arts. M y N consagran dos reglas para el tratamiento de la puesta de la víctima en serio peligro de muerte o de grave daño a su salud, y de su homicidio o de la comisión de lesiones gravísimas en su contra. Conforme a estas reglas:

- (i) la puesta en serio peligro de la víctima constituye una agravante calificada (Art.M);
- (ii) la comisión dolosa o con imprudencia simple de homicidio o lesiones gravísimas constituye una agravante muy calificada respecto de la pena a imponer por estos delitos (Art. N incisos primero y segundo, segunda oración);
- (iii) la comisión con imprudencia temeraria de homicidio o lesiones gravísimas se sujeta al mismo tratamiento que la comisión dolosa (Art. N inciso segundo, primera oración);
- (iv) la comisión dolosa o imprudente de homicidio o lesiones gravísimas implica por definición la concurrencia de la agravante (i) en relación con la pena a imponer por el respectivo delito contra la libertad (Art. N inciso final);
- (v) las penas determinadas conforme a (i) y conforme a (ii) o (iii) se sujetan a las reglas generales sobre concurso de delitos (Art. N inciso final).

La propuesta prescinde de calificar o agravar la pena por la comisión de abusos sexuales (incluida la violación) en la persona de la víctima de una privación de libertad o sustracción de menores, diferenciándose así del Código Penal (Art. 141 inciso final) y del Anteproyecto del Foro de 2005 (Arts. 115 inciso final, 116 inciso final). Tal como lo dejaba entender la vieja disputa acerca de la realización de las miras deshonestas en el contexto del delito de rapto, las posibilidades de relación concursal entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual son múltiples. Dependiendo de la intensidad comparativa de la lesión de uno y otro bien jurídico, la solución correcta puede ser tanto la apreciación de un auténtico concurso de delitos como de un concurso aparente, ya sea con aplicación preferente de la norma que sanciona el delito contra la libertad (cuando el abuso sexual sea de mínima relevancia) o de la norma que sanciona el delito contra la libertad sexual (cuando la privación de libertad o la sustracción admita ser considerada como parte de la ejecución de la violencia o la amenaza grave propias del abuso sexual). Atendida esa plasticidad de las relaciones concursales, una calificación de la privación de libertad por la comisión de violación o abuso sexual genera un riesgo demasiado elevado de tratamiento inadecuado para los casos que deberían ser resueltos como concurso aparente.

Art. Ñ

El Art. Ñ dispone la aplicación conjunta de la pena de multa con las penas previstas por las reglas de los §§ 1 a 4. Tratándose de los simples delitos que sólo conllevan pena privativa de libertad (B, C inciso primero) o sólo conllevan pena de inhabilitación (Art. H), la multa es facultativa para el tribunal.

Tratándose de los crímenes con motivación económica (Arts. E N° 1 y 2, I y J), la multa es obligatoria.

- Art. O El Art. O establece penas (conjuntas y obligatorias para el tribunal) de inhabilitación para todo cargo u oficio público para el funcionario público que interviene a cualquier título en la comisión de los delitos contra la libertad. La extensión de la pena se determina en una escala, partiendo con la comisión de homicidio o lesiones gravísimas contra la víctima como el caso más grave, y terminando con la comisión del delito de coacción como el caso menos grave.
- Art. X El Art. X sanciona el delito de amenazas, correlativo a la actual hipótesis de amenaza incondicional de mal constitutivo de delito (Art. 296 N° 3). La amenaza (simple) no es un delito contra la libertad: su eventual efecto coercitivo no es una condición legal de la punibilidad y por lo tanto no requiere ser imputado al amenazador. La propuesta sugiere darle el tratamiento sistemático que tiene actualmente el Código Penal, como delito contra la seguridad pública. Ese tratamiento –que proviene de la codificación belga del siglo xix- es consistente con la consideración doctrinaria de la amenaza simple como un delito de peligro, en el sentido de una protección de flanco de las expectativas normativas relativas a la intangibilidad de los bienes con cuyo daño se amenaza. La propuesta prescinde de tipificar entre los delitos contra la libertad un tipo de acoso (*stalking, Nachstellung*). Si se considerara político-criminalmente justificado incluir dentro del Anteproyecto un delito semejante, el apartado sistemático más adecuado para ello parecería ser el de los delitos contra la intimidad, haciendo del acoso un delito de intrusión emparentado con el allanamiento de morada.
- Art. Y N° 1 El Art. Y N° 1 sustituye la actual mención al delito de amenazas por el Art. 54-d) del Código Procesal penal como delito de acción pública previa denuncia del ofendido por una mención del delito de amenaza (simple) y del delito de coacción.
- Art. Y N° 2. El Art. Y N° 2 introduce en el Art. 170 del Código Procesal Penal una regla que facilita la denuncia de la coacción bajo la amenaza de denunciar un delito (chantaje, al menos el extra-patrimonial), cuando el delito con cuya denuncia se amenaza no es más grave que el chantaje –medido conforme a su pena máxima- y siempre que se trate de una amenaza constitutiva de medio comisivo de una coacción punible. Su fuente se encuentra en el § 154-d) de la Ordenanza Procesal Penal alemana.
- Art. Z El Art. Z deroga la norma punitiva especial de la tortura, actualmente contemplada en el Art. 19 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, para someter los casos subsumibles bajo ese supuesto de hecho a la norma punitiva general del Código Penal.