Boletín N° 8.944-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Espina, Coloma, García, Larraín Fernández y Walker, don Patricio, que sustituye el tipo penal del delito de extorsión previsto en el artículo 438 del Código Penal.

Honorable Senado:

1.- A fines de Marzo del presente año, en un diario de circulación nacional, se publicó un artículo que da cuenta del "cobro de peajes" en zonas rurales de la Región de la Araucanía.

Específicamente, en la edición del Diario El Mercurio de 24 de Marzo de 2013, se señala que **"se trata de una práctica que apunta a obtener un pago de los propietarios agrícolas y forestales, a cambio de protección o de una promesa de tranquilidad".**

"Las presiones se dan en un plazo donde los límites entre el simple hostigamiento y la amenaza abierta son difusos. Algunos de los afectados ceden y pagan. La regla general es que entregan dinero o parte de sus cosechas. Lo hacen por miedo. Bajo la premisa de que quien no coopera se arriesga a ser blanco de una venganza".

Agrega respecto de las víctimas que **"por temor a represalias, todas hablaron bajo condición de estricto anonimato".**

He podido corroborar la veracidad de lo expuesto precedentemente en reuniones sostenidas con parceleros y agricultores de la Región de La Araucanía, quienes también me han expresado que prefieren mantener, al menos por ahora, la reserva de su identidad para evitar atentados en contra de ellos, sus familias y sus bienes.

2.- Atendida la gravedad de lo expuesto precedentemente, consulté a abogados penalistas de reconocido prestigio, entre ellos al abogado Jorge Bofill Genzsch, quien asesora regularmente a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de este Senado, con el objeto de determinar si se requería de alguna modificación legal respecto de la actual tipificación del delito de extorsión. Específicamente, si las conductas descritas precedentemente están claramente tipificadas y sancionadas en la legislación vigente. La respuesta fue afirmativa, esto es, que se justifica sustituir el artículo 438 del Código Penal con el objeto de ampliar el tipo penal para el delito de extorsión.

3.- A continuación es necesario señalar las normas legales que se refieren a la materia.

Artículo 438 del Código Penal que contempla la figura conocida como **"extorsión documental"**:

“El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo.”

Artículo 161 B del Código Penal:

“Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquiera conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado.”

Artículo 161-A inciso primero:

“Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso público”.

Artículo 296 del Código Penal:

“El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito”.

2° Con presidio menor en sus grados mínimo a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito.

3° Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta.

Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisarios, éstas se estimarán como circunstancias agravantes.

Para los efectos de este artículo se entiende por familia el cónyuge, los parientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad legítima, los padres e hijos naturales y la descendencia legítima de éstos, los hijos ilegítimos reconocidos y los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad legítimas".

4.- En el informe que prepararon, a petición del suscrito, los abogados Don Jorge Bofill Genzsch, Don Ignacio Ananías Zaror y Don Guillermo Chahuán Chahuán con fecha 8 de Abril de 2013, se señala en síntesis lo siguiente:

"El factor común del delito de extorsión en el derecho comparado es que éste no corresponde a un delito contra la libertad, ello al encontrarse regulado como una coacción cuyo objetivo es que el ofendido realice una disposición patrimonial "(la "lesión" es el núcleo esencial del tipo en cuestión)."

"El Código Penal, en cambio, regula la extorsión de una forma extremadamente acotada. Se encuentra inserta en el §2 del Título IX ("Del robo con violencia o intimidación en las personas"). El motivo que sirve de fundamento de esta configuración -como una variedad del delito de robo- es que, no obstante diferir de su objeto de protección (patrimonio y propiedad, respectivamente), ambos precisan de un medio coercitivo funcional, es decir, de violencia o intimidación, para su ejecución. Así también, porque ambos requieren del acaecimiento de un perjuicio pecuniario."

"Lo precedente, si bien es totalmente consistente con la ubicación que el derecho comparado le asigna a la misma, no lo es así con su rendimiento (ámbito típico). "

"En efecto, el artículo 438 Código Penal dispone de un catálogo de medios de comisión posible extremadamente exiguo, que excluye cualquier coacción ejecutada con el objeto de obtener la entrega de "cosas" (razón por la cual se le denomina "extorsión *documental*"), así como también cualquier acto de apropiación del hechor (que queda comprendido dentro de la esfera del robo)."

"La acción típica consiste en coaccionar (delito común) a un sujeto para que éste "suscriba" (reconozca una obligación mediante la interposición de su firma), "otorgue" (redacte un documento conforme a lo prescrito por el hechor) o "entregue" (el hechor se apodera de un documento como consecuencia de un acto del ofendido que actúa por temor) ciertos documentos apreciables pecuniariamente."

"Si bien, en oposición a lo precedente (y en defensa de la regulación actual), podría argumentarse que el delito en cuestión posee tan restringido ámbito típico en atención a que en la práctica

no constituye un delito de resultado sino de peligro concreto (es decir, que no obstante no lesionarse el bien jurídico protegido -patrimonio- se sanciona igualmente en razón de que sólo se exige ánimo de defraudación, no el correlativo empobrecimiento de la víctima), así como también por la regla especial aplicable respecto a las etapas de desarrollo del delito del artículo 450 Código Penal (que castiga como consumado aquellos delitos que se encuentran dentro de su catálogo y que llegaron sólo hasta el estado de tentativa), que determina que desde el inicio de actos de violencia o intimidación se sancione a la extorsión *como* robo (sin concurrir perjuicio patrimonial). A pesar de ello, la regulación actual es deficitaria."

"Sin importar la cuantiosa pena disponible, el ámbito de extensión de este delito equivalente a la conjunción de dos injustos (coacción y apropiación) excluye acciones que le son categorialmente (= intrínsecamente) inherentes."

"La primera pregunta que puede surgir a la anterior afirmación es cómo se concilia esto con el punto "2." del título §1 de este Informe. La respuesta es unívoca: lo acotado de su regulación no determina su ausencia de punición sino que su sanción conforme a reglas diversas (las de las amenazas condicionales).2

"En efecto, cuando en doctrina se analiza el tipo de extorsión, en razón de su ubicación sistemática siempre se trata de esclarecer su límite con el delito de robo. Existe cierto consenso en que éste se determina en base a un criterio denominado "sustituibilidad". Ésta señala que cuando la aportación (entrega de la cosa) del coaccionado (ofendido por el delito) pueda -en el delito concreto- ser sustituida por una ruptura de la misma ejecutada de propia mano por el hechor, se equipara esta entrega a tolerar la apropiación del hechor por parte del coaccionado. Es decir, se sanciona esta entrega conforme a las reglas del robo."

"En cambio, cuando la entrega del ofendido (como consecuencia de la coacción del hechor) es de carácter insustituible (no existe una alternativa contra fáctica para el hechor, sólo puede ejecutar el delito de ese modo) se excluye ésta del ámbito de aplicación del robo. Un caso paradigmático de lo anterior se constata con la [actual] suscripción de documentos, en que la firma de la víctima es condición necesaria para su concreción."

"Lo precedente determina que, para la regulación del Código Penal chileno, como únicamente se contemplan las extorsiones documentales (anteriormente explicadas), el tipo aplicable para aquellas coacciones destinadas a obtener la entrega de una cosa por parte del ofendido en que ésta sea de carácter insustituible, sea la del delito de amenazas condicionales (artículos 296 y 297). Así Antonio Bascuñán Rodríguez[1] y Juan Pablo Mañalich Raffo[2]. En caso contrario, devendrían en impunes (se acude a la regla de coacción "genérica")."

[1] *BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. "El robo como coacción", en: Revista de Estudios de la Justicia Nº.1, año 2002, p. 84.*

[2] *MAÑALICH, Juan Pablo. "El "hurto-robo" frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", en: Revista de Estudios de la Justicia Nº.7, año 2006, p. 67.*

“El problema que esto conlleva es que, para un delito grave de carácter pluriofensivo (libertad y patrimonio) se adjudican penas cuyo “techo” se encuentra dentro de la categoría de los simples.”

“En virtud de ello, estimamos que la solución legislativa para el caso en cuestión es modificar el tipo penal vigente para el delito de extorsión (documental) hacia uno “amplio” (de cosa), o, lo que es lo mismo, acotar la esfera de aplicación del delito de amenazas condicionales con la consecuente ampliación del ámbito típico del delito de extorsiones. Para ello, proponemos una regulación similar a la alemana (StGB, §§ 253 I y 255), es decir, omnicomprensiva de los casos de coacción destinada a obtener la entrega de una cosa ajena.”

Propuesta de articulado

“Artículo 438: El que con ánimo de lucro amenazare a otro con causarle un mal grave mediante violencia o intimidación y exigiere al ofendido realizar una disposición patrimonial, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

Los abogados Sres. Bofill, Ananías y Chahuán, concluyen en que esta propuesta tiene las siguientes virtudes:

“Actualmente, las amenazas condicionales abarcan ciertas hipótesis alternativas de coacción (que no son tipos especiales de amenazas) y extorsiones “simples” (entrega de cosas apreciables en dinero).”

“A su vez, el delito de extorsión corresponde a un tipo especial de coacción como delito contra la libertad, por lo que la coacción “general” contenida en el delito de amenazas condicionales es residual frente a la coacción comprendida en aquellos.”

“Conforme a lo precedente, un delito de extorsión “agravada” como el que se propone, por la intensidad de la descripción contenida en la norma (que daría lugar a un concurso aparente que se resolvería mediante ley especial), deberá ser siempre escogido -cuando concurran sus requisitos- por sobre las amenazas condicionales (su supuesto de hecho contendrá todos los de las amenazas más la adición del requisito de gravedad), dándose solución a la problemática en cuestión y sin necesidad de modificar la regulación actual del delito de amenazas condicionales.”

“Conforme a la magnitud del mal con cuya irrogación se coacciona, el sujeto será penado conforme al tipo de amenazas condicionales (= extorsiones simples) o al de extorsiones agravadas (que es el artículo propuesto), conforme a un estándar de gravedad (requisito exigido), es decir, afectación de libertad sexual, integridad física o vida, conforme a la locución “causarle un mal grave”.”

"La preservación de la ubicación de las extorsiones simples (artículo 296 Código Penal) es acorde al bien jurídico protegido por las mismas, que en este caso es -especialmente- el patrimonio (no la propiedad, pudiendo incluir incluso bienes inmuebles), razón por la cual era menos invasiva ésta que su traslado junto al artículo 438 remozado (extorsiones "agravadas")."

"La nueva regulación determina la irrelevancia de la aplicación del criterio de inminencia para la distinción entre amenazas y extorsiones, el que es desplazado por la gravedad del mal conminado (el fundamento de la inminencia es la posibilidad de acudir a protección estatal regular, situación que deviene en irrelevante ante la entidad de la coacción conminada)".

"Es sistemáticamente armónico con el artículo 161B del Código Penal, el cual opera como límite de defecto, ya que, sin haber violencia o intimidación, se castiga con las penas copulativas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 UTM."

5.- Durante la discusión de esta moción, solicitaré se invite a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia al Profesor Don Jorge Bofill y acompañaré el informe cuyas partes principales se han transcrito precedentemente, elaborado por los abogados Sres. Bofill, Zaror y Chahuán

6.- En concreto, el fundamento de esta moción es ampliar el tipo penal vigente para el delito de extorsión. Ello a fin de que acciones delictuales como las descritas en el punto número 1 de este proyecto, que en este caso afectan a agricultores y parceleros de La Araucanía, y que perfectamente pueden perjudicar a otras personas bajo móviles distintos, queden claramente tipificadas en la ley y se sancione a sus autores.

En la actualidad el artículo 438 establece lo siguiente: **"El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo".**

Esta norma se propone sustituirla por un nuevo artículo 438 del Código Penal que señala: **"El que con ánimo de lucro amenazare a otro con causarle un mal grave mediante violencia o intimidación y exigiere al ofendido realizar una disposición patrimonial, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".**

7.- En mérito de los antecedentes de hecho expuestos y del análisis jurídico citado precedentemente, vengo en proponer al H. Senado el siguiente Proyecto de Ley cuyo objetivo es perfeccionar y ampliar el tipo penal de la extorsión contenido en el artículo 438 del Código Penal.

PROYECTO DE LEY

Artículo único:

Sustitúyese el artículo 438 del Código Penal por el siguiente: “El que con ánimo de lucro amenazare a otro con causarle un mal grave mediante violencia o intimidación y exigiere al ofendido realizar una disposición patrimonial, será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.