

## Modificaciones introducidas a la ley 14.908 por ley 20.152

José Manuel Fernández Ruiz\*

### 1. **Introducción**

Con fecha 10 de diciembre del 2000, ingresa un proyecto de ley (boletín N° 2600-18) que establece la comunicación al Boletín Comercial de los incumplimientos graves de deudas alimenticias. Éste correspondió a una moción de los Diputados Pía Guzmán, María Angélica Cristi, Aldo Cornejo y Jaime Orpis. Dicho proyecto se refundió posteriormente con los boletines 3093-18<sup>1</sup> y 3619-18<sup>2</sup>, dando origen a la ley 20.152.

Esta minuta tiene por objetivo realizar un estudio dogmático acerca de las modificaciones que son introducidas por la ley 20.152 a la Ley 14.908 cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el art. 7 del DFL 1 del año 2000.

Para el tratamiento dogmático del precepto se han tenido en consideración los antecedentes histórico-legislativos de la reforma legislativa. Además, hemos intentado precisar su sentido considerando su ubicación sistemática y su relación con otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

La ley 20.152, en su artículo 1, N° 4, ordena sustituir el actual artículo 5 del DFL 1 de 2000 por el siguiente:

Artículo 5°. El juez, al proveer la demanda, ordenará que el demandado acompañe, en la audiencia preparatoria, las liquidaciones de sueldo, copia de la declaración de impuesto a la renta del año precedente y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica.

En el evento de que no disponga de tales documentos, acompañará, o extenderá en la propia audiencia, una declaración jurada, en la cual dejará constancia de su patrimonio y capacidad económica. La declaración de patrimonio deberá señalar el monto aproximado de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, individualizando lo más completamente posible, si los tuviere, sus activos, tales como bienes inmuebles, vehículos, valores, derechos en comunidades o sociedades.

Para efectos de lo anterior, el tribunal citará al demandado a la audiencia preparatoria personalmente o representado, bajo apercibimiento del apremio establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

Si el demandado no da cumplimiento a lo ordenado conforme al inciso primero, o si el tribunal lo estima necesario, deberá solicitar de oficio al Servicio de Impuestos Internos, a las Instituciones de Salud Previsional, a las Administradoras de Fondos de Pensiones y a cualquier otro organismo público o privado, los antecedentes que permitan acreditar la capacidad económica y el patrimonio del demandado.

*El ocultamiento de cualquiera de las fuentes de ingreso del demandado, efectuado en juicio en que se exija el cumplimiento de la obligación alimenticia, será sancionado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados.*

---

\* Abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional.

<sup>1</sup> Proyecto patrocinado por los diputados Marcelo Forni Lobos, Gonzalo Ibáñez Santa María, Iván Moreira Barros, Iván Norambuena Farías, Felipe Salaberry Soto, Jorge Ulloa Aguillón, Gonzalo Uriarte Herrera.

<sup>2</sup> Proyecto patrocinado por el diputado Maximiano Errazuriz Eguiguren.

*El demandado que no acompañe todos o algunos de los documentos requeridos o no formule la declaración jurada, así como el que presente a sabiendas documentos falsos, y el tercero que le proporcione maliciosamente documentos falsos o inexactos o en que se omitan datos relevantes, con la finalidad de facilitarle el ocultamiento de sus ingresos, patrimonio o capacidad económica, serán sancionados con las penas del artículo 207 del Código Penal.*

*La inclusión de datos inexactos y la omisión de información relevante en la declaración jurada que el demandado extienda conforme a este artículo, será sancionada con las penas del artículo 212 del Código Penal.*

Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario, podrán revocarse conforme al artículo 2.468 del Código Civil. Para estos efectos, se entenderá que el tercero está de mala fe cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante. Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La acción se tramitará como incidente, ante el juez de familia. La resolución que se pronuncie sobre esta materia será apelable en el solo efecto devolutivo.

Por otra parte, en su artículo 1, N° 10, modifica el inciso primero y agrega un nuevo inciso 2° al actual artículo 18 inciso 2°, quedando el texto como sigue:

Artículo 18. Serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia los que, sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación.

*El tercero que colabore con el ocultamiento del paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la presente ley, será sancionado con la pena de reclusión nocturna, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días.*

## **2. Ubicación sistemática**

Estas nuevas figuras penales están situados en los artículos 5° y 18° del DFL 1. En Chile, el modelo de regulación penal que diseñó el legislador para hacer frente a los problemas que se derivan del incumplimiento del pago de pensiones alimenticias, sigue un patrón diferente del que se ha seguido en el derecho comparado. En efecto, los nuevos tipos penales se estructuran como atentados contra la administración de justicia, a diferencia de lo que ocurre en España<sup>3</sup>, Francia<sup>4</sup>, Perú<sup>5</sup> y Argentina<sup>6</sup>, donde se estructuran como delitos contra el derecho subjetivo a la asistencia.

La forma de regulación penal de los conflictos alimenticios que eligió el legislador chileno no entra en colisión con el mandato *supralegal* que prohíbe la prisión por deudas (Art. 11 PIDCP: *Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación*

<sup>3</sup> Cfr. VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ: *Delitos contra intereses de los menores. Especial consideración del abandono de familia*, visto en <http://www.cej.justicia.es/> (última visita: 2006-12-28).

<sup>4</sup> Cfr. CANALES PATRICIA Y LOISEAU VIRGINIA: *Incumplimiento de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores en la legislación de Argentina, España y Francia*, visto en [http://www.bcn.cl/publicadores/pub\\_estudios\\_doc/listado/getfile.php?id=318](http://www.bcn.cl/publicadores/pub_estudios_doc/listado/getfile.php?id=318) (última visita: 2006-12-28).

<sup>5</sup> Cfr. RUIZ PÉREZ, MARTHA ADELCEINDA: *El delito de omisión a la asistencia familiar, reflexiones, y propuesta para la mejor aplicación de la normatividad que la regula*, visto en <http://www.pj.gob.pe/cij/> (última visita: 2006-12-28).

<sup>6</sup> Cfr. BELLUSCIO, CLAUDIO: *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, Editorial La Roca, año 2002.

*contractual*. Art. 7 n° 7 CADH: *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios*), lo que en otros ordenamientos es al menos discutible.

Sin embargo, no es del todo funcional a los mecanismos de protección de carácter civil. En efecto, no se prevé la suspensión del procedimiento (civil) mientras se tramita el conflicto penal, lo que ocurrirá a menudo cuando se discuta la falsedad o inexactitud de los documentos allegados en sede civil. Esto será de la mayor relevancia para el demandante en estos juicios, puesto que serán precisamente estos documentos los que le permitirán al juez civil determinar el importe de la obligación alimenticia.

Independientemente de que se considere afortunada o desafortunada esta nueva regulación, de su vinculación con los delitos contra la recta administración de justicia se siguen, como se verá, importantes consecuencias.

### **3. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido, como ya anunciáramos, no consiste en un derecho a la asistencia económica por parte de los padres, sino la *recta administración de justicia*. No obstante lo anterior, el referente mediato consiste en el deber civil de asistencia que los alimentantes tienen con los alimentarios, lo que se desprende claramente del sentido literal de las normas y de su historia fidedigna.

Esto es particularmente claro respecto del demandado y del tercero que presentan documentos falsos, pero también del que colabora con el ocultamiento del demandado. El primero afecta el interés en la preservación de los presupuestos de la justicia de las resoluciones judiciales<sup>7</sup>, pero también el segundo, pues afecta la eficacia del procedimiento civil para resolver el conflicto que presupone.

La referencia mediata al derecho de asistencia que los alimentarios tienen respecto de los alimentantes no es a nuestro juicio irrelevante, pues permite excluir del ámbito de protección de la norma ciertos casos que si bien *prima facie* están cubiertos por ésta, en definitiva el peligro producido no es de los que el tipo pretende abarcar<sup>8</sup>.

Este argumento es coherente con el contexto en que se protege el bien jurídico *recta administración de justicia*, esto es, en el juicio que se tramita ante los juzgados de familia. En éste procedimiento rige expresamente el principio del interés superior del niño, lo que se vincula directamente con el derecho de asistencia en cuanto presupuesto material del desarrollo físico y espiritual del menor. Por supuesto que esto no prejuzga la posibilidad de que el alimentario no sea un menor; sin embargo, establece una vinculación al derecho de asistencia que surge de las relaciones familiares que el intérprete no puede ignorar.

---

<sup>7</sup> GONZÁLEZ RUZ, JUAN JOSÉ: "Delitos contra la administración de justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena", en *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, Editorial Marcial Pons, año 2000, p. 881.

<sup>8</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA: *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Editorial Comares, año 2001, pp. 472 y ss.

## 4. Figuras penales

### 4.1 El tipo del artículo 5, inciso 5°

**Art. 5, inc. 5°:** El ocultamiento de cualquiera de las fuentes de ingreso del demandado, efectuado en juicio en que se exija el cumplimiento de la obligación alimenticia, será sancionado con la pena de prisión en cualquiera de sus grados.

#### 4.1.1 Tipo objetivo

La acción típica consiste en “ocultar cualquier fuente de ingreso del demandado”.

Nótese que el objeto del ocultamiento debe ser cualquier *fuentes de ingreso*, esto es, típicamente, un trabajo. La facilitación del ocultamiento de *ingresos* se encuentra cubierta por las hipótesis del inciso 6°.

Esta figura –al igual que las restantes, como se verá más abajo- requiere el cumplimiento de una serie de presupuestos que pueden ser considerados como elementos normativos del tipo<sup>9</sup>, y que constituyen un conjunto de condiciones que operan como fundamentos determinantes del ámbito de aplicación las normas. Estas condiciones operan copulativamente, por lo que de no concurrir alguna, el comportamiento no es típico bajo este título de incriminación. Lo anterior constituye una expresión de la vinculación de los delitos de esta ley con el derecho de asistencia que ya mencionáramos en el apartado anterior.

Dichas condiciones son las siguientes:

**PRIMERA CONDICIÓN:** el demandado de acuerdo a la legislación civil sólo puede ser el alimentante; luego, sólo puede existir propiamente un juicio de alimentos donde se demande a quien de acuerdo a la ley es el obligado al pago. Alimentantes pueden ser<sup>10</sup>:

- los ascendientes respecto de sus descendientes y v/v
- los cónyuges recíprocamente
- los hermanos recíprocamente
- el donatario de una donación cuantiosa no rescindida o revocada
- la masa de acreedores en el juicio de quiebras
- los que dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación alimenticia

En consecuencia, los casos en que se demande el cumplimiento de la obligación alimenticia a quien no puede tener la calidad de alimentante, quedan fuera del ámbito de protección de la norma, por lo que los comportamientos serán atípicos a este título. Por ejemplo, no se puede realizar el tipo si se demanda a quien fue cónyuge pero hoy está

<sup>9</sup> MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial B de F, año 2005, pp. 235 y 236.

<sup>10</sup> Véanse arts. 232, 321 y 326 del CC; 3 y 18 de la ley 14.908; y art. 60 de la Ley 18.175, hoy incorporada al Código de Comercio por la Ley 20.080, que no señaló la secuencia numérica correspondiente al Código (ver <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/1974.pdf> (última visita: 02.02.2007)). Los alimentarios deben solicitar alimentos respecto de sus alimentantes en el orden de prelación establecido en el artículo 326 del CC. Cabe hacer notar que el artículo 1 N° 10 letra a) de la ley 20.152, al modificar el artículo 18 de la Ley 14.908, eliminó del círculo de alimentantes al concubino. Cfr. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS: *Nueva regulación del derecho de alimentos*, Ediciones SERNAM, año 2002, p. 33 y ss.

divorciado de acuerdo a la nueva ley de divorcio, pues de acuerdo al art. 60 de la ley 19.947 el divorcio pone fin a la existencia de esta obligación.

**SEGUNDA CONDICIÓN:** de acuerdo a la legislación civil sólo pueden demandar alimentos aquellos que están habilitados legalmente para ello. El CC los llama alimentarios. La demanda interpuesta por cualquier otra persona que pretenda el cumplimiento de la obligación alimenticia y no tenga título para ello no debe ser admitida. En caso que fuera admitida no se trataría propiamente de un "juicio en que se exija el cumplimiento de la obligación alimenticia", por lo que quedaría fuera del ámbito de protección de la norma al igual que en el caso anterior.

Según el art. 321 del CC:

Se deben alimentos:

1º Al cónyuge;

2º A los descendientes;

3º A los ascendientes;

4º A los hermanos, y

5º Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

También se debe considerar como alimentario:

- al fallido y su familia respecto de la masa de acreedores en el juicio de quiebras<sup>11</sup>
- al adoptado y al adoptante, ya que según el art. 37 de la ley 19.620 se confiere al adoptado el estado civil de hijo, luego le corresponden todos los derechos y deberes de aquellos
- a los hermanos
- al hijo que está por nacer<sup>12</sup>
- el heredero, comprador o cesionario del titular de pensiones alimenticias atrasadas (art. 336 CC)

En aquellos casos que por alguna causa legal se haya perdido la calidad habilitante para demandar alimentos tampoco puede haber juicio de alimentos en el sentido del tipo (como puede ocurrir, según el art. 324 CC, si el padre ha abandonado al hijo en su infancia o en caso de injuria atroz).

**TERCERA CONDICIÓN:** se requiere de la existencia de un juicio pendiente en que se reclame el cumplimiento de la obligación alimenticia; luego, no procede en el trámite de mediación familiar (prejudicial o durante el juicio) regulado en el título V de la ley 19.968.

---

<sup>11</sup> Art. 60 de la Ley 18.175. Ver nota anterior.

<sup>12</sup> El art. 1 letra c) de la Ley 20.152 modificó el art. 1 de la Ley 14.908, agregando el siguiente inciso final: "La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley N° 19.968, en interés de la madre". Esta hipótesis estaba antes comprendida por el art. 2 inciso 3º de la ley 14.908, que fue derogado por la ley 20.152.

Este ocultar debe producirse en el juicio en que se exija concretamente el cumplimiento de la obligación alimenticia. Con ello se excluye el ocultamiento que se produzca en sede penal, y en toda otra sede civil donde el asunto principal no consista en la pretensión de obtener el cumplimiento de la obligación alimenticia.

**CUARTA CONDICIÓN:** en este juicio pendiente se deben demandar alimentos forzosos definitivos o provisorios, pero no voluntarios. Los alimentos voluntarios no se rigen civilmente por las reglas que se rigen los alimentos forzosos, en particular, no tienen el carácter de obligatorios, por lo que no es posible exigir su cumplimiento compulsivo ante un tribunal. Estos últimos sólo dan lugar a la existencia de una obligación natural, que, como se sabe, no otorgan acción para perseguir su cumplimiento. Se trata en definitiva de casos en que no hay propiamente obligación alimenticia.

**QUINTA CONDICIÓN:** la oportunidad en que el sujeto puede ocultar no es cualquier momento del juicio. Sólo podrá “ocultar” en el sentido del tipo, cuando dicho ocultamiento es mantenido durante la audiencia de preparación del juicio, la audiencia de juicio propiamente tal y, en general, durante todas aquellas instancias procesales en que quepa rendir o presentar prueba.

Por último es necesario precisar ciertas características relevantes de la estructura del tipo:

(i) Todo parece indicar que se trata de un **delito de acción** que también admitiría **comisión por omisión**, aunque esta última hipótesis presupone un requerimiento de entrega de información. Sólo frente a este mandato es posible omitir en el sentido del tipo. Un buen ejemplo de la hipótesis de comisión por omisión es aquella que se produce cuando el juez utiliza las facultades de solicitar a ciertos organismos públicos o privados antecedentes para acreditar la capacidad económica y patrimonial del demandado (art. 5, inc. 4º), y dichos organismos se niegan a ello, teniendo antecedentes y estando posibilitados para entregarlos.

(ii) Es un **delito de peligro abstracto**, ya que la conducta castigada se estima peligrosa como tal, sin exigirse que en el caso concreto se haya producido un resultado de puesta en peligro efectivo. El desvalor de acción por sí solo fundamenta la punición. En particular, se trata de un delito de aquellos denominados como “delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado”<sup>13</sup>. En todo caso, el ocultamiento debe cumplir como exigencia mínima que sea *ex-ante* peligroso. Si concurren acciones típicas *ex-ante* insignificantes, el demandado deberá probar su peligrosidad. Lo anterior no impide que el juez pueda considerar de acuerdo al contexto que la acción no tiene relevancia típica. Esta insignificancia dogmáticamente constituye una causal de atipicidad<sup>14</sup>.

(iii) Es un **delito común**, por lo que el sujeto activo del ocultamiento puede ser cualquier persona, incluido el alimentario o el alimentante, el demandado o el demandante (art. 58 Ley 19.968). Por tratarse de un bien jurídico de carácter colectivo no cabe la posibilidad que el alimentario disponga de él.

#### **4.1.2 Tipo subjetivo**

---

<sup>13</sup> ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997, pp. 407, 410-411.

<sup>14</sup> MENDOZA BUERGO: *ob. cit.*, p. 440 y ss.; ROXIN: *ob. cit.*, p. 411.

El tipo admite ser cometido con dolo directo o eventual. No existiendo una hipótesis de negligencia expresamente prevista, cabe afirmar que, de acuerdo al sistema de *numerus clausus* recogido por el CP (arts. 2 y 490 a 493 CP), el tipo analizado no admite comisión con culpa.

No se exigen elementos subjetivos especiales.

## **4.2 El tipo del artículo 5, inciso 6°**

**Art. 5, inc. 6°:** El demandado que no acompañe todos o algunos de los documentos requeridos o no formule la declaración jurada, así como el que presente a sabiendas documentos falsos, y el tercero que le proporcione maliciosamente documentos falsos o inexactos o en que se omitan datos relevantes, con la finalidad de facilitarle el ocultamiento de sus ingresos, patrimonio o capacidad económica, serán sancionados con las penas del artículo 207 del Código Penal.

### **4.2.1 Tipo objetivo**

En rigor, el artículo 5, inciso 6°, recién citado, contiene dos tipos penales, uno susceptible de ser realizado por el demandado en juicio de alimentos y otro realizable por terceros.

**La acción típica consiste para el demandado en las siguientes hipótesis alternativas:**

- (i) “no acompañar todos o algunos de los documentos requeridos a que se refiere el art. 5°”
- (ii) “no formular la declaración jurada a que se refiere al artículo 5°”
- (iii) “presentar documentos falsos”

Estas hipótesis comparten varias de las condiciones señaladas para el tipo del artículo 5, inciso 5°. Así, es necesaria la existencia de un demandado que ostente la calidad de alimentante (primera condición). También es necesaria la existencia de un demandante que ostente la calidad de alimentario (segunda condición) y que exista un juicio pendiente en que se reclame el cumplimiento de la obligación de dar alimentos forzosos definitivos o provisorios (tercera y cuarta condición). En cuanto a la oportunidad en que se pueden realizar los tipos también vale la quinta condición precedentemente señalada (*supra*, 4.1.1). Comparte también las mismas características que el tipo del inciso 5.

La única diferencia es con respecto al círculo de autoría, pues en este caso se limita a quienes pueden ser demandados, esto es, los alimentarios.

Una exigencia adicional para la hipótesis (i) es que los documentos que el demandado puede “no acompañar” en el sentido del tipo sólo son aquellos documentos que permitan acreditar su patrimonio y capacidad económica y que, de acuerdo con el artículo 5, el demandado está obligado a acompañar.

Particularmente relevante es su caracterización como delito de peligro abstracto, pues se deberá determinar en caso que el demandado no acompañe todos los documentos si este “no acompañar” es *ex-ante* peligroso. Valen también aquí las precisiones que se hicieron al respecto.

A la hipótesis (ii) le es aplicable lo señalado en general respecto de la hipótesis (i). La especificidad de esta figura está dada por el deber infringido: de acuerdo con el artículo 5, inc. 2º, el demandado que no disponga de ciertos documentos, debe realizar una declaración jurada en que deje constancia de su patrimonio y capacidad económica. Sólo la omisión de esta declaración jurada puede realizar el tipo.

A la hipótesis (iii) le son aplicables la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta condiciones generales.

Finalmente, cabe señalar que se trata de un tipo de acción y de peligro abstracto, por lo que valen aquí las consideraciones hechas con respecto al tipo del art. 5 inc. 5º.

**La acción típica consiste *para el tercero* en las siguientes hipótesis alternativas:**

- (i) “proporcionar al demandado documentos falsos”
- (ii) “proporcionar al demandado documentos inexactos”
- (iii) “proporcionar al demandado documentos en que se omitan datos relevantes”

A los tipos que puede realizar el tercero le son aplicables la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta condiciones. Cabe precisar respecto de la quinta condición que aunque no se señala en el tipo la oportunidad en que el tercero debe proporcionar al demandado los distintos documentos, de la redacción de la disposición se desprende que debe ser durante el juicio, pues sólo así puede existir un “demandado”.

El cuanto al círculo de autores, éste se restringe a terceros que le proporcionen al demandado ciertos documentos en ciertas condiciones. Entonces no puede realizar el tipo el demandado, pero sí cualquier otra persona.

El tipo es de acción y de peligro abstracto. En tanto delito de peligro abstracto, se hace necesario exigir cierta magnitud respecto de las hipótesis de falsedad (i) y de inexactitud (ii), de modo tal que las haga peligrosas en abstracto, esto es, que traspasen la esfera de la bagatela. En cuanto a la hipótesis de proporcionar documentos en que se omitan datos (iii), esta exigencia está expresada literalmente en el tipo: debe tratarse de datos “relevantes”.

El tipo del artículo 5, inciso 6, tanto respecto del demandado como del tercero, es un tipo mixto alternativo, pues la realización de una cualquiera de las hipótesis basta para realizar el tipo<sup>15</sup>.

#### **4.2.2 Tipo subjetivo**

Al igual que el tipo anterior, este tipo mixto alternativo admite ser cometido con dolo directo o eventual. No existiendo una hipótesis de negligencia expresamente prevista, cabe afirmar que, de acuerdo al sistema de *numerus clausus* recogido por el CP (arts. 2 y 490 a 493 CP), el tipo analizado no admite comisión con culpa.

---

<sup>15</sup> ROXIN: *ob. cit.*, p. 337; MIR PUIG: *ob. cit.*, p. 229.



La excepción está dada por la hipótesis (iii) aplicable al demandado, que exige presentar *a sabiendas* antecedentes falsos, y las hipótesis (i), (ii) y (iii) aplicables al tercero, que exigen que éste obre *maliciosamente*. La función de expresiones como “a sabiendas” o “maliciosamente” es precisamente restringir la realización de los tipos a aquellos casos en que el agente obre con dolo directo. Luego, no es suficiente la presencia de dolo eventual para realizar estos tipos<sup>16</sup>.

No se exigen elementos subjetivos especiales.

### **4.3 El tipo del artículo 5, inciso 7°**

**Art. 5, inc. 7°:** La inclusión de datos inexactos y la omisión de información relevante en la declaración jurada que el demandado extienda conforme a este artículo, será sancionada con las penas del artículo 212 del Código Penal.

#### **4.3.1 Tipo objetivo**

La acción típica consiste en dos hipótesis alternativas:

- (i) “incluir en la declaración jurada a que se refiere el art. 5° datos inexactos”
- (ii) “omitir en la declaración jurada a que se refiere el art. 5° información relevante”

La hipótesis (i) presenta las mismas características que el tipo de acción que puede realizar el tercero y que está establecido en el inc. 6°; por lo tanto, se le aplican las mismas condiciones que a éste.

La hipótesis (ii) presenta las mismas características que los tipos omisivos que puede realizar el demandado que se establecen en el inc. 6°. Se le aplican también las mismas condiciones con las siguientes precisiones. Primero, en cuanto al círculo de autoría, sólo puede realizar el tipo el demandado, no un tercero. Segundo, el contenido de la declaración jurada susceptible de ser omitido para realizar la hipótesis está determinado por el propio artículo 5, inc. 1°, que obliga al demandado a realizar una declaración jurada sobre su capacidad patrimonial y económica. Por último, la oportunidad para realizar esta declaración jurada sólo es durante la audiencia preparatoria, por lo que no es posible realizar el tipo durante la audiencia de juicio, aunque al demandado le sea exigida otra declaración con posterioridad.

El tipo del artículo 5, inc. 7°, al igual que el del inc. 6°, es un tipo mixto alternativo, pues la realización de una cualquiera de las hipótesis basta para realizar el tipo.

#### **4.3.2 Tipo subjetivo**

Al igual que los tipos anteriores, este tipo mixto alternativo admite ser cometido con dolo directo o eventual. No existiendo una hipótesis de negligencia expresamente prevista, cabe afirmar que, de acuerdo al sistema de *numerus clausus* recogido por el CP (arts. 2 y 490 a 493 CP), el tipo analizado no admite comisión con culpa.

---

<sup>16</sup> En este sentido, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ: *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago, 2004, pp. 279-280.

No se exigen elementos subjetivos especiales.

#### **4.4 El tipo del artículo 18, inciso 2°**

**Art. 18, inc. 2°:** El tercero que colabore con el ocultamiento del paradero del demandado para efectos de impedir su notificación o el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la presente ley, será sancionado con la pena de reclusión nocturna, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días.

##### **4.4.1 Tipo objetivo**

La acción típica consiste en dos hipótesis alternativas:

- (i) “colaborar con el ocultamiento del paradero del demandado para impedir su notificación”
- (ii) “colaborar con el ocultamiento del paradero del demandado para impedir el cumplimiento de alguna de las medidas de apremio establecidas en la ley 14.908”

El sujeto activo sólo puede ser un tercero; luego, se excluye del círculo de autoría al propio demandado.

A (i) y (ii) se les aplican las condiciones primera, segunda, tercera y cuarta.

Respecto a la quinta condición, la oportunidad viene dada por dos tipos de actos del tribunal: notificaciones y prácticas de apremio. Fuera de estos casos no es posible “colaborar con el ocultamiento del paradero del demandado”. Debe precisarse, en todo caso, que estas hipótesis pueden tener lugar aún antes de que exista propiamente juicio (antes de la notificación de la demanda), pero ciertamente debe tratarse de una demanda de alimentos regida por las condiciones primera y segunda.

Estos son delitos de peligro abstracto, por lo que deberá determinarse en el caso concreto si la “colaboración con el ocultamiento” es *ex-ante* peligrosa. Valen por ello también las precisiones que se hicieron al respecto en el sentido de que no toda colaboración es típica (supuestos de bagatela). Se trata además de un tipo mixto alternativo, por lo que la realización de cualquiera de las hipótesis realiza el tipo.

Merece especial mención que en la discusión parlamentaria la CS expresó su preocupación porque esta norma no precisaba si se trataba de un apremio o de una norma de carácter penal, dada la similitud que guarda con los apremios que establece la ley 14.908 si el demandado no paga la obligación alimenticia (art. 14):

En relación con el castigo para el que oculta el paradero del demandado de alimentos, la Corte Suprema hizo varias observaciones ... señaló que no queda clara la naturaleza jurídica de la sanción de “reclusión nocturna”, pues podría tratarse de una pena o de un apremio, distinción que es importante porque, si se considera que es una pena, la instrucción de la investigación correspondería de forma anómala al juez de familia y no al Ministerio Público, como es la regla general, y no queda clara la aplicabilidad del Código Procesal Penal en estas materias.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Texto del 1° informe de la Comisión de CLJR, segundo trámite constitucional, 03-05-2006.

También es necesario resaltar lo que manifestó la misma Corte respecto de los problemas que se presentarían frente al principio de no auto-incriminación:

En relación con el castigo para el que oculta el paradero del demandado de alimentos, la Corte Suprema hizo varias observaciones. En primer lugar, dada la redacción de la proposición, cabe la posibilidad de que, en la práctica, se den casos en que se infrinja la garantía constitucional que permite no auto-incriminarse en materia penal, cuando el declarante sea el cónyuge o pariente del demandado de alimentos.<sup>18</sup>

La CPR establece en su artículo 7 letra f) que “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

Este principio conocido como prohibición de la auto-incriminación es recogido de cierta forma por diversos cuerpos legales, como el CP<sup>19</sup>, el CPP<sup>20</sup> e incluso también la nueva legislación sobre los juzgados de familia<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Texto del 1° informe de la Comisión de CLJR, segundo trámite constitucional, 03-05-2006.

<sup>19</sup> - **Artículo 206 inciso final CP.** *Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparado por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal.*

- **Artículo 269 bis inciso final CP.** *Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal.*

<sup>20</sup>- **Artículo 302 CPP. Facultad de no declarar por motivos personales.** *No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.*

Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante interviniera en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.

*Las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración. El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. Tratándose de las personas mencionadas en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.*

- **Artículo 305 CPP. Principio de no auto-incriminación.** *Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito.*

*El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero.*

- **Artículo 306 CPP. Juramento o promesa.** *Todo testigo, antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos.*

*No se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años, ni a aquellos de quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados. Se hará constar en el registro la omisión del juramento o promesa y las causas de ello.*

El tribunal, si lo estimare necesario, instruirá al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

<sup>21</sup> **Artículo 37 Ley 19.968. Principio de no auto-incriminación.** *Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Asimismo, el testigo podrá ejercer el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente, a sus ascendientes o descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o su adoptado.*

Bajo el principio de no auto-incriminación se intenta evitar que el imputado sea obligado a declarar contra sí mismo mediante la amenaza de un castigo penal, lo que constituye una recepción del reconocimiento de los derechos fundamentales en el proceso penal, en particular la idea de que no es válida la obtención de la verdad a cualquier precio. El mismo derecho tienen su cónyuge y sus ascendientes y descendientes.

El problema es que la formulación legal de este principio tiene una limitación: se refiere a declaraciones en causas en que el hecho de declarar contra sí mismo o parientes trae aparejado un riesgo de persecución penal. Pero en estos tipos sucede justamente lo contrario: el declarar no trae ningún riesgo de persecución penal.

En todo caso, está abierta la posibilidad de dar una interpretación amplia al principio de no auto-incriminación. Pero es una tarea pendiente.

El conflicto constitucional que sí parecen evidenciar estos tipos penales radica en que, en principio, parecen ser medios desproporcionados para proteger la familia, pues más que fortalecerla, parecen dividirla (art. 1, inc. 3°, CPR). Ello porque será usual que miembros de una misma familia se vean envueltos como testigos o partes opuestas en juicio, esta vez arriesgando no sólo apremios u obligaciones civiles sino también penas penales. Esta línea de argumentación también, en todo caso, es una tarea pendiente.

#### **4.4.2 Tipo subjetivo**

Al igual que los tipos anteriores, este tipo mixto alternativo admite ser cometido con dolo directo o eventual. No existiendo una hipótesis de negligencia expresamente prevista, cabe afirmar que, de acuerdo al sistema de *numerus clausus* recogido por el CP (arts. 2 y 490 a 493 CP), el tipo analizado no admite comisión con culpa.

No se exigen elementos subjetivos especiales.

### **5. Problemas concursales<sup>22</sup>**

Las normas de la ley 14.908 son normas penales de carácter especial. Dado que las acciones típicas son semejantes a los tipos contenidos en los artículos 193-198, 206, 207, 209, 212 CP, será usual que existan concursos de leyes, esto es, que un mismo hecho realice varios tipos pero que sólo uno de ellos sea aplicable para no infringir el principio del *non bis in idem*. Lo más probable es que para resolver estos casos deba recurrirse al principio de especialidad. Así, por ejemplo, la hipótesis del art. 5, inc. 7°, se encuentra en relación de especialidad con respecto a la hipótesis general del art. 212 CP. Más problemática resulta en general la aplicación del principio de consunción respecto de los tipos aplicables al demandado, puesto que una de las razones subyacentes al debate legislativo en orden a no imponer penas tan severas a estos tipos y optar más bien por su aplicación privilegiada, fue el hecho de que la privación de libertad del alimentante -en la medida en que se le priva consecuentemente de sus fuentes normales de ingresos y de sus oportunidades reales de trabajo- es contraproducente con una de las finalidades

---

<sup>22</sup> Sobre concursos y los criterios de solución, véase MIR PUIG: *ob. cit.*, pp. 631 y ss.

perseguidas por estas normas, cual es asegurar a los alimentarios el goce efectivo de su derecho a alimentos.<sup>23</sup>

Es posible también que exista concurso ideal de delitos cuando un mismo hecho constituya dos o más infracciones. Por ejemplo, serán usuales casos de concurso ideal heterogéneo en que un mismo hecho realiza dos o más infracciones que afectan distintos bienes jurídicos (vgr., correcta administración de justicia y fe pública o seguridad del tráfico jurídico o fiabilidad) sin que ninguno de ellos exprese ya el disvalor de injusto del otro. Este sería el caso, por ejemplo, del tercero que altera materialmente una escritura pública de una sociedad en que el demandado tiene participación para luego proporcionársela a éste a fin de que la ingrese al proceso como prueba. Estos casos deberán tratarse conforme a la regla general del art. 75 CP.

## 6. Consideraciones finales

En atención al bien jurídico que protegen los tipos penales analizados y a la clase conductas que sancionan, creemos que es posible hacer aplicable, por analogía *in bonam partem*, la excusa legal absolutoria de *retractación* que prevé el art. 208<sup>24</sup> del CP relacionado con el inciso 4 del art. 269 bis<sup>25</sup>.

Por último, a modo de aclaración, cabe señalar que en el modelo chileno, a diferencia del derecho comparado, el pago o la capacidad del pago de una pensión no son elementos del tipo, ni tampoco son determinantes para establecer la antijuridicidad de la conducta. En efecto, a título ejemplar, el estado de necesidad que constituye un requisito para la obligación alimenticia, no opera como causa de justificación. Esto ocurre a consecuencia del bien jurídico protegido, que, como ya mencionáramos, no consiste en el derecho a una pensión de alimentos, sino en la recta administración de justicia<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. Texto del 1° informe de la Comisión de Familia, 1° trámite constitucional (27-01-2005).

<sup>24</sup> **Artículo 208.** La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en alguna de las conductas previstas en los dos artículos precedentes constituirá circunstancia atenuante muy calificada, en los términos del artículo 68 bis de este Código.

Retractación oportuna es aquella que tiene lugar ante el juez en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debe resolver la causa.

En todo caso, la retractación oportuna eximirá de responsabilidad penal en casos calificados, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión así lo justificaren.

<sup>25</sup> **Art. 269 bis, incisos 4 y 5.** La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquella que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquella que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.

<sup>26</sup> Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA: *Delitos contra las relaciones familiares*, en "Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial", Editorial Atelier, 2006, p. 174.