

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.

Guillermo Oliver Calderón*

Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
guillermo.oliver@ucv.cl

Resumen

Durante la ejecución de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas es común que la víctima sufra una transitoria privación de libertad que, en tanto se encuentra vinculada con la finalidad apropiatoria, se ve absorbida por el mayor desvalor del robo. Sin embargo, tan pronto dicha privación de libertad deja de estar ligada a la apropiación, adquiere autonomía delictiva y lo que antes era sólo un concurso aparente de leyes penales pasa a constituir un concurso de delitos. A propósito de un hecho real de gran conmoción pública que tuvo lugar en la ciudad de La Calera, el artículo analiza las circunstancias en las que resulta procedente que la retención que experimentan las víctimas de un robo con violencia o intimidación en las personas se vea absorbida por este delito, sin que surja responsabilidad penal a título de secuestro o sustracción de menores. Asimismo, el trabajo examina críticamente diversos aspectos de la sentencia que juzgó a los autores del hecho.

Palabras clave

Robo, secuestro, retención, concurso aparente de leyes penales, concurso de delitos.

Introducción

En un reciente fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota,¹ que no fue objeto de recursos y se encuentra ejecutoriado, se condenó a los acusados como autores de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas frustrado y secuestro simple. En su considerando noveno se expresa que después de valorar toda la prueba rendida, se dieron por establecidos los siguientes hechos:

“El día 30 de septiembre de 2004, siendo aproximadamente las 14:45 horas, los

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.
El presente trabajo ha sido redactado en el marco del proyecto de investigación FONDECYT N° 1070421, “Formulación de una teoría general de los delitos contra el patrimonio con base en el derecho chileno: estudio dogmático y crítico”.

¹ Sentencia de 22 de agosto de 2007, RUC 0400358380-0, RIT 35-2007.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

acusados ALEJANDRO LUIS SALINAS VALENCIA; CARLOS POLIDORO BASCUÑÁN ROJAS; YERKO ENRIQUE BERNALES CATALDO y CARLOS DEL CARMEN OSORIO SOLÍS, ingresaron a las oficinas de la empresa MaqLimp Limitada, ubicadas en calle Pedro de Valdivia Nro. 451 de la ciudad de La Calera, y utilizando dos armas de fuego y un cuchillo, amenazaron a las personas que se encontraban en el lugar para que les indicaran dónde se encontraba el dinero, amordazándolos y amarrándolos de pies y manos con cinta de embalaje, ordenándoles a todos que se ubicaran en el suelo, conductas que repitieron con dos personas más que llegaron minutos más tarde, mientras registraban las distintas dependencias en la búsqueda del dinero, momento en que se percataron de la presencia policial fuera de las oficinas, por lo que arrastraron a siete de los afectados a otra oficina que tenía una ventana que daba al exterior, desde donde uno de los acusados dialogaba con las policías negociando las condiciones para entregarse, y una vez cumplidas, se liberó a los afectados aproximadamente a las 19:00 horas, entregándose los acusados sin haber logrado el apoderamiento del dinero. A consecuencia de los golpes y malos tratos recibidos dos de las víctimas resultaron con lesiones, uno con una contusión pectoral; y otro, con una erosión malar”.

En las páginas que siguen intentaré explicar cómo deberían, en mi opinión, haberse calificado jurídicamente estos hechos y cómo fueron efectivamente calificados por el tribunal.

1. Posibilidad de que la retención sea absorbida por el robo con violencia o intimidación en las personas

Para cometer un delito de robo con violencia o intimidación en las personas podría ser necesario privar de libertad, momentáneamente, a uno o más individuos. Por ejemplo, para asaltar una bomba de bencina, podría ser imprescindible amordazar y maniatar a los empleados; para desvalijar una casa, podría ser ineludible encerrar en una habitación con llave al propietario y su familia. Esto corresponde a uno de los casos que, a propósito del complejo tema del concurso aparente de leyes penales, suelen ser denominados como actos anteriores, coetáneos o posteriores impunes o copenados. Se trata de situaciones en las que es posible afirmar que cuando el legislador ha tipificado como delito una conducta y le ha asignado una pena, ya ha tomado en cuenta el desvalor de otras acciones que normalmente pueden acompañarla como antecedentes o consecuencias ordinarias y que, por lo tanto, carecen de autonomía.² En estos casos, se afirma que el hecho no autónomo es absorbido por el hecho principal, no existiendo entre ambos un concurso de delitos, sino sólo un concurso aparente de leyes penales, que se soluciona de acuerdo con el llamado principio de consunción. Pero para ello es necesario que el hecho principal tenga más pena que el hecho dependiente. En palabras de ETCHEBERRY,

² CASTELLÓ NICÁS, Nuria. *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 2000, p. 53-65. Para una visión panorámica sobre el tema, véase PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004, 278 p.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

“los hechos no autónomos, sino dependientes de otros, son consumidos por el hecho principal, del cual dependen. La “falta de autonomía” de unos hechos con respecto de otros proviene de la regularidad de aparición de aquéllos en relación con éstos, a los cuales sirven o se subordinan. Esta dependencia no puede suponerse ignorada por el legislador, y por lo tanto es lícito admitir que ya la haya considerado al establecer la pena de los hechos principales. Esta regularidad de aparición se produce cuando un hecho es el medio ordinario de comisión de otro (“medio a fin”); cuando es una ofensa de inferior categoría que ordinariamente precede a otra (“menos a más”), y cuando se trata de actos que constituyen antecedentes o consecuencias ordinarias de la realización de otro. Esta última situación corresponde a lo que los alemanes llaman “actos anteriores y posteriores impunes”; ejemplos de tales casos son *el encierro de un morador de la casa para robar (el secuestro es un acto anterior impune)* o el entierro del cadáver de la víctima de un homicidio para impedir que sea descubierto (la inhumación ilegal es un acto posterior impune). Este principio no se aplica, sin embargo, cuando la infracción dependiente resulta con mayor pena, considerada aisladamente, que la infracción principal (v. gr., se mata al marido para poder violar a la mujer), pues en tal caso no puede suponerse concurrente la presunción en que se fundamenta el principio de consunción: parece claro que en el pensamiento del legislador la penalidad de la infracción principal no llega a incluir un desvalor tan grave como el de la infracción subordinada, puesto que ésta tiene más pena que aquélla. En tal caso, se penará como concurso de delitos”³.

Si aplicáramos esta idea a los dos ejemplos mencionados más arriba (asalto a una bomba de bencina, en el que se amordaza y maniata a los empleados, y robo en una casa, en el que se encierra con llave en una habitación al dueño y a su familia), tendríamos que concluir que el desvalor de la privación de libertad que habrían sufrido los empleados de la bomba de bencina y el dueño de la casa y sus familiares, que podría dar lugar a sendos delitos de secuestro –o sustracción de menores, dependiendo de la edad de las víctimas–, se vería absorbido por el mayor desvalor del robo con violencia o intimidación en las personas. Pues bien, lo mismo habría que concluir para una parte del caso real explicado *supra*. Como es posible presumir que el legislador, al momento de tipificar el robo con violencia o intimidación en las personas y asignarle pena, ya tuvo en cuenta el desvalor de la transitoria privación de libertad que algunas personas podrían sufrir como consecuencia de la comisión de aquel delito,⁴ la afectación de la

³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. t. II, p. 127 (las cursivas son mías).

⁴ Así, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 197: “En muchos casos una detención o encierro temporal son necesarios para la comisión de otros hechos penados por la ley, como la violación o el robo con intimidación simple y calificado. En estas situaciones, cuando el período de privación de libertad no excede del necesario para la realización del delito a que se vincula, la figura de secuestro simple queda desplazada por *consunción* en esos otros hechos de mayor gravedad” (las cursivas en el original). En el mismo sentido, en la doctrina española, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 187-188: “Todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una cierta limitación de la libertad ambulatoria de la víctima, a la que durante la comisión del hecho no se le permite moverse del lugar o se la traslada a otro para obtener el lucro propio de esta clase de infracciones. [...] Es de aplicación el concurso de normas o de leyes únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n°4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

libertad ambulatoria que los empleados de la empresa sufrieron mientras se ejecutaba el robo se vio absorbida por éste. Lo confirma la circunstancia de que el art. 433 N° 2 del Código Penal contempla, dentro de las hipótesis de robo con violencia o intimidación en las personas calificado, el denominado robo con retención, que se verifica cuando las víctimas son retenidas bajo rescate o *por más de un día*. Tradicionalmente, cuando los autores explican el sentido de esta última modalidad, enseñan que el hecho de que se exija que la retención dure más de un día obedece a que en el robo con violencia o intimidación en las personas es usual que las víctimas se vean privadas temporalmente de su libertad ambulatoria, de modo que la agravación opera porque el tiempo de duración de dicha privación de libertad supera lo que puede estimarse normal. Es el caso, por ejemplo, de GARRIDO MONTT, quien expresa que

“esta exigencia se explica porque lo frecuente en estos delitos será que, por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material, pero mantenerlos en tales condiciones por más de un día es algo excesivo que motiva el agravamiento del hecho”⁵.

En consecuencia, una privación de libertad de duración no superior a un día, que tenga lugar *con motivo* de la apropiación (para facilitarla o llevarla a efecto) o *con ocasión* de ella (para asegurar la impunidad), se ve desplazada por el robo con violencia o intimidación en las personas simple, siendo ésta la única figura aplicable. En el caso real descrito más arriba, la privación de libertad que los empleados sufrieron desde que los asaltantes ingresaron al local hasta que éstos se percataron de la presencia policial se considera absorbida por el robo con violencia o intimidación en las personas simple. En suma, hasta ese momento, sólo era posible sancionar por un delito de robo con violencia o intimidación en las personas simple, que en mi opinión únicamente llegó al grado de desarrollo de la tentativa, porque los sujetos no alcanzaron a poner de su parte todo lo necesario para la consumación, concretamente, no alcanzaron a tomar el dinero, en cuya búsqueda se encontraban cuando fueron sorprendidos por la policía. Sin embargo, en la sentencia comentada, el tribunal estimó que el robo alcanzó la fase de frustración. En efecto, en su considerando décimo el fallo señaló que

“el delito se encuentra en grado de frustrado, desde el momento que los agentes pusieron todo lo necesario de su parte para que el ilícito se consumara, pero esto no se verificó debido a la llegada de personal policial al sitio del suceso, como relataron los policías Olavarría Sepúlveda, Peñaloza Díaz y Mora Paredes, quienes en suma, señalaron que se encontraban en la Unidad cuando se recibió un llamado anónimo dando cuenta de la perpetración del ilícito, por lo que concurrieron al lugar, percatándose de la efectividad de la denuncia; situación que a la postre impidió que el delito se verificara. Se desestima así la petición de la Defensa en

los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al *modus operandi* utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima”.

⁵ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. t. IV, p. 206.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n°4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

orden a estimar tentado este delito, ya que del mérito de la prueba queda en evidencia que los hechores pusieron todo de su parte para que el delito se consumara y esto no se verificó por causas independientes de su voluntad. Y eso fue tan así que a fin de reducir e inmovilizar a los ofendidos, no sólo ingresaron y amenazaron con armas de fuego y un cuchillo, sino que además los amarraron y amordazaron para ejecutarlo sin posible oposición; sin haberse alcanzado a concretar, debido a la llegada de personal policial que hizo variar radicalmente el contexto inicial de comisión del crimen.”

Con todo, independientemente del grado de desarrollo que alcanzó la ejecución del delito de robo, lo cierto es que a partir de ese momento la calificación jurídico-penal experimentó una variación. Desde ese instante, la privación de libertad que los empleados sufrieron dejó de encontrarse objetiva y subjetivamente vinculada con la apropiación de cosas muebles (no se orientó a facilitar la apropiación, ni tampoco a asegurar su posterior impunidad), para pasar a estar orientada al logro de un fin distinto (la obtención de ciertas condiciones para entregarse a la autoridad). Es cierto que es posible presumir que el legislador, al tipificar y asignar pena al robo con violencia o intimidación en las personas, ya tomó en cuenta el desvalor de la retención transitoria que las víctimas pueden sufrir por la comisión de dicho delito. Pero no parece razonable suponer, en el evento de que se interrumpa la ejecución del hecho por la llegada al lugar de su comisión de agentes policiales, que también haya tomado en cuenta el desvalor de una eventual adicional privación temporal de libertad que las mismas víctimas pudieren padecer, como consecuencia de ser tomadas como rehenes para el logro de condiciones adecuadas para entregarse a la policía. En estos casos, no se puede afirmar que la nueva privación de libertad sea una acción que *normalmente* acompañe, como antecedente o consecuencia *ordinaria*, a la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Es precisamente lo extraordinario de estos hechos lo que explica la conmoción pública que produjeron en la ciudad de La Calera. En consecuencia, si hasta antes del señalado momento la privación de libertad que las víctimas sufrían se encontraba absorbida por el robo con violencia o intimidación en las personas, a partir de ese instante la privación de libertad que siguieron padeciendo configuró un delito de secuestro. De modo que al primer delito, un robo con violencia o intimidación en las personas simple, ahora se añade, en concurso material, un segundo delito, el secuestro,⁶ más bien, un concurso ideal de varios secuestros –tantos cuantas víctimas vieron privada su libertad–.⁷

2. Clase de secuestro concretamente cometido

⁶ Véase BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal: Parte Especial (Delitos contra la vida, la salud individual, el patrimonio y la libertad sexual)*. Santiago: LexisNexis, 2005. t. III, p. 111, quienes, a propósito de la hipótesis de robo calificado llamada *robo con retención* sostienen que si no existiera conexión objetiva y subjetiva entre la privación de libertad de las víctimas y el acto de apropiación, se produciría un concurso entre un robo simple y un delito contra la libertad personal (como un secuestro), lo que me parece una confirmación de la idea que expongo en el texto.

⁷ Es en el considerando vigésimo primero del fallo donde se reconoce que ha habido un concurso ideal de tantos secuestros cuantas víctimas vieron privada su libertad.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Suelen distinguirse diversas figuras de secuestro: una simple y tres agravadas. La simple consiste, en los términos que indica el art. 141 CP, en que, sin derecho, se encierre o detenga a otro, privándosele de su libertad (inc. 1º). Las agravadas tienen lugar, de conformidad con la misma disposición, primero, cuando se ejecuta para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones (inc. 3º); segundo, cuando el encierro o la detención se prolongan por más de quince días o si de ello resulta un daño grave en la persona o intereses del secuestrado (inc. 4º) y, tercero, cuando con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además homicidio, violación, castración, mutilación o lesión gravísima en la persona del ofendido (inc. 5º). De todas estas figuras, la segunda (secuestro por más de quince días o grave daño en la persona o intereses del secuestrado) y la tercera (secuestro con homicidio, violación, castración, mutilación o lesión gravísima) de las agravadas, claramente, no parecen aplicables en el caso real expuesto más arriba, porque sus presupuestos de aplicación no concurren. Por lo tanto, el problema se reduce a determinar si se está en presencia de la modalidad simple o de la primera de las figuras agravadas (secuestro para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones).

Un análisis puramente literal de la disposición podría llevar a concluir que era aplicable esta última modalidad agravada de secuestro, porque en el caso examinado los sujetos efectivamente plantearon una serie de “exigencias” para deponer su conducta y entregarse. De hecho, el Ministerio Público estimó en su acusación que se estaba en presencia de esta clase de secuestro, porque los imputados exigieron, entre otras cosas, que se presentara un juez del crimen, que concurriera un fiscal del Ministerio Público, que se trajeran dos ambulancias, que se suscribiera un documento por parte de un juez para garantizar que no serían llevados a una unidad policial en caso de entregarse y ser detenidos, que se presentara un juez de garantía y que se trajera un carro de Gendarmería de Chile para trasladarlos directamente a un juzgado de garantía a una audiencia de control de detención. Sin embargo, un examen más profundo del tema conduce a una conclusión distinta.

El fundamento de la agravación de responsabilidad penal para la modalidad de secuestro consistente en que se ejecute para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones se encuentra en que, en estos casos, además de privarse la libertad ambulatoria de las víctimas, se busca afectar otros bienes jurídicos.⁸ Por ejemplo, en el secuestro que se ejecuta para cobrar una suma de dinero como rescate se pretende afectar la propiedad o el patrimonio; en el secuestro que se lleva a cabo para imponer la exigencia de que se libere a personas que se encuentran cumpliendo en forma efectiva penas privativas de libertad se intenta afectar la correcta administración de justicia;⁹ este mismo bien jurídico se ve busca atacar en el secuestro que se realiza para arrancar una decisión absolutoria en el juicio seguido contra un familiar del sujeto activo. Pues bien, nada de esto ha ocurrido en el caso expuesto *supra*. En efecto, la privación de libertad que las víctimas sufrieron mientras se producía la “negociación” entre los imputados y

⁸ En este sentido, POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones (Parte Especial)*, p. 199.

⁹ Véase GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “La evasión de detenidos y sus epifenómenos delictuosos”. En: EL MISMO. *Estudios y defensas penales*. 1ª edición. Santiago: LexisNexis, 2005, p. 351.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

la policía no tenía como fin la afectación de ningún bien jurídico adicional a la libertad ambulatoria de los rehenes, sino sólo la verificación de ciertas circunstancias adecuadas para cesar su acción y entregarse a la autoridad.

Más aún, lo único que los imputados buscaban era que se cumpliera respecto de ellos algo que constituye una garantía reconocida para todas las personas, cual es el derecho, en caso de ser detenidas, a ser conducidas de inmediato ante un juez, para que éste examine la legalidad de la detención. Es esto lo que prescribe el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al señalar que

“toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada *sin demora* ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.

Algo muy similar dispone el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰ Y es esta misma idea el fundamento de la existencia del art. 95 CPP, al señalar en su inc. 1º que

“toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida *sin demora* ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere”.

Como se comprenderá, no puede estimarse concurrente la modalidad agravada de secuestro consistente en ejecutarlo para imponer exigencias, cuando lo que el secuestrador está exigiendo es el respeto de una garantía reconocida incluso en tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en el ordenamiento jurídico chileno. Considerar aplicable dicha forma agravada de secuestro sería tan absurdo como estimarla concurrente cuando el secuestrador exigiera, como condición para deponer su acción y entregar a sus rehenes, que no se le torture durante la posterior investigación y que se le entregue un documento firmado en que se le garantice que no será sometido a tormentos, lo que también constituye una garantía reconocida en tratados internacionales suscritos por Chile.¹¹ En palabras simples, es de sentido común que no tenga lugar la mencionada modalidad agravada de secuestro cuando el sujeto activo “exige” algo a lo que tiene derecho.

Por otro lado, no tiene mayor importancia el hecho de que las “exigencias” hayan sido varias y hechas en forma sucesiva, comenzando por la presencia de un juez del crimen, siguiendo con la concurrencia de un fiscal del Ministerio Público, continuando con la elaboración de un documento firmado por un juez para garantizar que los imputados no

¹⁰ Art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, *sin demora*, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso [...]”.

¹¹ Véanse los arts. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

serían llevados a una unidad policial en caso de entregarse y ser detenidos, y terminando con la presencia de un juez de garantía. Ello sólo permite concluir dos cosas. En primer lugar, que los sujetos no conocían las peculiares características del nuevo sistema procesal penal chileno. De haberlo conocido, muchas de tales “exigencias” no se habrían formulado. Y en segundo término, que fue justamente ese desconocimiento lo que explica por qué pasaron casi cuatro horas hasta que los imputados depusieron su acción y se entregaron. Dicho tiempo habría sido mucho menor si se les hubiera sacado antes del error –no imputable a ellos– que sufrían. En tales circunstancias, no parecía legítimo imponerles la elevada pena que contempla la modalidad agravada de secuestro consistente en ejecutarlo para imponer exigencias.

Una sola de las “exigencias” que los sujetos hicieron en el caso expuesto más arriba podría haberse estimado idónea para afectar un bien jurídico distinto de la libertad ambulatoria de las víctimas (y no para obtener el respeto de una garantía fundamental). Me refiero a la petición que formularon para que se les llevaran bebidas, cigarrillos y cervezas. En efecto, en caso que se hubiese accedido a dicha solicitud, alguien tendría que haber pagado por ellas, por lo que se habría visto afectado el patrimonio o la propiedad de alguna persona. Sin embargo, me parece que esta consideración no podía estimarse suficiente para aplicar la ya mencionada modalidad agravada de secuestro, porque lo habría impedido el principio de insignificancia, dentro de la teoría de la imputación objetiva. Conforme a este principio, cuando la conducta realizada por el sujeto activo formalmente coincide con la descripción abstracta de comportamiento prevista en un tipo penal, pero crea un riesgo cuantitativamente insuficiente para el bien jurídico, dicho riesgo es insignificante, por lo que la conducta no puede estimarse penalmente típica.¹² Creo que es esto precisamente lo que ha ocurrido en el caso en análisis. El bajo costo de las provisiones solicitadas, en comparación con las elevadas sumas de dinero que podrían haberse exigido, permite concluir que la posible afectación del bien jurídico distinto de la libertad de desplazamiento de las víctimas hubiera sido mínimo, insignificante. Además, debe reconocerse que lo que los sujetos buscaban como objetivo principal era el contacto directo e inmediato con un juez de la república, de modo que la petición de cigarros, bebidas y cervezas únicamente tuvo un carácter accesorio y secundario. Nadie podría seriamente sostener –como lo exige la cuestionada modalidad agravada– que el secuestro se haya ejecutado *para* –con el fin de– conseguir estas provisiones.

¹² Véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Montevideo – Buenos Aires, Editorial B. de F., 2004, p. 255. Véase también REBOLLO VARGAS, Rafael. “Comentario al art. 164”. En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. (directores). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Madrid – Barcelona, 2004. t. I, p. 186-187, quien, analizando la estructura del delito de secuestro en el Código Penal español, que contempla, además de la privación de libertad, la exigencia de una condición para poner a la víctima en libertad, sostiene que “por lo que respecta a la exigencia de la condición, lo que parece cierto es que ésta ha de tener una entidad significativa, quedando fuera del tipo aquellas que fueran testimoniales o bien fueran de carácter nimio”. Similar, PRATS CANUT, Josep Miquel. “Comentario al art. 164”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director); MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 5ª edición. Navarra: Thompson – Aranzadi, 2005, p. 205.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

En consecuencia, en el caso analizado era la modalidad simple de secuestro la que debía estimarse concurrente, no la agravada consistente en ejecutarlo para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones, ni, por cierto, ninguna de las otras modalidades agravadas. Por ello no debe extrañar que el tribunal, desechando la pretensión del Ministerio Público, efectivamente haya calificado el hecho como secuestro simple, al declarar en el considerando duodécimo de su sentencia que

“Ha argumentado el ministerio público a favor de su tesis que los acusados impusieron exigencias, toda vez que prohibieron el ingreso policial al sitio del suceso en circunstancias que se estaba ante una hipótesis de flagrancia que autorizaba la acción inmediata de los funcionarios policiales; demandaron en primer lugar un papel suscrito por el juez que les garantizara el traslado directo al tribunal y la cárcel; requirieron luego, no conformes con dicho papel, la presencia personal del magistrado; reclamaron posteriormente que éste les tomara una declaración asistido por una actuario, situación improcedente; y luego de ello, una vez cumplidas tales peticiones, liberaron a los rehenes y se entregaron [...].

Así las cosas, del mérito de los hechos que se tuvieron acreditados, los acusados ingresaron al sitio del suceso con el ánimo preciso y expreso de apropiación; y en ese designio amenazaron con armas de fuego y un cuchillo a las víctimas, amordazándolas y amarrándolas de pies y manos; hasta ahí, la detención temporal era necesaria para la comisión del delito. Con todo, la situación muta a otra distinta cuando los hechores se percatan de la presencia policial y se saben atrapados. En ese contexto, dan cuenta a los policías que tienen afectados dentro, “rehenes” dicen, por lo que les señalan que no ingresen; pero como saben que no hay salida, negocian con los funcionarios policiales, de manera de ser puestos a disposición directa del tribunal correspondiente. Esta actitud de los hechores se genera luego de escuchar un disparo, lo que les hace temer un ingreso policial inminente. Obviamente acá la detención y encierro ilegítimo de los ofendidos supera lo necesario para la perpetración del ilícito original y evidentemente se desvincula del deseo apropiatorio; ha comenzado otro ilícito: secuestro. Procede entonces calificarlo jurídicamente como simple o agravado, analizando si en este caso en particular, los secuestradores lesionaron o buscaban lesionar otro bien jurídico con sus requerimientos. Se ha propuesto por la fiscalía que aquel otro bien jurídico lesionado es la correcta administración de justicia, toda vez que se hicieron exigencias que impidieron el ingreso al lugar de policías que podían hacerlo, se reclamó un papel suscrito por el juez que garantizara evitar el paso por cuarteles policiales, el que obtuvieron y rechazaron -y cuya copia fue incorporada como prueba documental, junto con la resolución que accedía a la petición de ese instrumento y el oficio que lo remitió a la fiscalía-; se demandó la presencia del juez e incluso se le requirió que les tomara una declaración apoyado por una actuario, todo lo cual no responde al actual sistema de procesamiento penal. A entender de estos jueces, ello no fue así, ya que no ha quedado para nada acreditado que ese fuera efectivamente el designio motivador del accionar delictivo, toda vez que del mismo tenor de las peticiones efectuadas se desprende la falta de conocimiento de los acusados en materia procesal penal, pues ellos querían, en primer lugar, la presencia del juez del crimen, institución a la sazón incompetente. Además los hechores no pretendían eludir la acción de la justicia; al contrario, justamente querían entregarse, pero evitando el paso por cualquier unidad policial. Tampoco puede entenderse que la petición de cigarrillos y cervezas –que efectivamente se realizó y se cumplió– satisfaga la justificación del mayor reproche

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

penal del inciso tercero en comento, al haberse lesionado el patrimonio de alguien; puesto que iluso sería pensar y erróneo concluir que era eso el “algo más” que los secuestradores buscaban obtener con la detención de los afectados. De los hechos acreditados en la audiencia de juicio oral, no es posible establecer que en la detención y encierro ilegítimo de las víctimas hubiese habido o buscado por los secuestradores la lesión de otro bien jurídico, toda vez que la retención indebida obedeció a una conducta sobreviniente al hecho de haber sido sorprendidos por las policías al interior de la propiedad afectada, más que a un ánimo delictivo independiente y principal, necesario para estar frente a la figura penal propuesta por el ente acusador; razones que hacen estimar al secuestro como simple.”

3. En torno a la aplicabilidad de algunas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

He dicho hasta ahora que en el caso expuesto *supra* debía estimarse concurrente un delito de robo con violencia o intimidación en las personas, en grado de tentativa y un delito de secuestro en su modalidad simple. En esta parte del trabajo analizaré la procedencia de haber aplicado algunas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

3.1. Respecto del robo con violencia o intimidación en las personas

3.1.1. Agravante de uso o porte de armas

En su acusación, el Ministerio Público invocó esta agravante común a los delitos de hurto y robo que se encuentra prevista en el inc. 2º del art. 450 CP, y cuya redacción actual es la siguiente:

“En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas”.

Sin embargo, esta redacción corresponde al texto resultante de la modificación introducida por la Ley N° 19.975, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2004. Los hechos analizados tuvieron lugar pocos días antes, el 30 de septiembre de 2004, cuando la disposición rezaba así:

“Serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, los culpables de robo o hurto cuando hagan uso de armas o sean portadores de ellas, siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido”.¹³

¹³ Para una panorámica acerca de las modificaciones sufridas por el art. 450 CP desde su entrada en vigencia hasta el año 1974, puede verse DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora*. Valparaíso: Edeval, 1974, p. 196.197, nota 183. Para un examen de las modificaciones posteriores a 1974, véase OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “La aplicabilidad de la agravante de uso o porte de armas en el delito de

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Como es obvio, para no vulnerar la exigencia de irretroactividad de las leyes penales, era el texto vigente al momento de los hechos el que debía tenerse en cuenta para decidir la procedencia o improcedencia de su aplicación. Pues bien, conforme a este texto, puede concluirse que la agravante en examen no resultaba aplicable al robo con violencia o intimidación en las personas cometido en los hechos analizados. En efecto, como la agravante operaba con una cláusula de subsidiariedad expresa (“*siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido*”), quedaban descartados de su aplicación los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas simple y calificado, atendida su penalidad. Sólo era aplicable, en principio, a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa.¹⁴ De hecho, fueron estas consideraciones las que llevaron al legislador a modificar el texto de la citada disposición mediante la mencionada Ley N° 19.975.¹⁵ En consecuencia, dado que el delito cometido por los sujetos fue, precisamente, un robo con violencia o intimidación en las personas simple (cuya pena es exactamente igual a la pena resultante de la aplicación de la agravante, conforme al texto vigente a la fecha de los hechos), la circunstancia modificatoria examinada no podía aplicarse o, en otras palabras, no producía efecto. Por eso tampoco debe extrañar que el tribunal, contra la pretensión del Ministerio Público, haya desestimado la mencionada agravante, al señalar en el considerando décimo sexto de su fallo que

“al deliberar se rechazó las agravantes invocadas por el Ministerio Público en el auto de apertura de juicio oral contemplada en el artículo 450 inciso segundo y 12 N° 20 ambas del Código Penal, atendido a que a la época de perpetración de los hechos, no se encontraban vigentes. En efecto, como ha quedado establecido, la fecha de perpetración del ilícito materia de reproche penal en este juicio es el 30 de septiembre de 2004, en circunstancias que las citadas circunstancias (sic) fueron introducidas al texto del Código Penal, por la Ley N° 19.975, publicada en el Diario Oficial el 05 de octubre de 2004, razón por la cual, atendido el principio constitucional de la irretroactividad de la ley penal, su negativa fluye indefectiblemente.”

Esto es así, aun cuando se trataba de un delito frustrado –en mi opinión, como lo he dicho, una tentativa–, porque conforme al inc. 1° del art. 450 CP, debía castigarse el hecho con la pena del delito consumado. Pero incluso si se hubiera estimado, siguiendo una línea jurisprudencial minoritaria,¹⁶ que la regla del citado inc. 1° del art. 450 CP se encuentra tácitamente derogada, por lo que para sancionar la tentativa y la frustración de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas deberían haberse efectuado las correspondientes rebajas de grado, aun así la agravante no podía ser

robo con violencia o intimidación en las personas. Comentario a un fallo”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N° 28, 2007, semestre I, p. 144-146.

¹⁴ POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones (Parte Especial)*, p. 374-375.

¹⁵ Véase el mensaje presidencial N° 64-350, de 10 de octubre de 2003, con que se inició la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley N° 19.975.

¹⁶ Véanse, entre otras, sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de noviembre de 2000 y de 10 de octubre de 2001.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n°4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

aplicada, porque se habría vulnerado el principio *non bis in idem*. En efecto, en este caso se habría aplicado una agravante cuya inherencia a la ejecución del hecho no se encontraba implícita en el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas, pero sí derivaba de las circunstancias concretas en que se cometió, lo que la doctrina mayoritaria estima que infringe lo dispuesto en el inc. 2° del art. 63 CP.¹⁷ Más aún, cuando los autores estudian específicamente el delito de robo con violencia o intimidación en las personas suelen destacar la misma idea. Así, por ejemplo, ETCHEBERRY afirma que en este delito “el uso de armas es regular y ordinario, de modo que no resultaría lógico tomar nuevamente en cuenta el uso de armas para elevar todavía más la penalidad (principio de la consunción)”¹⁸. Otro tanto sostiene GARRIDO MONTT, cuando señala que “respecto del robo, en el que debe concurrir violencia o intimidación, el uso de arma es algo normalmente inherente al delito”¹⁹. Finalmente, lo mismo plantean POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, al afirmar, incluso teniendo a la vista el texto actual del inc. 2° del art. 450 CP, que “quedarán descartados de la aplicación de esta agravante quienes sean culpables de robo con violencia o intimidación simple o calificado, donde el uso de las armas es [...] *inherente* a su comisión”²⁰.

3.2. Respetto del secuestro

3.2.1. Atenuante de devolución de las víctimas

Esta es una atenuante específicamente aplicable al delito de secuestro –y al de sustracción de menores–, que se contempla en el art. 142 bis CP, cuyo tenor es el siguiente:

“Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores”.

Su fundamento se halla en razones de política criminal. El legislador, para evitar que a las personas privadas de libertad en un delito de secuestro se les cause daño, ha decidido

¹⁷ Así, CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 766-767.; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. t. I, p. 318-319.; ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, p. 180; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 521-522.

¹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999. t. III, p. 363.

¹⁹ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, p. 260.

²⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 391-392 (las cursivas en el original). Véase también OLIVER C., “La aplicabilidad”, p. 146-150.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

“incentivar” a los sujetos activos, con una rebaja de pena, para que devuelvan a sus víctimas. Resulta indiferente que la devolución obedezca a auténticos fines altruistas o a la intención calculada de obtener una pena más benigna.

En mi opinión, esta atenuante, en su segunda modalidad (devolución de las víctimas después de cumplidas las condiciones), resultaba aplicable a los hechos expuestos más arriba. En efecto, consta del relato fáctico que los sujetos, después de cumplidas las “exigencias” formuladas, liberaron a los rehenes y se entregaron voluntariamente. En consecuencia, habiéndose alcanzado la *ratio legis* de la atenuación, resultaba procedente su aplicación. Es cierto que la letra de la disposición exige que las víctimas sean devueltas “libres de todo daño” y que en el relato de los hechos se indica que algunas de las víctimas sufrieron lesiones. Sin embargo, esto no impedía estimar concurrente la atenuante en análisis, porque es evidente que para cometer un delito de secuestro es o puede ser necesario causar algún daño a la víctima, por lo que la ley tiene que estar haciendo referencia a algún daño distinto. De lo contrario, la atenuante nunca podría ser aplicada. En palabras de POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, la extensión de la expresión “libre de todo daño”, “debe adecuarse a la naturaleza del delito que se trata, por lo que debe entenderse solamente como “libre de todo daño adicional al necesario para la comisión del delito”, pues de otro modo su aplicabilidad sería imposible”²¹. En el mismo relato fáctico consta que esas lesiones –que fueron calificadas como leves– fueron causadas como consecuencia del traslado de los empleados a la oficina del interior del inmueble, es decir, fueron necesarias para la concreta comisión del delito de secuestro que sucedió en el tiempo al delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Por lo tanto, la atenuante era aplicable. Incluso si esas lesiones se hubieran causado antes del secuestro, durante la ejecución del robo con violencia o intimidación en las personas, igualmente y con mayor razón habría sido aplicable la atenuante, en primer lugar, porque dichas lesiones habrían estado ya comprendidas en el desvalor del robo (la penalidad de este delito absorbe las lesiones leves causadas durante su comisión) y, en segundo término, porque las lesiones que las víctimas hubieran tenido al iniciarse el secuestro y al finalizar su comisión habrían sido las mismas. Por eso no me parece aceptable que el tribunal haya desestimado esta atenuante, al declarar en el considerando décimo octavo de su fallo que

“tampoco se hará lugar a la circunstancia atenuante de responsabilidad penal pretendida por la defensa, consagrada en el artículo 142 bis del Código Penal, por dos razones: una de fondo y otra de forma. En primer lugar, dado que se trata de una facultad del tribunal que, atendida la gravedad de los hechos, estima improcedente beneficiar a los encartados con tal minorante. En segundo lugar, la atenuante postulada se pone en el caso que la devolución de las víctimas se produzca después de alguna de las condiciones, lo que resulta incompatible con la calificación jurídica de secuestro simple efectuada en el motivo undécimo.”

A mi juicio, si bien es cierto que la rebaja de grado que esta atenuante permite efectuar es facultativa, no es correcto afirmar que ésta sea absolutamente incompatible con la

²¹ POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones (Parte Especial)*, 1ª edición, p. 198.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n.º4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

modalidad de secuestro simple. Una interpretación teleológica de la disposición permite incluir en su radio de acción esta clase de secuestro. Si la finalidad del precepto es que los secuestradores devuelvan a sus víctimas libres de daños adicionales a los necesarios para cometer el delito, carece de importancia el hecho de que las condiciones que aquéllos exijan para la devolución sean de tal entidad que permitan hablar de un secuestro agravado, o sean de aquellas que –como en el caso en análisis– sólo permiten sostener la presencia de un secuestro simple. El *telos* de la disposición –la protección de la víctima– permite considerar incluida esta última modalidad de secuestro dentro de su literalidad.

3.2.2. Agravante de ejecutar el delito portando armas de fuego o aquellas referidas en el art. 132 CP

Esta es una circunstancia agravante genérica, aplicable en principio a cualquier delito, que se encuentra contemplada en el N.º 20 del art. 12 CP. Sin embargo, y a pesar de que fue invocada por el Ministerio Público en su acusación, tampoco era aplicable a los hechos analizados. Antes de la Ley N.º 19.975, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2004, esta agravante no existía. Como ya se ha dicho, los hechos tuvieron lugar pocos días antes, el 30 de septiembre de 2004, por lo que, siendo respetuosos del principio de irretroactividad de las leyes penales, la señalada circunstancia modificatoria de responsabilidad penal no se podía aplicar.²²

Tampoco podía estimarse aplicable, a pesar de que el Ministerio Público la invocó en el juicio oral –no en su acusación–, la agravante del art. 12 N.º 6 CP, en su texto vigente a la fecha en que los hechos sucedieron –que días después fue sustituido por la citada Ley N.º 19.975–, que consistía en

“abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”,

porque ello habría importado vulnerar el principio *non bis in idem*. En efecto, si se la hubiera aplicado al secuestro, se habría aplicado una agravante inherente a las circunstancias concretas en que dicho delito se cometió, lo que, como se ha dicho más arriba, habría infringido lo dispuesto en el inc. 2.º del art. 63 CP.²³ Piénsese que se trataba de cuatro sujetos, que mantuvieron privadas de libertad a nueve personas. Es evidente que no habrían podido hacerlo, si no hubieran actuado premunidos de armas. Por otra parte, la agravante, en su antiguo texto, exigía no el *uso*, sino el *abuso* de las armas, lo que, como es obvio, implicaba algo más que el mero empleo de las mismas.²⁴ Esta era otra razón más para negar su aplicación a los hechos expuestos más arriba. Por

²² Véase la parte pertinente del considerando décimo sexto que se ha transcrito más arriba.

²³ Véase nota 17.

²⁴ Así, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. “Artículos 12 y 13”. En: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (directores); MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coordinador). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno: Libro Primero. Parte General*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002. t. I, p. 200.

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n°4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

eso no debe extrañar que el tribunal la haya desestimado, al declarar en el considerando decimoséptimo de su sentencia que

“Por otra parte, a fin de salvar el error de la acusación, el fiscal en estrados sostiene que los acusados –en este caso– abusaron de la superioridad de las armas, asilándose en la antigua redacción del N° 6 del artículo 12 del Código Penal, previa a la aludida Ley N° 19.975, fundando su solicitud en el hecho que los encartados habrían hecho un uso abusivo de las armas durante la comisión del delito de secuestro. Estos juzgadores no observan que de la prueba producida en el juicio surjan tales conclusiones; por la inversa, se advierte que ellos hicieron uso de armas de fuego y armas blancas, pero sólo para obtener la reducción de las víctimas y, posteriormente, para mantenerlas encerradas y retenidas, elementos constitutivos del delito de secuestro por el cual se sancionará penalmente a los acusados, no pudiendo estimarse nuevamente tal circunstancia para agravar su responsabilidad por tales hechos.”

Conclusiones

Al finalizar este trabajo he decidido dejar establecidas, a modo de conclusiones, las principales afirmaciones hechas a lo largo del mismo:

1. En el caso analizado, el robo con violencia o intimidación en las personas simple sólo alcanzó el grado de desarrollo de la tentativa, porque los sujetos no alcanzaron a poner de su parte todo lo necesario para la consumación, concretamente, no alcanzaron a tomar el dinero, en cuya búsqueda se encontraban cuando fueron sorprendidos por agentes de la policía. A pesar de ello, el tribunal consideró que el robo alcanzó la fase de frustración.
2. La afectación de la libertad ambulatoria que los empleados de la empresa sufrieron mientras se ejecutaba el robo con violencia o intimidación en las personas simple (desde que los asaltantes ingresaron al local hasta que éstos se percataron de la presencia policial) se vio absorbida por éste.
3. La privación de libertad que las víctimas continuaron sufriendo después de la llegada al lugar de la policía, no se encontró objetiva ni subjetivamente orientada a la apropiación de cosas muebles (ni a facilitar la apropiación, ni tampoco a asegurar su posterior impunidad), sino al logro de un fin distinto, por lo que dicha privación de libertad que siguieron padeciendo dejó de formar parte del delito de robo para configurar un delito de secuestro.
4. Esta nueva privación de libertad no tuvo como fin la afectación de ningún bien jurídico adicional a la libertad ambulatoria de los rehenes, sino sólo la verificación de ciertas circunstancias adecuadas para cesar su acción y entregarse a la autoridad, reconducibles al respeto del derecho que tiene toda persona, en caso de ser detenida, a ser llevada de inmediato ante un juez, para que éste examine la legalidad de la detención. Por ello, no podía estimarse aplicable la modalidad agravada de secuestro consistente en que éste se ejecute para obtener un rescate o imponer exigencias o

OLIVER CALDERÓN Guillermo. “Acerca de la retención de las víctimas en la comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas. A propósito de un caso real. Comentario a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 22 de agosto de 2007, RIT 35-2007.” Polít. Crim. n°4, 2007, D6, p.1-16. [<http://www.politicacriminal.cl>]

arrancar decisiones, sino sólo la modalidad simple, cuestión que el tribunal, correctamente, consideró.

5. La agravante de uso o porte de armas en el robo, conforme al texto del inc. 2° del art. 450 CP vigente a la fecha de los hechos analizados (30 de septiembre de 2004), no resultaba aplicable a éstos, porque operaba con una cláusula de subsidiariedad expresa (“*siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido*”), que hacía que quedaran descartados de su aplicación, entre otros, los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas simple y calificado, atendida su penalidad.

6. La atenuante especial aplicable al secuestro, consistente en la devolución de las víctimas después de cumplidas las condiciones, resultaba aplicable a los hechos analizados, aun cuando algunas de aquéllas sufrieron lesiones, porque éstas fueron necesarias para la concreta comisión del delito de secuestro, y a pesar de que se trataba de un secuestro simple, porque una interpretación teleológica de la pertinente disposición permitía considerar incluida esta clase de secuestro dentro de su literalidad. A pesar de ello, el tribunal desestimó dicha atenuante.

7. La agravante genérica, aplicable en principio a cualquier delito, que se encuentra contemplada en el N° 20 del art. 12 CP, no era aplicable a los hechos analizados, porque a la fecha de éstos (30 de septiembre de 2004), esta agravante no existía aún, tal como el tribunal, correctamente, lo declaró.