Boletín N° 10.605-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Ossandón, García Huidobro y Tuma, que sustituye el artículo 72 del Código Penal, para hacer aplicable la pena agravada que se establece a todos los adultos penalmente responsables que participen en la comisión de un mismo delito con menores de l8 años de edad.

Exposición de motivos

La delincuencia en Chile se ha convertido en uno de los mayores flagelos de nuestra sociedad. Tal panorama es de larga data y lamentablemente afecta en mayor o menor grado a casi todas las sociedades en el mundo. En cualquier caso, la extensión que ha alcanzado el problema en nuestro país, unida a la creciente violencia que están exhibiendo los delincuentes, está causando una profunda inquietud en la opinión pública y la ciudadanía en general.

Una de las facetas más alarmantes del problema de la delincuencia es la temprana edad de los que perpetran los delitos, en especial los más violentos. Según cifras del Ministerio Público, el año 2014 fueron formalizados 44.764 menores de edad por un total de 47.689 delitos[1]. Más preocupante aún resulta el uso que mayores de edad hacen de menores para sus propios fines delictivos, causando al menor de edad un daño difícil de cuantificar.

Cierto es que existen menores con el suficiente discernimiento para saber lo que están haciendo, lo que se reconoce en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente; pero lo anterior no desconoce el desenvuelto uso delictivo al que dichos menores de edad son sometidos por otros mayores. Tal situación está recogida en nuestra legislación penal en la figura de una circunstancia agravante, contenido en el artículo 72 del Código Penal.

El artículo 72 del Código Penal, en efecto, dispone: "En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.".

Es decir, se aplicará al mayor de 18 años que fuere hallado responsable en la comisión de un delito la pena que corresponda a la comisión del mismo, aumentada en un grado, si es que existieren menores de edad involucrados en el mismo hecho delictivo, sólo en el caso que el mayor de edad se hubiere prevalido, es decir, hubiere usado de algún modo al niño o adolescente en la perpetración del delito. Tal circunstancia será ponderada por el juez en conciencia.

A pesar de no estar incluida en el artículo 12 del Código Penal, que establece 21 circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (CMRP), la doctrina y la

jurisprudencia considera al artículo 72 como un tipo de CMRP de carácter genérico, es decir, se aplica a la totalidad de los tipos penales contenidos en el Código Penal.

Ahora bien, en su redacción actual, para la aplicación de esta agravante se requieren tres requisitos copulativos:

1. La participación en un mismo delito de uno o varios mayores de 18 años y uno o varios menores de 18 años. En cuanto al tipo de participación que se requiere, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, Mano Garrido Montt sostiene que "se descarta, por consiguiente, la posibilidad de que esta circunstancia pueda perjudicar a los encubridores y a los cómplices. El fundamento de lo señalado se desprende del propio art. 72, que exige que se hayan prevalido de los menores en la perpetración del delito, ni los cómplices ni los encubridores ejecutan el delito, sólo lo hacen los autores y coautores"[2]; en consecuencia, para Garrido Montt la disposición sólo se aplicaría a los autores o coautores. Por su parte, Enrique Cury afirma que esta agravante se aplica adicionalmente a cómplices, inductores y encubridores[3].

2. El mayor de 18 años debe servirse del menor de edad para la perpetración del delito. Por tanto, se entiende que si no existe este aprovechamiento, no operará la agravante.

3. Consecuencia lógica del punto anterior, el mayor de edad debe saber que se trata de un menor de edad, y según Garrido Montt, usarlo "precisamente por eso"[4].

Como puede apreciarse, se trata de una CMRP más compleja de lo que pudiera parecer a primera vista, lo que sin duda ha derivado en serias dificultades para probar en juicio la prevalencia del mayor de 18 años sobre el menor. Para la aplicación del artículo 72, el concepto de prevalencia es central. Siguiendo a Garrido Montt, el concepto de prevalencia se asocia al de aprovechamiento del menor. Por tanto, no basta con que el menor de 18 años concurra a la perpetración del delito, sino que el mayor de 18 años tiene que aprovecharse de él.

La experiencia de la Fiscalía al intentar probar esta agravante ha resultado desalentadora. En efecto, salvo que exista una delación del mayor de edad, o que el menor de 18 años confiese que el mayor de 18 años estaba al tanto de su minoría de edad, y que precisamente por eso fue utilizado por el mayor, será muy difícil que el fiscal de turno logre acreditar el aprovechamiento del mayor de 18 años sobre el menor, en especial en un sistema penal de tendencia garantista como el nuestro. Como consecuencia, esta agravante ha derivado en "letra muerta".

El objetivo del proyecto de ley, entonces, es reformular el artículo 72 de tal manera de que se sancione adecuadamente a quienes usan a menores de edad en la comisión de delitos. Es una triste realidad cotidiana el uso y abuso que mayores de edad hacen

---

[1] Ministerio Público, "Boletín Estadístico Anual 2015", Santiago, Chile, p. 65.
[2] GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal", Tomo I, p. 238.
[3] CURY URZÚA, Enrique, "Derecho Penal", Tomo II, p. 150.
[4] GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal", Tomo I, p. 239.

de niños y adolescentes para fines delictivos. El daño que esto genera a los menores de edad es difícil de cuantificar, pero sin duda que el reproche social que esto envuelve exige una respuesta político-criminal de carácter urgente.

Por las razones expuestas, el proyecto propone eliminar el elemento de prevalencia actualmente existente en el artículo 72, de tal manera que la agravante se configure por el mero hecho de que el mayor de 18 años aparezca como responsable en la perpetración de un delito en conjunto con un menor de esa edad. Al mismo tiempo, la redacción deja expresamente establecido que esta agravante se aplicara no sólo a los autores, sino también a los cómplices y encubridores, pues señala "cualquiera sea el grado de participación", siguiendo de este modo la opinión doctrinal de Enrique Cury en la materia. De esta manera, el legislador estará enviando una potente señal hacia las bandas delictuales que usan indiscriminadamente a menores para cometer sus fechorías.

En virtud de las razones expuestas, someto a la consideración de este Honorable Senado el Siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Reemplázase el artículo 72 del Código Penal por el siguiente:

"Artículo 72.- En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores, cualquiera sea su grado de participación, la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado.".