

**INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO,** recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica

**BOLETINES N<sup>os</sup> 14.107-07 y 14.123-07, refundidos.**

---

[Objetivo del proyecto](#) / [Constancias](#) / [Asistencia](#) / [Antecedentes](#) / [Aspectos centrales del Debate](#) / [Discusión en General](#) / [Votación idea de legislar](#) / [Texto del proyecto de ley](#) / [Acordado](#) / [Resumen Ejecutivo](#) / [Índice](#)

#### **HONORABLE SENADO:**

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informar, en general y en particular, acerca del proyecto de ley de la referencia, en segundo trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Diputados señoras Jiles y Vallejos, y señores Fuenzalida Figueroa, Ilabaca, Saffirio, Silber, Soto Ferrada, Torres y Walker, y en Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con urgencia calificada de “simple”.

Se dio cuenta de esta iniciativa ante la Sala del Senado en sesión celebrada de 3 de agosto de 2021, disponiéndose su estudio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

---

Cabe consignar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento del Senado, la Comisión procedió a discutir este asunto sólo en general.

---

#### **OBJETIVO DEL PROYECTO**

En síntesis, modificar el Código Penal con el propósito de brindar un resguardo mayor a niños, niñas y adolescentes,

adultos mayores y personas con discapacidad, que son víctimas de delitos violentos.

- - -

### CONSTANCIAS

- Normas de quórum especial: No tiene.
- Consulta a la Excma. Corte Suprema: No hubo.

- - -

### ASISTENCIA

Participaron en las sesiones presenciales y telemáticas que la Comisión dedicó al análisis de este asunto, los siguientes personeros:

- El ex Ministro del Interior y Seguridad Pública, señor Rodrigo Delgado.
- La entonces Subsecretaria para la Prevención del Delito, señora María José Gómez, acompañada por quien fuera Jefe de Asesores Legislativos, señor Juan Ignacio Gómez, y las asesoras señoras Fernanda Meirelles e Isidora Riveros.
- Del Ministerio Público, la Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales, señora Ymay Ortiz, y la Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Violentos y Responsabilidad Penal Adolescente, señora María José Taladriz.
- La asesora del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señora Lesly Sánchez.
- Los padres de la menor Tamara Moya Almonacid, señora Camila Almonacid y señor Raúl Moya.
- La madre del menor Baltazar Díaz Villegas, señora Linda Villegas.
- La madre del menor Itan Badilla Ahumada, señora Scarleth Ahumada.

- El Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Chile, señor Francisco Bedecarratz.

- Los asesores parlamentarios señoras Alejandra Leiva y Alejandra Maringuer y señores Patricio Cuevas, Roberto Godoy, Benjamín Lagos y Javier Sánchez.

- - -

## **ANTECEDENTES**

### **1. Normativos.**

a) Código Penal.

b) Decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.

### **2. Mensaje y Moción, refundidos.**

El Mensaje señala que, dado los dolorosos hechos ocurridos últimamente, se ha producido la necesidad de establecer un reproche penal de suyo intenso respecto de aquellos casos en los que, con ocasión del robo o de una violación, ocurre un resultado de muerte de niños, niñas o adolescentes, o personas que, en atención a sus circunstancias de edad o salud, deben ser objeto de especial protección por parte de la legislación penal.

Añade el Mensaje que el legislador ha ido precisando diversas conductas típicas que son objeto de reproche cuando se trata de delitos contra la propiedad y, específicamente, contra vehículos motorizados, en el entendido de que en ellos confluye tanto el bien jurídico de la propiedad como, también, el de la vida e integridad física y psíquica del ocupante del vehículo. En esta misma línea, la protección de personas que se encuentran en desprotección por su edad o condición de salud, resulta válida para establecer reglas especiales sobre penalidad en el contexto de un robo.

Por su parte, los autores de la Moción sostienen que la sensación de injusticia y desamparo cuando se cometen delitos contra la propiedad, aumenta considerablemente cuando en medio de su comisión se atenta contra la vida o la indemnidad sexual de las víctimas, situación que empeora cuando la víctima es un niño o una niña.

Agrega la Moción que lo anterior obliga, de forma urgente, a revisar la legislación penal vigente, y entender que un delito cometido contra un niño o niña es de mayor gravedad que uno cometido contra un adulto, porque estos se encuentran en un total estado de indefensión, con mayor razón si se comete con violencia y en circunstancias que impiden a los padres socorrerlos. De esta forma, el autor del delito contra un niño tiene que ser castigado con una pena mayor que aquella que le corresponda por atentar contra un adulto; no porque la vida de éstos tenga menor valor respecto de aquellos, sino por la situación de vulnerabilidad ya descrita.

### **3. Estructura del proyecto.**

La iniciativa que ha correspondido conocer a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y aprobada en primer trámite constitucional por la Honorable Cámara de Diputados, consta de dos artículos que, respectivamente, modifican el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad. Resumidamente, el contenido de estas disposiciones es el que sigue:

El artículo 1, mediante 17 numerales, modifica el Código Penal en el siguiente sentido:

- Establece una agravante consistente en cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad.

- Precisa que, en la determinación de la cuantía de la pena, el tribunal tendrá en especial consideración la circunstancia de ser la víctima un niño o niña, adulto mayor o persona con discapacidad.

- Acota que, si el delito de secuestro y los delitos que pueden cometerse con motivo u ocasión de este (homicidio, violación y lesiones) se ejecutan respecto de las personas señaladas precedentemente, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas.

- Establece que, si la víctima del delito de violación fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad, la pena se impondrá en su máximo.

- Modifica la pena del delito de violación de un menor de 14 años, de presidio mayor en cualquiera de sus grados a grado medio a máximo.

- Elimina la figura del que accediere carnalmente a un menor de 18 años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro.

- Dispone, tratándose del delito de abuso sexual, que si la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas.

- Obliga a imponer, en la figura de violación con homicidio y si la víctima fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, la pena en su máximo.

- Incorpora, en la figura de homicidio calificado, una sexta circunstancia, a saber, cuando el delito se cometa contra un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad.

- Aumenta la pena en el homicidio simple, de presidio mayor en su grado medio a la de medio a máximo.

- Agrega, tratándose de la figura agravada del tráfico de migrante de menor de edad, a adultos mayores y personas con discapacidad.

- Excluye el grado mínimo de la pena en el caso del robo con violencia o intimidación en las personas que es cometido con homicidio, violación o lesiones en contra de un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad.

- Aplica el máximo de la pena cuando la violencia o intimidación recayese en una persona menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad.

- Respecto del robo de vehículos o de las cosas ubicadas dentro del mismo, considera intimidación, además de encontrarse personas en su interior, si se amenaza la integridad de niños que se encuentren al interior del vehículo.

- Contempla como agravante especial el hecho de que la víctima sea menor de 18 años, adulto mayor o persona con discapacidad, en los casos de apropiación de cosas muebles ajenas contra la voluntad del dueño, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto y abigeato.

- Excluye el grado mínimo de la pena en el incendio con resultado de muerte, si la víctima fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad.

El artículo 2, modifica el decreto ley N° 321, de 1925, para precisar que en el caso del homicidio simple la persona sólo podrá postular a este beneficio cuando hubiere cumplido dos tercios de la pena.

- - -

### **ASPECTOS CENTRALES DEL DEBATE**

- Alcances de la nueva circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que se incorpora, como numeral 22, en el artículo 12 del Código Penal, y eventuales infracciones al principio *non bis in ídem*.

- Interpretación del artículo 361 del Código Penal y su armonización con el inciso que se le agregaría, que obliga a imponer la pena en su máximo si la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.

- - -

### **DISCUSIÓN EN GENERAL<sup>1</sup>**

Al comenzar el estudio de este proyecto de ley, hizo uso de la palabra la entonces **Subsecretaria de Prevención del Delito**, quien señaló que la iniciativa responde a un compromiso del Gobierno contraído con familiares de menores, adultos mayores y discapacitados que han resultado gravemente afectados o fallecidos a causa de delitos violentos. Estas víctimas, por pertenecer a grupos sociales que se caracterizan por su vulnerabilidad y en atención a su edad o condición de salud, requieren de una protección legal especial. La idea anterior explica que este proyecto sea conocido como Ley Tamara en homenaje a la menor Tamara Moya, fallecida por un disparo de arma de fuego. Precisamente, añadió la representante del Ejecutivo, los familiares de menores fallecidos en delitos violentos con los que la Subsecretaría trabaja a través del Programa de Apoyo a Víctimas de estos ilícitos, han transformado este proyecto en una causa propia, aunque entienden que sus normas no se aplicarán a los casos en que se afectó a

---

<sup>1</sup> [Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 27 de septiembre de 2021.](#)

[Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 23 de noviembre de 2021.](#)

[Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 24 de noviembre de 2021.](#)

[Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 21 de diciembre de 2021.](#)

[Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 4 de mayo de 2022.](#)

sus familiares (en su concepto, el proyecto contribuirá a que este tipo de delitos conlleve un mayor reproche penal).

El proyecto, prosiguió, establece agravantes y aumenta penas en determinados casos. Actualmente, explicó, no existe en la legislación una agravante de responsabilidad penal aplicable al evento en que se cometan delitos contra menores de 18 años, discapacitados o adultos mayores, ni tampoco la normativa vigente obliga a considerar especialmente la circunstancia de que el delito se perpetre respecto de dichas personas. Al efecto, el proyecto de ley propone la aplicación en determinadas hipótesis del máximo de pena, o la exclusión del mínimo de ella, como, por ejemplo, en el homicidio con violación de un menor, en que se establece la obligación de aplicar el máximo de la pena (presidio perpetuo calificado).

Al finalizar, reiteró que el proyecto busca instalar una mayor sensación de justicia frente a delitos graves (como los comprendidos en él), cuando afecten a menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad.

**El ex Jefe de asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública** expresó que el proyecto de ley se enmarca en la preocupación del Gobierno de reforzar la seguridad pública, añadiéndose a otras iniciativas relacionadas, aprobadas o en tramitación en el Congreso Nacional. Lo medular es que por el tipo de delito que se observa hoy en Chile, en numerosas ocasiones los afectados son menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad. En opinión del Ejecutivo, el reproche penal debe ser más intenso cuando el ilícito se comete contra personas que para el legislador se encuentran en una especial desventaja al momento de resistir su perpetración: se entiende que como los menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidad se hallan en esta situación, deben ser objeto de una atención especial. De allí es que, desde el punto de vista del derecho penal, los atentados en su contra merezcan un mayor rigor en el reproche.

Refiriéndose al articulado de la iniciativa, aludió a la modificación que se propone al artículo 12 del [Código Penal](#), cuyo fin es establecer una circunstancia especial al momento de ponderar la calificación del delito, a saber, cometerlo contra un menor de 18 años, adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#) (sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad). A su turno, en el artículo 69 del mismo Código, relativo al grado y cuantía de la pena, se plantea que el juez deba tener presente la circunstancia de que la persona agraviada se encuentre entre los sujetos protegidos por este proyecto de ley. Asimismo, en el caso de los delitos de secuestro (artículo 141); violación (artículo 361); abuso sexual (artículo 366); violación con homicidio o femicidio (artículo 372 bis); parricidio (artículo 390); homicidio (artículo 390); tráfico de migrantes; robo con homicidio, violación,

mutilaciones, lesiones, o secuestro (artículo 433); robo con intimidación, por sorpresa y portonazos (artículo 436), e incendio con resultado de muerte (artículo 474), se añade una circunstancia especial para agravar la responsabilidad o calificar la imposición de la pena, si la víctima fuere un menor de edad, adulto mayor o una persona con discapacidad.

El profesional hizo hincapié en que, si bien el proyecto de ley consta de varios numerales, existe un único hilo conductor, esto es, la protección especial de menores de edad, personas con discapacidad y adultos mayores, para establecer diversas circunstancias calificantes y agravantes de la responsabilidad penal cuando los delitos se cometan respecto de ellos.

El **Honorable Senador señor Huenchumilla**, luego de advertir que con el proyecto se pretende establecer una nueva agravante en el artículo 12 del [Código Penal](#), excluir la pena mínima en algunos delitos y aplicar la máxima en otros, expresó que sería de toda conveniencia analizar en profundidad los efectos que pueden producir estas enmiendas en la estructura general de penas del Código Penal. Con todo, el señor Senador manifestó su conformidad en lo tocante al tratamiento especial de menores de 18 años, adultos mayores y personas con discapacidad, en los términos de la iniciativa legal.

El **Honorable Senador señor Araya** manifestó su preocupación por el alcance de las modificaciones contempladas en la iniciativa, en especial en lo que respecta a la figura agravada y las reglas de aplicación de penas. Según dijera, en una primera aproximación a estos aspectos pareciera existir una vulneración del principio del *non bis in ídem*, tornándose necesario también revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tratándose de normas similares que se hayan aprobado sobre estos asuntos.

Al hacer uso de la palabra, la madre de la menor Tamara Moya Almonacid, **señora Camila Almonacid**, enfatizó la importancia de aprobar con celeridad este proyecto de ley. Su padre, el **señor Raúl Moya**, respaldando dicha solicitud, relató que en el último tiempo se han cometido al menos tres delitos de gravedad contra niños: el primero, ocurrido en San Bernardo; el segundo, en Temuco, y el tercero, en Valparaíso. A su juicio, la relevancia de aprobar con rapidez la iniciativa, se confirma al observar el consenso que generó su aprobación en la Cámara de Diputados.

Seguidamente, la madre de Baltazar Díaz Villegas, **señora Linda Villegas**, aludió al temor que suscita la posibilidad de ser nuevamente víctima de delitos violentos, los que suceden cada vez con mayor frecuencia. En este contexto, opinó que la legislación vigente se

muestra inadecuada para enfrentar de manera eficaz la creciente cantidad de actos delictuales que se cometen.

A su turno, la madre de Itan Badilla Ahumada, **señora Scarleth Ahumada**, hizo hincapié en la necesidad de aprobar prontamente el proyecto para otorgar protección a los niños y niñas, toda vez que la ley no se aplicará en forma retroactiva, y reiteró el acuerdo unánime que obtuvo su aprobación en la Cámara de origen.

El **Honorable Senador señor Galilea** precisó que, en circunstancias que la iniciativa busca precaver la ocurrencia de estos hechos y otorgar protección a las personas menores de 18 años, adultos mayores y personas con discapacidad, cumple su objetivo mediante la eliminación, en ciertos casos, de la posibilidad de que el juez aplique el rango mínimo de la pena asignada, y, en otros, exigiendo la imposición del rango máximo. Además, contiene reglas especiales para acceder al beneficio de libertad condicional. En este marco, añadió, luego de escuchar la opinión de abogados penalistas y del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, se tendrá la claridad suficiente acerca de los alcances del proyecto.

La **Honorable Senadora señora Ebensperger**, concordó en la importancia de tramitar el proyecto y de escuchar a expertos en la materia, con el objeto de que la norma cumpla su cometido una vez que entre en vigencia.

El **Honorable Senador señor Huenchumilla**, manifestó la importancia de escuchar a especialistas en la materia para un apropiado análisis jurídico del proyecto. En ese entendido, abogó por alcanzar una visión integral de la iniciativa, para emitir un pronunciamiento fundado a su respecto.

La **señora Camila Almonacid** recordó que el proyecto de ley no tipifica nuevas conductas ni altera sustancialmente las sanciones que actualmente la legislación contempla para los delitos de que se trata, sino que se limita a establecer reglas de determinación de la pena en aquellos casos en que el delito se cometa contra niños, adultos mayores o personas con discapacidad, principalmente en atención a su especial condición de vulnerabilidad.

El **profesor de derecho penal de la Universidad Autónoma de Chile, señor Bedecarratz**, sostuvo, en primer lugar, que sin perjuicio de comprender que el proyecto trata temáticas muy sensibles y dolorosas para innumerables familias, su intervención fue concebida desde un prisma objetivo, con una mirada técnica y profesional desde el derecho penal, siendo su finalidad no sólo contribuir a que sea prontamente aprobado y cumpla sus propósitos, sino también prevenir un eventual cuestionamiento en sede constitucional por infringir alguna regla de derechos fundamentales,

tanto en sede del Tribunal Constitucional como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo tocante a la política criminal, considero medular contar con una ley que recoja un especial disvalor: la afectación de personas desprotegidas, donde existe una mayor ruptura de la paz social, en comparación con la misma figura delictiva cometida en contra de adultos. Ello explica, además, la necesidad de que la sanción de este tipo de hechos tenga un mayor efecto comunicativo, y que, pese a que la mayor pena no signifique más prevención y que la justificación de este delito no es desincentivar la comisión de delitos contra personas vulnerables (ya que en derecho penal se ha comprobado que tratándose de delitos violentos no se genera un mayor efecto disuasivo con el aumento de pena, porque el criminal no realiza un análisis de costo y beneficio al cometer el ilícito) la finalidad de este proyecto debe ser aplicar un castigo y retribución justa, y producir un efecto comunicativo amplio.

El proyecto, acotó, no innova respecto a lo actualmente existente en el [Código Penal](#): no es novedad el aumento de las penas relacionadas con delitos cometidos contra menores de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad (cuestión que se recoge en diversas leyes).

**Casos en que ya se aumentan penas en delitos contra personas vulnerables**

Diversas normas vigentes en el Código Penal ya prevén aumentos de penalidad, cuando delitos son cometidos contra personas vulnerables. Por ejemplo:

- ▶ Art. 10 N° 21: Agravante general de “Cometer el delito motivado por la [...] enfermedad o discapacidad que padezca” la víctima
- ▶ Art. 142 = sustracción de menores en relación con secuestro
- ▶ Art. 362 = violación de menor de 14 años (penalidad 5 años mayor que 361).
- ▶ Art. 365 bis N° 2 = Abuso sexual agravado
- ▶ Art. 366 bis = abuso sexual de menor de 14 años (penalidad 5 años mayor que 366).
- ▶ Art. 403 bis = maltrato corporal relevante a menores de 18 años, personas en situación de discapacidad y adultos mayores.

**Conclusión:** El proyecto de ley continúa con la política criminal actual, tendente a sancionar más estrictamente los delitos cometidos contra personas vulnerables.

Dr. jur. Francisco Bedecarratz - Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento - 23.11.2021

Así, diversas normas del [Código Penal](#) prevén agravantes específicas, calificantes o reglas especiales de modificación de la pena para los casos en que las víctimas pertenezcan a las categorías consideradas como vulnerables. De este modo, el proyecto de ley continúa con la política criminal actual, tendiente a sancionar más estrictamente los delitos cometidos contra este tipo de personas. Según dijera, los dieciocho cambios legislativos incorporados se resumen en los siguientes puntos:

- Artículos relacionados con el objeto inicial del proyecto de ley, a saber, sancionar más severamente delitos en que las víctimas sean menores de 18 años, adultos mayores o personas en situación de discapacidad: en la Cámara de Diputados este proyecto fue ingresado con un aumento de sanciones a delitos cuando las víctimas fuesen menores de 14 años, y se modificó al considerarse que los delitos con víctimas de menores de 18 años y mayores de 14 también merecen protegerse especialmente.

- Los casos en que se espera sancionar más severamente delitos en que las víctimas sean menores de edad, adultos mayores o personas con discapacidad en diferentes figuras delictivas: a) el artículo 141 del [Código Penal](#), sobre secuestro; b) el artículo 142 del Código Penal, sobre sustracción de menores de 18 años; c) el artículo 361 del Código Penal, relativo a la violación; d) el artículo 362 del Código Penal, que regula la violación impropia; e) el artículo 366 del Código Penal, sobre abuso sexual; f) el artículo 372 del Código Penal, sobre violación calificada; g) el artículo 391 N° 1 del Código Penal, sobre homicidio calificado; h) el artículo 411 bis del Código Penal, sobre trata de personas; i) los distintos delitos de robo, en los artículos 433, 436, 439 del Código Penal; y j) el artículo 474 del Código Penal, sobre delito de incendio. Es decir, el proyecto aumenta los marcos punitivos en cada uno de aquellos delitos.

- Incorporación de normas de cálculo de penas generales: a) artículo 12 N° 22 en el [Código Penal](#) como nueva agravante general; b) una disposición específica para el artículo 69 del mismo, que permite al juez determinar la pena específica que corresponde dentro del marco que fija la ley; y c) en el artículo 449 al mismo cuerpo legal, una norma especial de cálculo de pena para los delitos contra la propiedad.

- Ajustes en el [Código Penal](#) en los siguientes sentidos: a) aumentar la pena del delito de homicidio en el artículo 391 N° 2, desde presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado medio a máximo; b) endurecer el régimen de libertad condicional del homicidio simple ([decreto ley N° 321](#)), y c) derogar el delito de sodomía del artículo 362 del Código Penal. Sostuvo que estas últimas modificaciones escapan a la idea original del proyecto, pero se añadieron en su tramitación en la Cámara de Diputados con la finalidad de guardar coherencia sistemática en el Código Penal.

La idea matriz del texto actual es la misma del proyecto original, es decir, otorgar mayor protección a personas vulnerables que son víctimas de delitos violentos. En este sentido, el aumento de penalidades que se establece está en armonía con otras disposiciones del [Código Penal](#) respecto a la afectación de personas menores de 18 años, adultos mayores y personas con discapacidad. Así, se satisface una

necesidad que ya existe, desde el punto de vista de política criminal y social, en orden a sancionar más gravemente los delitos cometidos contra alguna de las categorías protegidas, por ser personas en situación de vulnerabilidad.

Sin embargo, en algunos casos la norma acordada en la Cámara de Diputados establece penas de presidio perpetuo obligatorias para el juez, más allá de la justicia y lo adecuado que corresponda al caso concreto desde el punto de vista sancionatorio, siendo una pena que corresponde para casos graves. Esto puede tener consideraciones constitucionales en relación con la dignidad humana de los condenados: el Estado, por medio de la imposición de penas obligatorias de presidio perpetuo, está desconociendo o privando *per se* la capacidad de resocialización a un individuo. El artículo 5.6 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece la obligación de los Estados de que, al momento de establecer normas punitivas, la pena tenga una principal finalidad de resocialización y readaptación social. Lo anterior se puede validar, además, con el principio de libertad condicional: al transcurrir un tiempo determinado, se admite la posibilidad de continuar cumpliendo pena en un medio libre al haber mostrado un avance en su proceso de resocialización.

Existe cierta aprensión sobre modificaciones propuestas, advirtió el profesional, que podrían infringir normas de derecho penal o constitucional:

a) La agravante general contenida en el artículo 12, N° 22 (cometer un delito contra un menor de edad, adulto mayor o persona con discapacidad), debería conciliarse con todas las demás agravantes específicas que se establecen en distintos tipos penales de forma casi idéntica (como ocurre en los artículos 141, 142, 361, 362, entre otros), debido a que podría haber afectación del principio del *non bis in ídem*, o doble sanción o agravación de la pena por la misma circunstancia. Con todo, arguyó, el artículo 12, N° 22, no posee tal objeto y no pretende establecer una doble valoración del mismo hecho, sino que permite que en delitos nuevos que se creen, u otros no considerados expresamente por el proyecto de ley, cuando la víctima pertenece a alguna de estas categorías, se agrave siempre la pena, sin establecer cambios extensos en el ordenamiento jurídico, sino que sólo especificar los cambios en los delitos violentos.

b) De perseverar la inquietud respecto de la doble sanción o agravación, como el artículo 63 del [Código Penal](#) evita que las mismas circunstancias sean consideradas dos veces en el mismo hecho, este problema no existe.

c) Podrían también existir cuestionamientos respecto de la regla de cálculo judicial y de la proporcionalidad de la pena.

Sobre la regla de cálculo judicial, recordó que el artículo 69 del [Código Penal](#) establece una regla de determinación del grado de pena exacta que resulta aplicable en un caso concreto. El Código contempla penas según rangos, y dicho artículo entrega una pauta al juez para fijar, dentro de dicho rango, qué día y año específico le corresponde al condenado. El problema es que, en este artículo, originalmente estaba la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, y la mayor o menor extensión del mal causado, y se pretende agregar con el proyecto de ley una nueva circunstancia valorativa, esto es, que la víctima sea menor de edad, adulto mayor o persona con discapacidad. De esta manera, se modifica la función del artículo 62 (que establece circunstancias objetivas) al contemplarse una circunstancia subjetiva (que sea una víctima determinada), lo que altera la estructura del artículo 69. Este no es un problema grave, salvo por la técnica legislativa.

Por el contrario, sí sería un aspecto a solucionar el que la norma sea redundante en una de las agravantes, en cuanto a lo establecido por el artículo 12, N° 22, que luego se vuelve a incorporar en el artículo 69. Frente al caso en que la víctima de un delito fuera un menor de edad, se agrava la pena en virtud de lo señalado por el artículo 12, N° 22, y a través de la regla del artículo 69 podría incrementarse nuevamente la pena por la misma circunstancia. Además, se incorpora una posible tercera circunstancia valorativa (considerar especialmente que la víctima sea menor de edad), con lo que existen tres potenciales instancias de valoración de la pena. Esto es complejo, al no incluirse aquella circunstancia (del artículo 69) en el citado artículo 63 del [Código Penal](#). Como el artículo 69 genera un problema valorativo relevante, se sugiere restituir su redacción anterior.

En lo que atañe a la proporcionalidad de la pena en relación con el artículo 391, N° 2, del [Código Penal](#), sobre delito de homicidio simple, y el artículo 362, que sanciona la violación de menores de 14 años, el académico comentó que este conflicto ya existe en la legislación actual y el proyecto lo incrementa. Los bienes jurídicos protegidos, o intereses considerados como esenciales para la convivencia humana, poseen siempre una graduación y la vida siempre debe estar por sobre el resto. Por lo anterior, el delito de homicidio debiese ser el delito con mayor pena, para después determinarse las penalidades de todos los demás delitos (el homicidio debe ser la medida a través de la cual se mida el disvalor de todo el resto de las conductas delictivas). Hoy el delito de homicidio está condenado con presidio mayor en su grado medio, y en el proyecto de ley se sanciona con pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, misma pena que posee la violación impropia, presentándose la discordancia de que la indemnidad sexual del menor de edad (que es un valor esencial) vale lo mismo que quitarle la vida. Esto puede ser cuestionado por desproporcionalidad, explicó, de la misma forma en que ha ocurrido en el pasado al revisarse, en sede constitucional, la ley de control de armas y la ley que sanciona la conducción alcoholizada de vehículos motorizados, por

establecer sanciones que son más gravosas que las penas de otros delitos más graves, aumentando dichas medidas de disvalor. En circunstancia que todas las penalidades en el Código Penal deben guardar proporcionalidad, como principio básico de racionalidad de aplicación del poder punitivo estatal, sugirió volver a la pena del artículo 362 original (presidio mayor en cualquiera de sus grados), que es menor a la del homicidio y resguarda la proporcionalidad.

La **Honorable Senadora señora Ebensperger**, concordando en la necesidad de entregar una mayor protección a los menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidad, agravando la pena por los delitos cometidos contra ellos, lo relevante es asegurar que esta iniciativa legal produzca los efectos buscados. Apresurar su tramitación no puede implicar dejar sin resolver las dudas planteadas, o que pueda ser declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional. De allí la conveniencia de subsanar los vicios de constitucionalidad de que pueda adolecer.

Enseguida, la señora Senadora consultó el fundamento de la derogación del delito de violación sodomítica que propone el proyecto, lo cual además estaría fuera de sus ideas matrices e, incluso, iría en contra de su finalidad, a saber, la protección de ciertas personas vulnerables.

El **Honorable Senador señor Galilea**, luego de plantear que el artículo 63 del [Código Penal](#) resolvería la doble sanción o agravación que generaría el proyecto, estuvo por recoger la inquietud acerca del problema de desproporcionalidad que habría en la normativa que se consulta.

En cuanto al artículo 12, N° 22, que introduce una nueva circunstancia agravante, sostuvo que podría colisionar con el N° 6 del mismo artículo (donde se alude a la superioridad de su sexo en términos que el defendido no puede defenderse con probabilidades de repeler la ofensa). Al respecto, fue partidario de modificar el N° 6 para incluir todos los supuestos.

El **Honorable Senador señor Araya**, conteste con el objeto del proyecto, cuestionó lo planteado como vía de solución para una eventual vulneración del principio de *non bis in ídem*: la lógica del proyecto es agravar penas cuando el sujeto pasivo del ilícito requiere un mayor grado de protección (menores de edad, personas con discapacidad y adultos mayores), pero al analizar sus normas se complejiza su posible aplicación y tiende a ser meramente declarativo. La agravante ya existe en el [Código Penal](#): el contenido del N° 22 parece ser una subespecie de la agravante del N° 6, lo que suscita la duda razonable de cuándo corresponderá aplicar el N° 22 o el N° 6, o si la agravante del N° 22 acarrea

una derogación tácita de la del N° 6.

Además, expresó dudas respecto al delito de violación y a cómo se interpretaría la nueva categoría que se espera incorporar como inciso final: al analizar el artículo 361, N°s. 1 y 2, del [Código Penal](#), se observa que ya está incluida la idea contenida en el inciso final que se propone en el proyecto.

En otro orden, el señor Senador previno que el Tribunal Constitucional ha sido renuente a leyes que impliquen penas desproporcionadas, como ocurrió con la Ley de Control de Armas o la Ley Emilia.

El **profesor señor Bedecarratz**, refiriéndose a la aplicabilidad del proyecto, subrayó la relevancia de la racionalidad y proporcionalidad de las penas. Seguidamente, adujo que la política criminal se debe determinar por los legisladores con respeto de principios fundamentales del derecho penal (culpabilidad, *non bis in ídem*, proporcionalidad de las penas, entre otros) Dicha política, precisó, puede ser cuestionada en sede constitucional en virtud de la vulneración de algún principio básico (como la racionalidad en la aplicación del *ius puniendi*). Al existir penas fijadas arbitrariamente y desalineadas con los bienes jurídicos protegidos, se vulnera la racionalidad que debe primar en la legislación penal. Por lo mismo, la fijación de penas debe realizarse atendiendo al tipo concreto y al sistema general: si existe un alza de penas, se deben contemplar aumentos complementarios para respetar la proporcionalidad (esto se intentó al elevar la pena del homicidio, de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en sus grados medio a máximo). Existen otros delitos, como la violación con homicidio o el robo con homicidio, que son pluriofensivos o compuestos, donde se sanciona el homicidio y un *plus* punitivo por la conducta de robo, violación o secuestro, dependiendo del caso (aquí no existe problema de proporcionalidad). Empero, en los casos en que hay una única ofensa se debe considerar cuidadosamente su proporcionalidad porque es muy difícil justificar un alza de pena, bajo riesgo de ser cuestionada en sede constitucional e incluso en sede internacional.

A su juicio, el problema no se genera en sí mismo por la incorporación del numeral 22 del artículo 12, sino por un catálogo inconexo de agravantes que hoy se constituye por 21 numerales en el artículo 12, que está desactualizado y que ha sido criticado. Esta incorporación recoge un disvalor mayor, pero no agrava el problema que ya existe. Por ejemplo, el artículo 12, N° 1, establece como agravante cometer el delito con alevosía, y luego el artículo 12, N° 5, establece como agravante diferente el obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz, siendo esto último una especificación de la alevosía (lo que muestra la redundancia entre las distintas agravantes). La jurisprudencia en estos casos ha señalado que se debe aplicar el principio de especialidad, y que se

debe recoger completamente el mayor disvalor que exista (como, por ejemplo, cometer un delito contra un menor de edad, que será sancionado por la agravante más específica *versus* una que sea más general, a saber, que el delincuente abuse de la superioridad de su sexo o fuerza en términos que el defendido no puede defenderse con probabilidades de repeler la ofensa). Así, en este supuesto correspondería aplicar el N° 22 y no el N° 6, atendiendo a su atingencia y especialidad.

El académico fue contrario a derogar el N° 6, pues regula aquellas ocasiones en que exista superioridad de fuerza que no estén comprendidas en el N° 22, u otro. Hacer una integración entre las agravantes sería lo más coherente, pero esto genera dos inconvenientes: primero, como el legislador busca un efecto comunicativo y dar mayor relevancia cuando el delito sea cometido contra un menor de edad, adulto mayor o persona con discapacidad, si se subsume la agravante dentro del artículo 12, N° 6, se pierde el efecto comunicativo; segundo, se suscita un problema procedimental, porque introducir las adaptaciones requeridas en el artículo 12, N°6, es complejo y significa un tiempo mayor.

Sobre el delito de violación, el académico explicó que el artículo posee actualmente circunstancias que abarcan a la víctima menor de edad, adulto mayor o con discapacidad, al existir siempre una fuerza inserta e implícita en el delito, pero es importante su especificación y agregación como circunstancia especial de valoración de la pena. Se discute si un sujeto puede ser sancionado por un delito cometido con alevosía estructural por haber atacado a personas vulnerables, y en ello los tribunales no han sido contestes: en general deniegan la alevosía, al exigir para que exista que el imputado haya creado estas circunstancias o aprovechado conscientemente de ellas.

Para el profesional hay dos conflictos a solucionar: el artículo 69, con la norma de cálculo de pena; el artículo 362, donde la violación impropia posee la misma pena que el homicidio. Para ambos casos, recomendó retrotraer el texto al estado en que se hallaba antes de la discusión en la Cámara de Diputados.

Por último, comentó que la eliminación del artículo 365 del [Código Penal](#), sobre la violación sodomítica, no estaba incluida en el proyecto original y fue incorporada en la Cámara de Diputados. El delito de violación sodomítica es un delito que se ha eliminado en otras legislaciones extranjeras, porque penaliza el acceso carnal a un menor de 18 años del mismo sexo sin que medien circunstancias de violación o estupro, es decir, penaliza las relaciones homosexuales consentidas de menores de edad. Tal conducta no debe continuar penalizada, sobre todo considerando que las violaciones ya están incorporadas por el artículo 361, que sanciona la violación propiamente tal, y el artículo 362, que sanciona la violación a menores de 14 años. Si se utiliza engaño o se abusa de un trastorno que no

alcanza a constituir enajenación mental u otro, se puede aplicar el artículo que sanciona el estupro (artículo 363).

La **Honorable Senadora señora Ebensperger** cuestionó la derogación de la violación sodomítica, fundada en que, de eliminarse dicho artículo, el acceso carnal de un mayor de edad con un menor de edad del mismo sexo, aunque sea consentido, no estaría sancionado, mientras que sí se sanciona la relación consentida heterosexual de un mayor de edad con un menor de edad. Esto abriría espacio a la discriminación.

El **profesor señor Bedecarratz** precisó que, de eliminarse dicho artículo, sólo se sancionará la relación sexual con un menor de edad si existan factores que hagan presumir que su consentimiento no se ha otorgado libre y válidamente para detener la relación sexual. Esto ocurre tratándose de relaciones homo y heterosexuales por igual. No existe diferenciación en dichos casos, porque que el artículo 363 del [Código Penal](#), que se hace cargo del problema (cuando existe consentimiento, pero dicho consentimiento no es libre por diferentes circunstancias), rige para relaciones homo y heterosexuales, y no se modifica el delito de estupro ni tampoco el delito de violación en cuanto a sus causales, que penalizan las relaciones sexuales con un menor de edad cuando exista algún problema en el otorgamiento de consentimiento. Por lo mismo, no hay tratamiento diferenciado.

La **ex Subsecretaria de Prevención del Delito** destacó la importancia del proyecto para que exista un mayor reproche penal para los casos en que las víctimas sean menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidad, pero haciéndose cargo de las observaciones críticas planteadas.

Por su parte, la **Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales del Ministerio Público**, luego de valorar positivamente esta iniciativa legal por la protección que brinda a personas que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad y representar un continuo de modificaciones de los tipos penales de los artículos 403 bis y 403 ter del [Código Penal](#) (sobre maltrato físico relevante y degradante, respectivamente), se refirió a los diversos aspectos que han preocupado a esta Comisión, a saber:

- Los alcances que tendría la nueva circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que se incorpora, como numeral 22, en el artículo 12 del [Código Penal](#), y su concordancia y compatibilidad con la circunstancia agravante del numeral 6 y las calificantes que se recogen en los diversos tipos a que alude la iniciativa legal (esta última agravante dice

relación con abusar de la superioridad de fuerza o sexo), lo cual podría presentar problemas en materia de *non bis in ídem*.

- La posibilidad de vulnerar el principio de *non bis in ídem* mediante la normativa que propone establecer una agravante genérica ( en el nuevo numeral 22 del artículo 12) y las modificaciones en cada tipo penal en particular.

- El modo en que se interpreta el artículo 361 del [Código Penal](#) y su armonización con el inciso que se le agregaría, que obliga a imponer la pena en su máximo si la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#).

Según la representante del Ministerio Público, los aumentos de penas en delitos con alta penalidad no traen aparejada una mayor protección a las personas a que alude el proyecto de ley. Ello, porque a mayores penas el estándar judicial para llegar a una decisión condenatoria también se eleva proporcionalmente, es decir, para llegar a una convicción más allá de toda duda razonable.

Enseguida, sostuvo que se observa falta de uniformidad de criterios en las modificaciones propuestas, al incorporarse una circunstancia agravante general (artículo 12 N° 22), establecerse cambios en la determinación de penas (artículo 69) y fijarse reglas particulares en diversos delitos de dos formas distintas: por un lado, exclusión del grado mínimo y, por otro, aplicación del grado máximo. Como resultado de lo anterior, advirtió, podrían surgir complejidades interpretativas o infracción al principio del *non bis in ídem*.

Refiriéndose a algunas observaciones particulares sobre el articulado del proyecto de ley, la personera del Ministerio Público mencionó las que siguen:

a) Respecto del nuevo numeral 22 que se introduce en el artículo 12 del [Código Penal](#) (esto es, cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, en los términos de la [ley N° 20.422](#)), previno que la hipótesis ya se encontraría contenida en el actual numeral 21 del mismo precepto, en el sentido de que se establece expresamente que es circunstancia agravante cometer el delito o participar en él motivado por, entre otros factores, la edad de la víctima o la discapacidad que ella padezca. De allí que, en su concepto, el nuevo numeral 22 debería aplicarse cuando las circunstancias agravantes no sean elementos especiales del tipo penal. Así, por ejemplo, cuando se es menor de 18 años en algunos delitos sexuales o en el caso de la discapacidad para la trata de personas (puesto que se encuentran comprendidas en el medio comisivo de aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad).

b) En lo concerniente a la modificación del artículo 69 del [Código Penal](#), consistente en exigir especial consideración a la circunstancia de ser la víctima un niño o niña, adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), llamó la atención acerca de que en la redacción de esta disposición se excluye a los adolescentes. Para que exista coherencia normativa, dijo, se debe agregar “adolescentes” o utilizar la expresión “menor de 18 años”. Con todo, recordó que está en discusión una modificación a este artículo en la Comisión Especial sobre la Mujer y la Igualdad de Género, a propósito del proyecto de ley que busca mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales y evitar su revictimización o victimización secundaria ([Boletín N° 13.688-25](#)).

c) Sobre la eliminación de la alusión a la violación sodomítica (inciso quinto del artículo 141 del [Código Penal](#)), valoró la supresión toda vez que hace referencia a una figura penal derogada el año 1999, mediante la [ley N° 19.617](#).

d) En lo que atañe a la sustitución de la expresión “inciso final” por “inciso quinto” del artículo 142 del [Código Penal](#), afirmó que esta modificación genera una grave incongruencia si se atiende a los objetivos de este proyecto de ley: la sustracción de un menor de edad acompañada de homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, se castiga con una pena inferior a la que se debiera aplicar cuando la víctima es adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#). Esto ocurre porque la norma de determinación de la pena (incorporada como inciso final al artículo 141) no tendría, en principio, aplicación en el artículo 142, lo que excluiría a las víctimas que sean niñas, niños o adolescentes.

e) Respecto al nuevo inciso final que se consulta para el artículo 361 del [Código Penal](#) (que regula el caso en que debe imponerse la pena en su máximo cuando la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#)), advirtió acerca de la incompatibilidad entre las propuestas legislativas de la agravante genérica del artículo 12, de la modificación del artículo 69 y de esta nueva regla de determinación de la pena. Esa antinomia implica que no será posible su aplicación conjunta. Además, la enmienda de este artículo también se analiza en la Comisión Especial de la Mujer y la Igualdad de Género a propósito del proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación ([Boletín N° 11.714-07](#)).

Así las cosas, dijo, de prosperar la propuesta, sería conveniente incluir en este inciso a las personas mayores de 14 y menores de 18 años, y excluir el grado mínimo de la pena (descartando la

idea de que se imponga en su máximo). Esto sería coherente con las restantes normas sobre delitos contra la libertad o indemnidad sexual.

f) En lo relativo a la sustitución de la expresión "cualquiera de sus grados" por la frase "sus grados medio a máximo" en el artículo 362 del [Código Penal](#), previno que la derogación de este artículo también se discute con motivo del proyecto de ley Boletín N° 11.714-07.

g) Sobre la derogación del artículo 365 del [Código Penal](#), se manifestó a favor de la supresión. Según señalara, ello sería coincidente con la opinión de la mayoría de la doctrina nacional: se trata de una figura con resabios morales, que sanciona conductas libremente consentidas. Con todo, su derogación igualmente se discute a propósito del citado proyecto de ley Boletín N° 13.688-25.

No obstante, la personera advirtió que el legislador omite establecer una regla agravatoria para el artículo 365 bis, siendo que las conductas tienen la misma entidad que las sancionadas en los artículos 361 y 362.

h) En cuanto al nuevo inciso final para el artículo 366 (que excluye el minimum o el grado mínimo de las penas, según si la pena consta de un solo grado o es compuesta, respectivamente, cuando la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#)), recordó la modificación a este artículo que se discute con motivo del proyecto de ley Boletín N° 11.714-07.

i) Acerca del nuevo inciso final para el artículo 372 bis (que exige imponer la pena en su máximo si la víctima fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#)), comentó que resulta complejo dejar esta figura sólo con la pena asignada de presidio perpetuo calificado. De ser considerada necesaria esta agravante, sugirió extender el alcance de la circunstancia contenida en el número 2 del artículo 390 quáter (sólo aplicable a la violación con femicidio).

j) En lo que atañe al nuevo inciso final para el artículo 390 (que excluye el grado mínimo de la pena si la víctima de este delito fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#)), planteó extender el alcance de la agravante establecida en el número 2 del artículo 390 quáter.

k) Tocante a la incorporación de una nueva circunstancia sexta en el artículo 391 (relativa al caso en que el delito se cometa contra un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#)), bien lo consideró en

principio acertado, abogó por su revisión en el contexto de sus comentarios críticos al conjunto de las modificaciones propuestas.

l) En lo relativo al reemplazo en el numeral 2 de la expresión "medio" por la frase "medio a máximo" del artículo 391, estuvo conteste en la medida que adecua la pena del homicidio a las penas de otros delitos que protegen bienes jurídicos de una menor entidad.

m) Respecto la modificación del artículo 411 bis del [Código Penal](#), que intercala en el inciso tercero, entre las expresiones "menor de edad" y "la pena señalada", la frase "adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422", concordó con la modificación propuesta, toda vez que los adultos mayores y personas con discapacidad cuya entrada ilegal a Chile es promovida con ánimo de lucro se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que amerita el aumento de pena. Dada la dinámica del fenómeno en la frontera norte de nuestro país, añadió, se ha observado el ingreso de adultos mayores víctimas de tráfico ilícito de migrantes, lo que pone en riesgo su vida o salud, atendidas las condiciones del traslado por pleno desierto, con bajas temperaturas, en altura y muchas veces durante la noche, lo que no siempre ha sido considerado por los tribunales para configurar el aumento de pena del inciso segundo del artículo 411 bis. Parece, entonces, oportuno explicitarlo.

**La Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Violentos y Responsabilidad Penal Adolescente del Ministerio Público**, complementó la intervención anterior aludiendo a lo siguiente:

- En cuanto a la incorporación en el artículo 433, del siguiente inciso final: "Si la víctima de estos delitos fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), se excluirá el grado mínimo de las penas señaladas en los numerales anteriores", estimó que se mantiene una incongruencia entre la pena del robo calificado y las distintas figuras del homicidio, especialmente con los numerales 2° y 3° del artículo 433, porque de aplicarse este nuevo inciso final, la pena de un homicidio calificado, incluyendo el de menor de 18 años, adulto mayor o persona con discapacidad, tendrá una pena inferior a la del robo donde no se produce la muerte y resultan las lesiones descritas en el numeral 2° de este artículo. Del mismo modo, en el caso de un homicidio simple la pena será incluso inferior a la del numeral 3° de este artículo, pese a tratarse de un homicidio consumado.

- En lo concerniente a la incorporación en el artículo 436, del siguiente inciso final, nuevo: "Si la violencia o intimidación recayese en una persona menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), se aplicará el máximo de las penas establecidas en los incisos precedentes", consideró que se trata de una norma que se escapa totalmente del contexto punitivo del Código

Penal, ya que de aplicarse la disposición del artículo 436 en los términos propuestos se estaría sancionando con una pena superior el robo con intimidación o violencia frente a un homicidio consumado.

- En relación con la modificación del artículo 439 del [Código Penal](#), que intercala a continuación de "encontrándose personas en su interior" la frase "o amenace la integridad de niños que se encuentren al interior del vehículo", explicó que se trata de una incorporación que no colabora con la persecución de este tipo de ilícitos, en atención a que la norma actual contempla la hipótesis de fractura de vidrios con personas en su interior. Además, en la primera parte de este artículo se entrega una interpretación amplia de intimidación, pues se indica que se estimarán violencia o intimidación en las personas "los malos tratamientos de obra, las amenazas, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega." De esta forma, incluso, se podría entender como un requisito adicional para la configuración de la intimidación que se "amenace la integridad". Para sancionar como intimidación el solo hecho de que se encuentre un niño en su interior, sería necesario reformular la redacción de la norma en tal sentido.

- Sobre la incorporación de un numeral tercero en el artículo 449 del [Código Penal](#), según el cual en los casos no contemplados en las reglas anteriores siempre se considerará como agravante especial el hecho que la víctima sea menor de 18 años, adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), advirtió nuevamente acerca de la falta de uniformidad de criterios en las modificaciones propuestas. En este caso en particular, dijo, no habría lugar a la aplicación de la agravante genérica del artículo 12, N° 22, en atención al principio del *non bis in ídem*.

- En lo que respecta a la modificación del artículo 474 del [Código Penal](#), que intercala un inciso tercero al tenor del cual si la víctima de este delito fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), se excluirá el grado mínimo de la pena señalada en los incisos anteriores, hizo presente que con esta enmienda la única posibilidad de pena probable a aplicar sería la de presidio perpetuo. Ello, dijo, no necesariamente cumple con el criterio de dar mayor protección a las personas, dado que el estándar de convicción judicial para dictar una sentencia condenatoria se elevará. Asimismo, no se comprende la disparidad de criterios o diferencias que se presentarían en cuanto a los bienes jurídicos protegidos: si la norma vigente establece un rango de pena entre el presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, ante la comisión del delito con resultado de muerte, mutilación de un miembro importante o lesión grave de las establecidas en el artículo 397, N° 1, sería lógico mantener el rango de pena señalado para la incorporación que se pretende.

- Acerca de la incorporación del nuevo inciso final para el artículo 141 del [Código Penal](#), que señala que si la víctima de estos delitos fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la [ley N° 20.422](#), se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas en los incisos anteriores, según si la pena consta de un solo grado o es compuesta, respectivamente, sostuvo que, al tratarse de un inciso nuevo dentro del artículo 141, no existe claridad si esta regla de determinación de pena se refiere sólo a las figuras del inciso anterior o a todas aquellas contenidas en el artículo, lo cual puede generar problemas de interpretación. En este nuevo inciso final, en vez de optarse por incorporar a los adultos mayores y personas con discapacidad en el artículo 142, se establece una nueva propuesta consistente en excluir el mínimo para las figuras menos graves del secuestro y aplicar la mayor pena del sistema para las figuras agravadas, lo que entrega una señal confusa: el delito de secuestro de este inciso final tendría una pena más elevada si se trata de adultos mayores o personas con discapacidad, respecto de la hipótesis del artículo 142 referida a un menor de edad.

En el primer trámite constitucional, dijo, se sostuvo que la sustracción de menores tiene una regulación más gravosa en el artículo 142. Por este motivo, la modificación sólo se hacía respecto de adultos mayores y personas con discapacidad. Sin embargo, el inciso final del artículo 142 se remite a las penas del inciso final del artículo 141, en los casos más graves de sustracción. En consecuencia, se produce esta inconsistencia con las penas establecidas en el inciso final del artículo 141, en relación a la regulación actual del artículo 142.

- Acerca de la modificación del artículo 3 del decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, que consulta intercalar a continuación de la palabra "femicidio" e inmediatamente antes del término "homicidio calificado" la expresión "homicidio simple", sostuvo que parece acertada la incorporación del delito de "homicidio simple", porque es coherente con el aumento de tiempo exigido, esto es, de 2/3 de cumplida la pena para delitos graves.

**El Honorable Senador señor Araya**, luego de destacar la coincidencia entre las observaciones efectuadas por el Ministerio Público con las planteadas con anterioridad por la Defensoría Penal Pública, fue partidario de que los proyectos de ley individualizados en la presentación del Ministerio Público y que regulan materias contenidas en la iniciativa en estudio, sean conocidos por esta instancia parlamentaria para legislar en forma armónica y coherente. Con todo, el señor Senador advirtió que aumentar penas o incorporar agravantes en la legislación penal no produce *per se* ningún efecto favorable si la persecución penal no es eficaz. En este sentido, consultó si es necesario incorporar a este proyecto de ley

modificaciones de carácter procesal o relativas a atribuciones del Ministerio Público o las policías.

**El Honorable Senador señor Galilea** refiriéndose a las modificaciones al artículo 433 y la falta de coherencia de las penas, hizo presente que, además de lo señalado, se eliminan las graduaciones de las mismas.

**El Honorable Senador señor Walker** recordó que la iniciativa legal en estudio nace del hecho de que los autores de delitos perpetrados en contra de menores de edad habían cumplido penas mínimas con anterioridad o gozaban de libertad condicional al poco tiempo.

Seguidamente, sostuvo que no es idéntica la agravante general propuesta en el artículo 12 del [Código Penal](#) (numeral 22) con aquella contemplada en el numeral 6 del mismo artículo. En efecto, el numeral 6 regula la hipótesis normativa en que el autor abusa de su superioridad de sexo o fuerza en los términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa. Ello podría resultar aplicable respecto de ciertos ilícitos pero no de un crimen como el de la menor Tamara Moya Almonacid o como el portonazo en que se le advirtió a los delincuentes la presencia de una menor de edad en la parte posterior del vehículo, sin que éstos hicieran mayor caso, arrebatándole la vida.

El señor Senador arguyó que la agravante general antes mencionada tampoco contempla la misma hipótesis normativa de la contenida en el numeral 21. Este último numeral comprende cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca. En consecuencia, mientras esta norma se vincula con la motivación del delito, en el portonazo existe dolo eventual.

Luego, instó por la necesidad de considerar las observaciones del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, en especial en lo relativo al principio del *non bis in idem*.

**La Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales del Ministerio Público**, junto con comprometer el interés del órgano persecutor por colaborar en la tramitación de la iniciativa, acotó que sus observaciones pretenden fortalecer el objetivo de proteger de mejor forma a personas en situación de vulnerabilidad.

Sobre la modificación de normas de carácter procesal, explicó que el sistema penal se encuentra en constante tensión

entre eficacia y garantía. Cualquier avance tendiente a facilitar la persecución penal va en la línea de disminuir garantías, como ocurre, por ejemplo, con las técnicas especiales de investigación en materia de comunicaciones (registro de tráfico de llamadas).

La **Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Violentos y Responsabilidad Penal Adolescente del Ministerio Público** puntualizó que, dado que una eliminación de grado constituye una regla de determinación de pena, se limita la discrecionalidad de los jueces, pero manteniendo la libertad para establecer un *quantum* determinado para la pena desde el grado siguiente. Todo ello, bajo el fundamento de asignar una mayor necesidad de resguardo legal cuando la víctima es menor de edad, adulto mayor o una persona con discapacidad.

La **Honorable Senadora señora Ebensperger** manifestó que, en circunstancias que actualmente los delitos contra la propiedad se sancionan con una pena mayor que los perpetrados contra las personas, sería esencial atender al bien jurídico que se protege al momento de establecer las respectivas penas.

---

Cabe consignar que la Comisión, con la finalidad de ilustrarse adecuadamente en la materia, acordó oficiar al Ministerio Público, a la Defensoría Penal Pública y a los académicos y penalistas señora María Elena Santibáñez Torres y señor Héctor Hernández Basualto, recabando su parecer acerca del sentido y alcance de la normativa que se propone, así como su armonización y compatibilidad con las reglas generales sobre circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal contenidas en el Código del ramo.

A la fecha de elaboración de este informe se han recibido respuestas del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, las cuales se adjuntan como anexo.

---

### **VOTACIÓN IDEA DE LEGISLAR**

A continuación, el **señor Presidente de la Comisión** declaró cerrada esta parte del debate y sometió a votación la idea de legislar en la materia.

- **Sometido a votación en general el proyecto de ley, fue aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Ebensperger y señores Araya, De Urresti y Galilea.**

- - -

### **PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN Y TEXTO DEL PROYECTO**

En mérito del acuerdo precedentemente reseñado, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, tiene el honor de proponeros la aprobación en general del proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados, cuyo texto es el que sigue:

#### PROYECTO DE LEY:

“Artículo 1.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral 22°:

“22.° Cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, en los términos de la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.”.

2. Intercálese en el artículo 69, antes del punto final, la siguiente frase: “, teniendo en especial consideración la circunstancia de ser la víctima un niño o niña, adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.”.

3. En el artículo 141:

a) Elimínase en el inciso quinto la expresión “, violación sodomítica,”.

b) Incorpórase el siguiente inciso final, nuevo:

“Si la víctima de estos delitos fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas en los incisos anteriores, según si la pena consta de un solo grado o es compuesta, respectivamente.”.

4. Sustitúyese en el inciso final del artículo 142 la expresión “inciso final” por “inciso quinto”.

5. Incorpórase en el artículo 361, el siguiente inciso final, nuevo:

“Si la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, la pena se impondrá en su máximo.”.

6. Sustitúyese en el artículo 362 la expresión “cualquiera de sus grados” por la frase “sus grados medio a máximo”.

7. Derógase el artículo 365.

8. Incorpórase en el artículo 366, el siguiente inciso final, nuevo:

“Si la víctima fuere un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas en los incisos anteriores, según si la pena consta de un solo grado o es compuesta, respectivamente.”.

9. Incorpórase, al artículo 372 bis, el siguiente inciso final, nuevo:

“Si la víctima fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, la pena se impondrá en su máximo.”.

10. Agrégase al artículo 390, el siguiente inciso final:

“Si la víctima de este delito fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se excluirá el grado mínimo de la pena señalada en el inciso anterior.”.

11. En el artículo 391:

a) Incorpórase la siguiente circunstancia sexta:

“Sexta.- Cuando el delito se cometa contra un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.”.

b) Reemplázase en el numeral 2° la expresión “medio” por la frase “medio a máximo”.

12. Intercálase, en el inciso tercero del artículo 411 bis, entre las expresiones “menor de edad,” y “la pena señalada”, la frase “adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422,”.

13. Incorpórase en el artículo 433, el siguiente inciso final:

“Si la víctima de estos delitos fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se excluirá el grado mínimo de las penas señaladas en los numerales anteriores.”.

14. Incorpórase, en el artículo 436, el siguiente inciso final, nuevo:

“Si la violencia o intimidación recayese en una persona menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se aplicará el máximo de las penas establecidas en los incisos precedentes.”.

15. Intercálase en el artículo 439, a continuación de la frase “encontrándose personas en su interior” el siguiente texto: “; o amenace la integridad de niños que se encuentren al interior del vehículo”.

16. Agrégase en el artículo 449 el siguiente numeral:

“3ª. En los casos no contemplados en las reglas anteriores siempre se considerará como agravante especial el hecho que la víctima sea menor de 18 años, adulto mayor o persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.”.

17. Intercálase en el artículo 474 el siguiente inciso tercero, pasando el actual a ser inciso cuarto:

“Si la víctima de este delito fuere un menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad en los términos de la ley N° 20.422, se excluirá el grado mínimo de la pena señalada en los incisos anteriores.”.

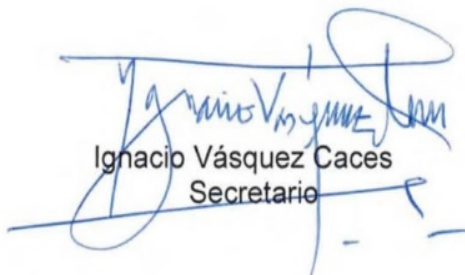
Artículo 2.- Intercálase en el inciso tercero del artículo 3° del decreto ley N° 321, de 1925, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, a continuación de la expresión “femicidio,” e inmediatamente antes de la expresión “homicidio calificado”, la expresión “homicidio simple,”.

- - -

### ACORDADO

Acordado en sesiones presenciales y telemáticas celebradas en los días y con la asistencia que se indica: 27 de septiembre de 2021, con asistencia de los Honorables Senadores señor Pedro Araya Guerrero (Presidente), señora Luz Ebensperger Orrego y señor Francisco Huenchumilla Jaramillo; 23 de noviembre de 2021, con asistencia de los Honorables Senadores señora Luz Ebensperger Orrego (Presidenta Accidental) y señores Alfonso De Urresti Longton, Rodrigo Galilea Vial y Francisco Huenchumilla Jaramillo; 24 de noviembre de 2021, con asistencia de los Honorables Senadores señor Pedro Araya Guerrero (Presidente), señora Luz Ebensperger Orrego y señores Alfonso De Urresti Longton, Rodrigo Galilea Vial y Francisco Huenchumilla Jaramillo; 21 de diciembre de 2022, con asistencia de los Honorables Senadores señor Pedro Araya Guerrero (Presidente), señora Luz Ebensperger Orrego y señor Rodrigo Galilea Vial; 4 de mayo de 2022, con asistencia de los Honorables Senadores señor Matías Walker Prieto (Presidente), señora Luz Ebensperger Orrego y señores Pedro Araya Guerrero, Alfonso De Urresti Longton y Rodrigo Galilea Vial.

Sala de la Comisión, a 6 de mayo de 2022.



Ignacio Vásquez Caces  
Secretario

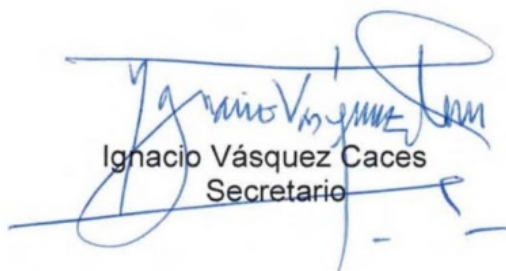
## RESUMEN EJECUTIVO

**INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO**, recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica (Boletines N<sup>os</sup>. 14.107-07 y 14.123-07, refundidos).

- I. **OBJETIVO DEL PROYECTO:** Modificar el Código Penal con el propósito de brindar un resguardo mayor a niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad, que son víctimas de delitos violentos.
- II. **ACUERDOS:** Aprobada la idea de legislar por unanimidad de presentes (4x0).
- III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO:** Consta de dos artículos: el primero, mediante 17 numerales, modifica el Código Penal; el segundo, enmienda el decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.
- IV. **URGENCIA:** Simple.

---

- V. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** No hay.
- VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** Mensaje y Moción, refundidos.
- VII. **TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Segundo.
- VIII. **APROBACIÓN EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS:** Fue aprobado, en general y en particular, por 130 votos a favor.
- IX. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 3 de agosto de 2021.
- X. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer informe. Pasa a la Sala.
- XI. **LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:** a) Código Penal; b) Decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad.

  
Ignacio Vásquez Caces  
Secretario

Valparaíso, 6 de mayo de 2022.

## ÍNDICE

Objetivos del proyecto.....	1
Constancias.....	2
Asistencia.....	2
Antecedentes.....	3
Aspectos centrales del debate.....	6
Discusión en general.....	6
Votación idea de legislar.....	25
Proposición de la comisión.....	25
Texto del proyecto.....	25
Acordado.....	28
Resumen ejecutivo.....	30
Índice.....	31