

PROBLEMAS SELECCIONADOS DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES¹

JAVIER ESCOBAR VEAS
Universidad Diego Portales

SUMARIO: I. Inicio de la ponencia. II. Breve reseña histórica. III. Primer problema: la importancia del bien jurídico protegido y la acción típica para determinar el sujeto activo. 1. Bien jurídico. 2. Acción típica. 3. Sujeto activo. IV. Segundo problema: ¿qué figuras típicas pueden aplicarse en casos que la sustracción de menores no proceda? 1. Primera situación. 2. Segunda situación: menores que no se encuentran en alguna esfera de resguardo. V. Tercer problema: consentimiento de la persona a cargo del menor y de éste, y medidas comisivas. VI. Cuarto problema: relación entre el delito de sustracción de menores y otros tipos penales afines. VII. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: sustracción de menores, secuestro, bien jurídico protegido, concurso de delitos.

I. INICIO DE LA PONENCIA

Yendo al asunto que nos convoca, esta ponencia trata sobre el análisis de algunos problemas seleccionados del delito de sustracción de menores, del art. 142 del Código Penal chileno.

¿Qué problemas puede haber con el delito de sustracción de menores? Respecto de este delito se produce una situación curiosa: prácticamente existe unanimidad a su respecto; sin embargo, creo que existen algunos asuntos pendientes que vale la pena clarificar, toda vez que el ilícito ha sido recogido en los últimos dos proyectos del nuevo Código Penal.

Les quiero pedir que imaginemos el siguiente caso: un padre encierra a su hijo, quien vive con él y tiene 10 años de edad, durante dos años. Luego es detenido. Más adelante me referiré a este caso concreto, no obstante les pediré que lo recuerden hasta entonces.

La estructura de esta ponencia consta de cuatro partes, distintas y diferenciadas. Se abordarán cuatro tópicos problemáticos –según nuestra opinión, por supuesto– los cuales son los siguientes: 1) la importancia del bien jurídico protegido y la acción típica para determinar al sujeto activo; 2) ¿qué figuras típicas pueden aplicarse

¹La presente ponencia constituye una versión adaptada de la publicación *Faz objetiva del delito de sustracción de menores*, publicado en la *Revista Política Criminal*, V. 10, N° 20, de diciembre de 2015, disponible en www.politicacriminal.cl.

en casos en que la sustracción de menores no proceda?; 3) consentimiento de la persona a cargo del menor y de éste, y modalidades comisivas; 4) relación entre el delito de sustracción de menores y otros tipos penales afines.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación revisaremos brevemente la evolución histórica del tipo penal en estudio.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El delito de sustracción de menores es bastante antiguo. Ya se encontraba en el Fuero Juzgo y en las Partidas.

El Código Penal español de 1822 contempló este delito en su artículo 664, en los siguientes términos:

“El que por fraude o violencia robare o hiciere robar algún menor, o le sacare o separare, o hiciere sacar o separar del lugar en que estaba puesto por las personas bajo cuya autoridad o dirección estaba, o a quien había sido confiado, será castigado con la pena de reclusión”.

El Código Penal español de 1848 mantuvo el delito analizado, pero introdujo modificaciones sustanciales. La más importante fue que limitó la edad del sujeto pasivo a siete años. En efecto, su texto era: *“la sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal”*².

En Chile, según las actas de la Comisión del Código Penal, el origen directo de este delito es el art. 408 del Código Penal español de 1848.

En la versión original, el art. 142 sancionaba la sustracción de un menor de 10 años con presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si el menor tenía más de 10 y menos de 20, la pena era de presidio menor en cualquiera de sus grados.

En el año 1950 se promulgó la ley N° 9.762, que modificó de manera importante el texto del artículo 142. Esta modificación mantuvo la diferencia penológica que dependía de la edad de la víctima (si el sustraído era mayor o menor de diez años), pero introdujo diversas hipótesis calificantes y una atenuante especial³. Esta última consistía en que si antes de iniciarse el procedimiento judicial, el raptor devolvía voluntariamente al menor sustraído, libre de todo daño, a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podía imponérsele una pena inferior en dos grados.

² PACHECO, Joaquín, El Código Penal concordado y comentado, reedición de la tercera edición de 1867 (Madrid, 2000), p. 1163.

³ Por razones de tiempo no será posible abordar esta atenuante especial, actualmente consagrada en el art. 142 bis.

En los años 1983⁴ y 1993⁵ se modificó sucesivamente el artículo 142, sobre todo en relación a las circunstancias calificantes y las penas a imponer. Este último año se eliminó la diferencia penológica dependiente de la edad de la víctima.

III. PRIMER PROBLEMA: LA IMPORTANCIA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA ACCIÓN TÍPICA PARA DETERMINAR AL SUJETO ACTIVO

1. *Bien jurídico*

A diferencia de lo que sucede en el delito de secuestro, donde existe unanimidad a nivel nacional como comparado en que el bien jurídico protegido es la libertad, en el delito de sustracción de menores el punto ha sido discutido.

Al respecto existen dos tradiciones, denominadas clásicas. La primera de ellas, a la cual adscribe la mayoría de nuestra doctrina⁶, sostiene que el delito del art. 142 atenta contra la libertad y la seguridad individual del menor. Argumentan en base a la ubicación sistemática del ilícito⁷, y además a la alta penalidad del mismo.

La segunda postura propugna que el bien jurídico protegido es la familia, las relaciones filiales, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, etc. Manuel Cobo, por ejemplo, señala lo anterior en términos expresos⁸.

No puedo dejar de mencionar que en la última década es posible encontrar sentencias que han desarrollado una postura mixta. Así, por ejemplo, dos sentencias del TOP de Antofagasta, de los años 2006 y 2009⁹. En el mismo sentido una

⁴ Ley N° 18.222.

⁵ Ley N° 19.241.

⁶ En este sentido ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, tomo III, 3ª ed. (Santiago, 1998), p. 211; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed. (Santiago, 2006), p. 211; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, 7ª ed. (Santiago, 1983), pp. 33 y 34; BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed. (Barcelona, 1991), p. 108; HERMOSILLA, Nurielín, *Sustracción de menores: ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142*, Memoria de Prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago, 1963), p. 11; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª ed., (Sevilla, 1983), p. 140; y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I, vol. II, 2ª ed. (Madrid, 1972), pp. 930 y 931.

⁷ Libro II, Título III, Párrafo 3º del Código Penal, “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares”.

⁸ COBO, Manuel, *Consideraciones Técnico-Jurídicas sobre la Sustracción de Menores*, en *Separata de Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid, 1961), p. 229. En el mismo sentido, PACHECO, *op. cit.*, pp. 1165; y CARRARA (1978), pp. 447 y ss.

⁹ Rit 95-2005 y 175-2009.

sentencia del 3° TOP¹⁰ de Santiago y otra del 6° TOP¹¹ de la misma ciudad. En estas resoluciones se ha señalado que lo protegido es tanto la libertad y seguridad, como la familia y los derechos de la patria potestad.

¿Cuál es mi opinión? No podemos sino concordar con la doctrina nacional, en el sentido de que lo protegido es efectivamente tanto la libertad como la seguridad individual del menor. Compartimos los argumentos dados, pero añadimos uno que desde mi perspectiva no ha sido tomado en cuenta.

Si uno revisa el art. 354 inc. 2° del Código Penal, se dará cuenta que dicha norma sanciona, entre otros, la sustracción de un hijo legítimo o ilegítimo con el ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil. Como se puede apreciar, ambos tipos penales, tanto el del art. 142 como el del 354 inc. 2°, suponen la sustracción de un menor, estando ambos en una relación concursal. Ésta no puede ser aparente, toda vez que el art. 354 supone un ánimo subjetivo especial, denominémoslo un elemento subjetivo distinto del dolo. Así las cosas, este ánimo constituye un plus de disvalor, no abarcado por el delito del art. 142. La relación concursal será, entonces, real o ideal.

El art. 354 demuestra, con claridad, que los derechos tutelares y la familia no se protegen con el art. 142, sino que por los delitos contemplados en los arts. 353 y siguientes.

Los bienes jurídicos son, por tanto, la libertad y la seguridad, pero con una precisión: ambos están en una relación inversamente proporcional. Esto significa que cada uno aporta un contenido de injusto, hasta completar el total. Sin embargo, conforme al desarrollo del menor la importancia de cada uno en ese todo va cambiando, desplazando la libertad a la seguridad.

2. Acción típica

La norma es inequívoca en este sentido, ya que castiga la sustracción de un menor de dieciocho años. La acción típica es, por tanto, sustraer.

Los autores, tanto nacionales como comparados, han sido homogéneos en este punto. Sustraer significa sacar al menor de la esfera de resguardo en que se encontraba¹². Así también lo ha entendido nuestra jurisprudencia.

¹⁰ Rit 172-2007.

¹¹ Rit 120-2006.

¹² ETCHEBERRY, Derecho Penal, *op. cit.*, p. 211; LABATUT, *op. cit.* p. 33; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 212; BALMACEDA, Gustavo, Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Santiago, 2014), p. 174; GARRIDO, Mario, Derecho Penal, tomo III, 4ª ed. (Santiago, 2005-2010), p. 397; Hermosilla, *op. cit.*, p. 31; ZENTENO, Julio, Modificaciones al Código Penal 1979-1983, Modificaciones Legales del Quinquenio 1979-1983 (Santiago, 1984), p. 255; CUELLO,

¿Debe ser permanente la sustracción, o al menos realizarse con dicho ánimo? En sentencia rol N° 129-2007, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas señaló que no, citando para dichos efectos a Labatut. La Corte concluyó que en la hipótesis básica el art. 142 no contempla ninguna exigencia subjetiva especial distinta del dolo, con lo cual estamos de acuerdo.

3. Sujeto activo

Sobre este punto es mayoritaria en nuestra doctrina la opinión que excluye, como sujetos activos, a las personas que tengan a su cargo al menor y, además, a los padres del mismo.

Respecto de la exclusión de los padres, a modo de ejemplo, Etcheberry sostiene que los padres no pueden ser sujetos activos de este delito, y razona en base a la alta pena asignada y al texto antiguo del art. 142 bis¹³. En el mismo sentido otros autores nacionales. Debo señalar que en sentencia del 3° TOP la tesis de Etcheberry fue acogida. Ahora, lo curioso es que la sentencia mencionada es del año 2007, y la atenuante especial del art. 142 bis fue modificada en 1993.

De otra opinión sería Garrido, quien ha expuesto que el legislador no hizo exigencias respecto del sujeto activo, por tanto no se requieren características especiales¹⁴. En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia rol N° 1192-2008. La Corte sostuvo que el actual artículo 142 del Código Penal constituye un tipo abierto, que no está restringido a ciertas o determinadas personas. Agregó además que cuando nuestro legislador ha querido restringir el campo de aplicación del sujeto activo lo ha dicho expresamente, por ejemplo, en el delito de abandono de personas desvalidas del artículo 347.

¿Las exclusiones planteadas, a favor de quien tiene al menor a su cargo y de los padres del mismo, están justificadas?

Eugenio, Derecho Penal, tomo II, vol. 2, 14ª ed. (Barcelona, 1982), p. 750; SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 4ª ed. (Buenos Aires, 1987), p. 65.

¹³ ETCHEBERRY, Derecho Penal, *op. cit.*, p. 212, sostiene su argumento a la luz de la antigua redacción de la atenuante especial contemplada para la sustracción de menores, que favorecía al agente que devolvía al menor a sus padres. Como la atenuante no distinguía, se decía que podía ser a cualquiera de los padres, incluso a aquel que no contaba con el cuidado del menor. Entonces, esta aparente contradicción con la atenuante especial llevó a Etcheberry a concluir que los padres nunca podían ser sujeto activo. Hoy en día este argumento no es procedente, ya que la actual redacción de la atenuante especial, contenida en el artículo 142 bis, solamente exige que la víctima sea devuelta sin daño, con lo cual los posibles receptores del menor son todos. También excluyen a los padres como sujetos activos POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*; LABATUT, *op. cit.*; HERMOSILLA, *op. cit.*, y ZENTENO, *op. cit.*

¹⁴ GARRIDO, *op. cit.*, p. 398.

Tanto el bien jurídico protegido por el delito de sustracción de menores como la acción típica son relevantes para determinar lo anterior.

Respecto de los bienes jurídicos protegidos (libertad y seguridad, recordemos), soy de la opinión que no excluyen a ningún potencial sujeto activo. Tanto un padre como un tercero pueden atacar contra ellos. Imaginemos el siguiente caso: un padre contrata a un malhechor para que éste concurra hasta el domicilio de la ex pareja, y sustraiga al hijo en común, llevándolo hasta una cabaña en el sur. ¿Este padre no afectó la libertad y seguridad del menor? Creo que no hay ninguna razón para excluir a los padres, en abstracto, del círculo de posibles sujetos activos.

Respecto de la acción típica, ésta sí excluye a ciertas personas del círculo de posibles sujetos activos del delito. En efecto, no podrá cometer sustracción aquella persona que tenga dentro de su esfera de custodia al menor. De esta forma, el que se niega a entregar a un menor que está bajo su esfera de cuidado no comete el delito de sustracción de menores. Podrá cometer otros delitos, por supuesto que sí, pero no el delito del art. 142.

No podemos finalizar este apartado sin antes efectuar una crítica de *lege ferenda*. Si los bienes jurídicos protegidos son la libertad y la seguridad individual, nos parece excesivo el límite de dieciocho años que contempla el artículo 142. Particularmente revelador sobre este punto son las antiguas redacciones de este delito, tanto en la versión original del Código Penal chileno como en el Código Penal español de 1848. Este último cuerpo legal sancionaba la sustracción de un menor de siete años, y nuestro Código Penal original hacía una importante diferencia penológica dependiendo de si el menor sustraído tenía más o menos de diez años. Así, nos parece que la propuesta contenida en los últimos dos proyectos de nuevo Código Penal, en orden a limitar la edad del sujeto pasivo a doce años, es positiva.

IV. SEGUNDO PROBLEMA: ¿QUÉ FIGURAS TÍPICAS PUEDEN APLICARSE EN CASOS EN QUE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES NO PROCEDA?

Como ya lo señalamos, la acción típica restringe el círculo de posibles sujetos activos, pero no solamente eso, sino que también restringe el círculo de posibles sujetos pasivos.

Las constelaciones fácticas son infinitas. Algunas caerán dentro de hipótesis de riesgo permitido –o adecuación social, según sus opiniones–, pero otras merecerán protección penal. Sobre estas últimas, podemos citar dos hipótesis.

1. Primera situación

Volvamos al caso planteado al principio. Un padre encierra a su hijo en la casa que comparten ambos, durante dos años.

En estos casos la sustracción de menores no será procedente, por lo dicho anteriormente. El padre tiene dentro de su esfera de resguardo al menor. ¿Qué

delitos pueden aplicarse? Las opciones son varias: amenazas, falta de coacciones, maltrato habitual, etc. Todo dependerá de los requisitos específicos de cada tipo. Sin embargo, quiero detenerme en el delito de secuestro. ¿Es procedente?

Unánimemente se ha entendido, hasta el día de hoy, que el sujeto pasivo del delito de secuestro debe ser una persona mayor de 18 años. Esto debido a que el sujeto pasivo del delito de sustracción de menores debe ser un menor de 18 años, como lo dispone el art. 142.

Discrepamos de esta interpretación, por dos razones: primero, porque la ley no lo exige, y por tanto constituye una limitación injustificada del ámbito de protección penal; y segundo, porque todos estos casos pueden y deben ser sancionados a título de secuestro.

Casos como el planteado al inicio de esta ponencia son aquellos en los que nuestra doctrina no se ha detenido. Dichas situaciones, conforme a la interpretación tradicional, no serían punibles ni a título de sustracción de menores ni de secuestro.

No entendemos por qué la doctrina, después de tratar adecuadamente la acción típica del delito de sustracción de menores, sin más se asegura que el sujeto pasivo del delito de secuestro debe ser un mayor de dieciocho años, sin detenerse en las graves y negativas consecuencias que ello provoca. Debido a lo anterior, somos de la opinión de que el sujeto pasivo del delito de secuestro es cualquier persona, y por tanto este delito es una figura amplia¹⁵.

2. Segunda situación: menores que no se encuentran en alguna esfera de resguardo

Estos menores, que denominaremos en términos amplios en estado de vagancia –sin significación peyorativa–, no están dentro de ninguna esfera de resguardo. Este estado puede ser transitorio o permanente. En la práctica será relativamente fácil determinar si el estado es permanente, pero no así si es transitorio.

Esta cuestión tiene la máxima importancia, ya que respecto de estos menores no se puede configurar el delito en estudio. Así, la acción típica también restringe el círculo de posibles sujetos pasivos.

¹⁵ Existe un caso en que nuestra jurisprudencia se pronunció en este mismo sentido. En sentencia rol N° 27440-2001, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, se condenó a los imputados como autores del delito de secuestro, en circunstancias que las víctimas eran menores de edad. Los hechos fueron, resumidamente, los siguientes: los tres autores trabajaban en un establecimiento comercial (uno de ellos como administrador y los demás como guardias de seguridad). Con fecha 21 de enero de 1995, ingresaron a dicho establecimiento seis menores de edad, cuyas edades oscilaban entre los once y los diecisiete años. Los imputados, tras observar a las víctimas durante un lapso determinado, sospecharon que éstas estaban hurtando al interior del establecimiento, razón por la cual, mediante fuerza e intimidación, los encerraron en una bodega y les causaron diversas lesiones y tormentos.

Entiendo que cuando el adulto responsable no esté en condiciones de ejecutar sus potestades de manera directa o a través de un tercero, de manera más o menos expedita, se podrá decir que el menor no está dentro de una esfera de resguardo.

¿Qué sucede si estos menores son detenidos o encerrados por un tercero?

La situación de estos menores es similar a la descrita anteriormente. No podrán ser víctimas del delito de sustracción de menores, sin perjuicio de que a su respecto puedan configurarse otros delitos, incluido el de secuestro. Todo dependerá, nuevamente, de las circunstancias concretas del caso y de los requisitos de cada tipo penal en particular.

Afirmar que se puede configurar el delito de sustracción de menores, como lo insinuó Hermosilla, por ejemplo, al denominar estos casos como de sustracción impropia, constituiría analogía *in malam partem*, proscrita en virtud del principio de legalidad.

El 3º TOP de Santiago definió la esfera de custodia como el espacio de protección que le brindan al menor las personas obligadas por ley a ello y también aquellas que no estando en dicha calidad adquieren ese deber por la situación especial en que se encuentran (por ejemplo, niñeras).

V. TERCER PROBLEMA: CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA A CARGO DEL MENOR Y DE ÉSTE, Y MODALIDADES COMISIVAS

Me atrevería a sostener que todos estamos al tanto de la discusión sobre los efectos jurídicos del eventual consentimiento del menor sustraído.

El art. 142 no dice nada al respecto, pero sí el art. 357, norma que sanciona al que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone su hogar. Según la doctrina mayoritaria¹⁶, si se interpretan sistemáticamente ambas disposiciones se llega a la siguiente conclusión: en caso de que la víctima tenga menos de diez años, su consentimiento es irrelevante, configurándose siempre un delito de sustracción de menores. Ahora, en caso de que la víctima tenga más de diez años y menos de dieciocho, es posible que su consentimiento válido desplace el delito del art. 142, pudiendo aplicarse, si procede, el del art. 357.

Cabe agregar que parte de la doctrina¹⁷ y jurisprudencia¹⁸ han señalado que el delito de inducción al abandono del hogar exige que el agente obre con el propósito de atentar contra el estado civil del menor, atendida la ubicación del delito

¹⁶ GARRIDO, *op. cit.*, pp. 398 y 399, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 212 y 213, ETCHEBERRY, *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 212 y 213, HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

¹⁷ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸ Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 31 de octubre de 1934 (GT 1934, 272.273). La resolución es citada en POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 213.

dentro de nuestro Libro II. Sin embargo, no podría estimarse este criterio como dominante, ya que la mayoría de la doctrina no hace alusión al mismo, y también es posible encontrar sentencias en que el tribunal no alude al tema específico.

En lo que respecta al consentimiento de la persona que tiene al menor dentro de su esfera de custodia, según mi opinión dicho consentimiento constituye una causal de atipicidad si se presta antes de que se realice la “sustracción”. Aun cuando el tipo penal no exija que la sustracción se lleve a cabo sin el consentimiento del adulto a cargo del menor, nos parece que ello fluye de la misma naturaleza del delito en cuestión¹⁹. El término mismo de sustracción supone falta de acuerdo por parte del cuidador. De esta forma, cuando el encargado del menor lo entrega a otra persona para que ésta cuide de él, no existe siquiera una acción de sustracción.

De esta forma, no estamos de acuerdo con Etcheberry, quien sostiene que el consentimiento de los padres o guardadores no tiene ningún efecto como causal de justificación, ya que *“ellos no tienen derecho para disponer de la seguridad del menor, 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”*.

Respecto de los medios comisivos, es decir, las diversas formas que puede adoptar la acción típica en el caso concreto, debemos expresar desde ya que estos son múltiples.

Algunos no presentan problema alguno, tales como la violencia o intimidación. Si el agente, mediante violencia, toma al menor y se lo lleva consigo, cometerá sustracción de menores. Lo mismo sucederá si emplea intimidación. La violencia o intimidación puede ser igualmente empleada contra un tercero, como el caso del autor que amenaza al padre del menor y obliga a éste a irse con él.

El engaño, en cambio, sí presenta algunas dificultades. Para un adecuado estudio, se distinguirá si el engaño se dirige contra el menor o contra la persona a cargo de éste.

Si el engaño se dirige contra el propio menor, se debe a su vez diferenciar si éste tiene más o menos de 10 años. En el primer caso, según lo ya dicho, su consentimiento es irrelevante, por tanto, siempre se apreciará un delito de sustracción de menores.

En cambio, en caso de que el menor tenga más de 10 años, su voluntad cobra importancia para estos efectos, ya que no siempre y en todo caso se configurará un delito de sustracción de menores.

¹⁹ Lo mismo ocurre en el delito de violación del art. 361. Bien sabido es que, aun cuando el tipo penal no exige que la violación sea sin el consentimiento de la víctima, se ha entendido que si la víctima consiente en la relación sexual la acción es atípica. Ello porque de la naturaleza misma de la violación aparece como un elemento del tipo que la relación sexual sea sin el consentimiento de la víctima.

¿Qué condiciones o requisitos debe reunir, entonces, el engaño dirigido contra el menor para constituir acción típica de sustracción de menores? El engaño debe recaer y afectar la circunstancia de estar abandonando la esfera de resguardo, elemento que le otorga identidad a la acción de sustracción. Vale decir, si producto del engaño el menor no tiene conciencia de estar abandonando su esfera de custodia, estaremos ante una acción típica de sustracción de menores. A modo de ejemplo, si el autor le dice al menor que viene por instrucciones de su padre, y que debe irse con él, habrá sustracción de menores y no inducción al abandono del hogar, ya que el menor no sabe que está abandonando su esfera de resguardo. Éste cree precisamente lo contrario, que yéndose con este tercero se mantendrá en ella.

No habrá sustracción de menores, en cambio, cuando el menor comprenda que está abandonando su esfera de resguardo, a pesar de hacerlo motivado por consideraciones equivocadas, desventajosas o basadas en mentiras. Por ejemplo, si el autor le promete al menor matrimonio, dinero u otros bienes, no habrá sustracción de menores, ya que si bien existe un engaño, éste no versa sobre el hecho de estar abandonando la esfera de resguardo. En este caso podrá apreciarse un delito de inducción al abandono del hogar.

Si el engaño se dirige contra la persona encargada del menor, ¿qué consecuencias jurídicas se producen? Imaginemos un caso: el autor llega donde la madre de un menor y la engaña, diciéndole que debe entregarlo ya que él es funcionario del recinto asistencial de la ciudad, y su hijo debe ser vacunado en dicho lugar, como todos los demás menores. La madre entrega a su hijo, el agente se lleva al menor y desaparece.

¿Ante qué delito estaríamos? No cabe ninguna duda de que el consentimiento de la madre en el caso planteado está viciado. En efecto, ella entrega al menor motivada por un engaño.

Según nuestra opinión, en este caso se configura el delito de sustracción de menores. Esto, por cuanto el adulto no está consciente de que su esfera de custodia o resguardo se está destruyendo, sino que él cree que en la especie se configura un mandato de custodia. Así, la solución es la misma que en los casos anteriores: si el engaño recae sobre el hecho de estar destruyendo de manera definitiva la esfera de custodia, habrá sustracción de menores. En cambio, si el engaño recae sobre otro elemento distinto, no se configurará el delito en estudio. Por ejemplo: un agente intenta “comprar” a un menor, prometiendo una cuantiosa suma de dinero. El adulto a cargo del menor consiente en la “venta”, y entrega al menor. El agente escapa, sin entregar dinero alguno. En este caso no puede haber sustracción de menores, ya que el cuidador era consciente de estar destruyendo su propia esfera de custodia, sin perjuicio de la eventual configuración de otros delitos.

Para finalizar este problema, es pertinente citar una sentencia de 1956, en la cual nuestra Corte Suprema condenó a la encausada como autora del delito de

sustracción de menores, en circunstancias que ella había obtenido mediante engaños la entrega del menor y luego había huido con él²⁰.

VI. CUARTO PROBLEMA: RELACIÓN ENTRE EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES Y OTROS TIPOS PENALES AFINES

El delito comentado puede estar en relación de concurso aparente, real o ideal con múltiples delitos. Por ejemplo, el de secuestro, amenazas, maltrato habitual, falta de coacciones, etc. En todos estos casos existirá un concurso aparente, el cual se solucionará según los distintos principios que lo reglan. El razonamiento expuesto no debiera suscitar ninguna objeción, ya que si consideramos la alta pena asignada al delito de sustracción de menores afirmar que el mismo tiene una gran capacidad para absorber otros delitos afines que atenten contra bienes jurídicos similares resulta evidente.

Ahora, pasando a los delitos que atentan contra el estado civil de las personas, el análisis se complejiza.

A continuación analizaremos sucintamente los delitos de sustitución de menores (artículo 353)²¹, sustracción civil de menores (artículo 354 inciso segundo)²², y la retención de menores (artículo 355)²³, ilícitos todos que, para su configuración, requieren la intención por parte del agente de atentar contra el estado civil de la víctima.

En relación a la sustitución de menores, generalmente existirá una sustracción de menores del art. 142 previa o coetánea. En efecto, si el agente pretende sustituir a un niño por otro, a menos que ambos estén dentro de su esfera de resguardo, estará obligado a cometer una sustracción de menores, y ésta puede ser previa a la sustitución o simultánea. Así, la sustitución de menores estará siempre en una relación de concurso real o ideal con la sustracción que se cometa, y no aparente, toda vez que los bienes jurídicos afectados son distintos. En efecto, el ánimo de atentar contra el estado civil del menor le agrega un plus de injusto a la sustracción del art. 142. Dicho en palabras simples, uno puede sustraer por varios motivos,

²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966*, tomo II, 1ª ed. (Santiago, 1968), p. 414.

²¹ “*La suposición de parto y la substitución de un niño por otro, serán castigados con las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales*”.

²² “*Las mismas penas se impondrán al que sustrajere, ocultare o expusiere a un hijo legítimo o ilegítimo con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil*”.

²³ “*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*”.

pero si dicho motivo es atentar contra el estado civil del menor, estaremos ante otro delito, que se concursará con la sustracción.

Lo mismo ocurre para el caso de la sustracción civil de menores del art. 344 inc. segundo. En efecto, este inciso sanciona la misma acción típica que el art. 142, esta es, sustraer un menor. Entonces, si la sustracción se lleva a cabo para atentar contra el estado civil del menor, se configurará un injusto autónomo, y estaremos ante un concurso real o ideal. Ello porque, al igual que en el delito de sustitución de menores, uno puede sustraer a un menor por múltiples razones, pero si en el caso concreto la finalidad es atentar contra este distinto bien jurídico, no sólo estaremos ante el disvalor de la sustracción de menores del art. 142, sino que también ante el injusto del art. 344 inc. segundo.

Respecto del delito de retención de menores, cabe destacar que la situación en la que se torna operativo este ilícito convierte en improcedente el delito de sustracción de menores. Ello se debe a que el primer delito requiere, para su configuración, que el agente tenga a su cargo el cuidado del menor, y por tanto, que lo tenga dentro de su esfera de resguardo. Así, no puede haber sustracción de un menor que se encuentra dentro de la esfera de custodia del agente, lo cual pone a ambos delitos en una situación de exclusión mutua.

VII. CONCLUSIONES

El delito *in comento* encuentra su fundamento en la gravedad intrínseca del atentado, el cual se dirige contra la seguridad personal y la libertad del menor. Ahora, ambos bienes jurídicos se encuentran en una relación de importancia relativa. Esto significa que conforme al desarrollo normal del menor, la seguridad personal va cediendo en importancia ante la libertad ambulatoria. Ambos bienes tutelados se encuentran, así, en una relación inversamente proporcional.

Se descarta como bien jurídico tutelado las relaciones filiales o la patria potestad. Los argumentos para ello son diversos –ubicación sistemática, pena asignada al delito, etc.–, siendo decisivo, a nuestro entender, la existencia del delito de sustracción civil de menores, contenida en el art. 354 inc. segundo. En efecto, la acción típica tanto en este delito como en el del art. 142 es la misma, a saber, sustraer. La diferencia entre ambas figuras típicas radica en la motivación subjetiva del agente, toda vez que, en el caso de esta última norma, se exige que la conducta se realice con el ánimo verdadero o presunto de hacerle perder a la víctima su estado civil.

El sujeto pasivo debe ser un menor de dieciocho años, y encontrarse dentro de una esfera de resguardo. Ello por cuanto la acción típica –sustraer– debe entenderse como apartar o sacar al menor de dicha esfera de custodia, de aquel espacio jurídico-fáctico dentro del cual un adulto responsable ejerce derechos de tutela y cuidado sobre él. Si no existe una esfera de cuidado identificable no podrá haber sustracción, sin perjuicio de la eventual configuración de otros delitos.

Respecto del sujeto activo, se discrepa abiertamente de la doctrina mayoritaria actual, en el sentido de excluir a los padres del menor del círculo de sujetos activos. Según nuestra opinión, no existe fundamento normativo ni teleológico para fundamentar dicha exclusión. Los padres perfectamente pueden attentar contra los bienes jurídicos tutelados por el delito analizado. El sujeto activo del delito de sustracción de menores es cualquier persona, excepto aquella que tenga al menor dentro de su esfera de resguardo, toda vez que en este caso no es posible apreciar una sustracción. Respecto de la persona que detiene o encierra al menor, teniendo a éste dentro de su esfera de custodia, podrán configurarse eventualmente otros delitos, pero no el de sustracción de menores.

Creemos que la acción típica del delito en estudio debe de una vez por todas tomarse en cuenta, y sistematizarse adecuadamente con los demás tipos penales, principalmente con el de secuestro. La sustracción de menores no es un secuestro impropio o calificado, sino que es un delito distinto. Mientras el tipo de secuestro aparece como una figura típica amplísima, tanto respecto a su acción como a los sujetos que intervienen, el de sustracción de menores se muestra como una figura típica restringida en cuanto a la víctima y a la conducta incriminada.

Sobre los medios comisivos, destacamos el engaño. Éste podrá dirigirse contra la persona a cargo del menor o contra este mismo. Ahora bien, no cualquier engaño configurará un delito de sustracción de menores, sino que solamente aquel que recaiga sobre un hecho específico: estar destruyendo o abandonando la esfera de custodia vigente.

El consentimiento del menor también acarrea consecuencias prácticas de primera importancia. Consideramos que la sistematización realizada por la doctrina de los arts. 142 y 357 es correcta.

BIBLIOGRAFÍA

- BALMACEDA, Gustavo, Manual de Derecho Penal, *Parte Especial* (Santiago, 2014).
BUSTOS, Juan, Manual de Derecho Penal, *Parte Especial*, 2ª ed. (Barcelona, 1991).
COBO, Manuel, Consideraciones Técnico-Jurídicas sobre la Sustracción de Menores, en *Separata de Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Madrid, 1961).
CUELLO, Eugenio, Derecho Penal, tomo II, vol. 2, 14ª ed. (Barcelona, 1982).
ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966, tomo II, 1ª ed. (Santiago, 1968).
ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, tomo III, 3ª ed. (Santiago, 1998).
GARRIDO, Mario, Derecho Penal, tomo III, 4ª ed. (Santiago, 2005-2010).
HERMOSILLA, Nurieldín, Sustracción de menores: ensayo de una interpretación dogmática del artículo 142, Memoria de Prueba para optar al grado académi-

- co de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago, 1963).
- LABATUT, Gustavo, Derecho Penal, Parte Especial, vol. II, 7ª ed. (Santiago, 1983).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 5ª ed. (Sevilla, 1983).
- PACHECO, Joaquín, El Código Penal concordado y comentado, reedición de la tercera edición de 1867 (Madrid, 2000).
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª ed. (Santiago, 2006).
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo I, vol. II, 2ª ed. (Madrid, 1972).
- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 4ª ed. (Buenos Aires, 1987).
- ZENTENO, Julio, Modificaciones al Código Penal 1979-1983, Modificaciones Legales del Quinquenio 1979-1983 (Santiago, 1984).