

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY REFUNDIDO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE LAS PENAS, RESPECTO DE QUIENES SE VALGAN DE MENORES EN LA PERPETRACIÓN DE UN DELITO.

BOLETINES N° 12.658-07: 12.720-07

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento viene en informar, en primer trámite constitucional y primero reglamentario, el proyecto de la referencia, **con urgencia suma**, originado en mociones, de los siguientes autores (as):

a) Modifica el Código Penal en materia de determinación de las penas, respecto de quienes se valgan de menores en la perpetración de un (boletín N° 12.658-07, diputados señores Mario Desbordes Jiménez y Gonzalo Fuenzalida Figueroa.

b) Modifica el Código Penal para tipificar como delito el valerse de un menor de edad para la comisión de un crimen o simple delito, con las agravantes que indica, boletín N° 12.720-07, diputados señores Gabriel Ascencio Mansilla; Miguel Ángel Calisto Águila; José Miguel Ortiz Novoa; Jorge Sabag Villalobos; Gabriel Silber Romo; Daniel Verdessi Belemmi, y Matías Walker Prieto.

CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1) La idea matriz o fundamental del proyecto

Consiste en incrementar el castigo o penalidad respecto de la persona mayor de edad que se vale de un menor para cometer un delito o que comete un delito con la participación de un menor.

2) Normas de carácter orgánico constitucional

No hay.

3) Normas de quórum calificado.

No hay.

4) Requiere trámite de Hacienda.

No requiere.

5) Aprobación en general.

Se aprobó en general el proyecto, por el voto unánime de los señores (as) diputados (as) Jorge Alessandri; Paulina Núñez; René Saffirio; Leonardo Soto, y Matías Walker.

6) Se designó Diputado Informante al señor Gonzalo Fuenzalida

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE LEY

Los autores de la moción la fundamentaron con los antecedentes que se transcriben a continuación:

a) Modifica el Código Penal en materia de determinación de las penas, respecto de quienes se valgan de menores en la perpetración de un **(boletín N° 12.658-07)**.

Fundamentos.

- La participación conjunta de adultos y adolescentes en hechos que revisten carácter de delito, como también el incentivar a estos últimos en incorporarse al mundo delictual, constituye una práctica reiterada en la actualidad. Estas circunstancias constituyen graves atentados a la protección a la infancia y son un obstáculo para que niños, niñas y adolescentes puedan desarrollarse libres de violencia, maltratos y alejados de la delincuencia.

- Incentivar o facilitar el ingreso a la criminalidad a los menores, implica socavar las bases de nuestra sociedad y conlleva asimismo atender contra el núcleo fundamental de la sociedad, esto es las familias que también se ven afectadas.

- La participación de menores en la comisión de delitos, debe considerar una mayor sanción toda vez que estimamos un disvalor de la conducta. El conocimiento por parte de los delincuentes del régimen especial de responsabilidad penal de los adolescentes, es precisamente el incentivo para que estos se aprovechen de los efectos de sanciones diferenciadas e incluso la exención de castigo, fomentando su participación en hechos delictivos.

Por lo anterior, venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

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

"Art. 72. En los casos en que tengan participación 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, a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados."

b) Modifica el Código Penal para tipificar como delito el valerse de un menor de edad para la comisión de un crimen o simple delito, con las agravantes que indica, **boletín N° 12.720-07**).

Ideas generales.

Que es de público conocimiento el aumento significativo de la utilización de niños, niñas y adolescentes en la comisión de delitos por parte de adultos, quienes, aprovechando su inocencia, o incluso inimputabilidad o imputabilidad disminuida, se valen de estos para cometer delitos.

Estas formas de actuación constituyen actos totalmente reprochables, que atentan contra uno de los grupos más vulnerables, razón por la cual es necesario como sociedad realizar un doble reproche a la hora de perseguir los delitos. Por un lado, perseguir la conducta punible cometida por el adulto, como por ejemplo podría ser el derecho de propiedad afectado en un portonazo y, por otro lado, formular un reproche simultáneo, por cuanto se afecta otro bien jurídico distinto como es la autonomía individual de los menores de edad.

Más allá de endurecer las penas se hace necesario establecer un tipo penal autónomo e independiente, que no puedan eludir los delincuentes, y que sea un desincentivo a la hora de involucrar un niño, niña o adolescente en la comisión de un delito.

Lo anterior, considerando que de ser tipificado el hecho como delito, sería identificado dentro de los "delitos de connotación pública", cuya regulación sería un avance en materia de prevención, toda vez que se actúe con plena coordinación entre las instituciones policiales que realicen labores, preventivas e investigativas.

En relación a lo expuesto, se propone modificar el Código Penal incorporando nuevas conductas con penas más altas y agravantes dentro del Título 3, de los Crímenes y Simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución, del Libro Primero, en el siguiente sentido:

PROYECTO DE LEY

"Artículo único.- Para modificar el Código Penal, incorporando los siguientes nuevos artículos:

"Capítulo III

Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares.

Art. 142 ter. -El que, por cualquier medio o procedimiento, de manera mediata o inmediata, directa o indirectamente haya facilitado o facilite, induzca o hubiere inducido, promueva o hubiere promovido, fuerce o haya forzado, instrumentalice o haya instrumentalizado, utilice o haya utilizado, se concerte o se

haya concertado, en la comisión o se disponga a cometer un crimen, simple delito o falta con un menor de dieciocho años, será castigado:

1°. Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado si el delito cometido tiene pena de crimen.

2°. Presidio Menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo si el delito cometido tiene pena de simple delito.

3°. Presión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si el delito cometido tiene pena de falta.

Art. 142 quáter. -Para los efectos del artículo anterior, serán circunstancias agravantes las siguientes:

1°. -Ejecutar el crimen, simple delito o falta con un menor de 14 años.

2°. -Si quien utiliza al menor para cometer un crimen, simple delito o falta es consanguíneo del mismo.”.”.

II.- DISCUSIÓN GENERAL Y PARTICULAR DEL PROYECTO.

Sesión N° 163 de 2 de diciembre de 2019.

El señor **Walker (Presidente)** propuso colocar en tabla el proyecto de los administradores de Justicia para una próxima sesión. Luego, explicó que a la espera de la propuesta de la Mesa técnica respecto del plebiscito y siguiendo con las instrucciones de la Presidencia de la Corporación se han puesto en tabla proyectos de índole social respecto de los cuales el Ejecutivo ha puesto urgencia suma o discusión inmediata. En tal sentido, la presente sesión tiene por objeto escuchar al Ministerio de Justicia y a los autores de las mociones.

El señor Ilan Motles (Asesor Jurídico del Ministerio del Interior y Seguridad Pública).

Presentó un análisis de las mociones en tabla. Señaló que ambas tienen que ver con una mayor respuesta en el caso de coparticipación de menores con mayores de edad. Agregó que dicha modificación dice relación con reformas que se está estudiando en el Senado sobre responsabilidad penal adolescente. Manifestó que ambas iniciativas proponen un aumento del disvalor de las conductas y de las sanciones que reviste el Ordenamiento Jurídico respecto de los adultos que se prevalecen de menores de edad para cometer delitos.

Expresó que actualmente el artículo 72 del Código Penal ha tenido escasa aplicación práctica por los problemas normativos que presenta la norma principalmente porque se contempla como facultad del juez reconocer o no esa agravación de la pena.

Señaló que los mocionantes abordan el fenómeno de dos formas, la primera de ellas (boletín N°12.658) propone modificar el artículo 72 del Código

Penal y reforzar su carácter de agravante. La segunda (boletín N°12.720) propone incorporar nuevos artículos al Código Penal para crear una figura delictual ante el mismo supuesto. Hizo presente que jurídicamente, ambas iniciativas tienen distintas implicancias. Otra crear una figura delictual. Sea como agravante y delito independiente tiene diversas implicancias.

Explicó sobre el boletín N°12.658 reemplaza el 72 del Código Penal por un nuevo texto, aplicando a los mayores de edad la pena aumentada en un grado a menos diferencia de edad entre los mayores y menores partícipes en el delito sean igual o inferior a dos años. Del mismo modo, reemplaza la expresión "aparezcan responsables" muy criticada por la Doctrina, por el vocablo "participación".

Respecto del segundo boletín de los señores Walker y otros se propone la incorporación de dos nuevos artículos en el Código Penal, 142 ter y 142 quáter, contemplando un delito independiente cuya pena está asociada a las penas del delito cometido con la participación de un menor de edad. Agregó que la problemática de esta propuesta dice relación con la proporcionalidad cuando se cometan delitos con menores, debiendo sancionarse dichos delitos con una pena para crímenes. En tal sentido, se corre demasiado el marco punitivo.

Hizo presente que la BCN se pronunció sobre la legislación comparada, analizando en diversos países cómo abordan dicho fenómeno. Y efectivamente las dos opciones. Sea como agravante, sea como delito autónomo. Perú contempla las dos posibilidades. Expresó que se trata de una decisión de política criminal pero que, sin embargo, el Ministerio del Interior estima que en este caso concreto de prevalerse de menores de edad, bastaría modificar el artículo 72, sin necesidad de crear nuevos delitos.

Señaló que la formulación propuesta por el boletín N°12.658 es la más apropiada ya que supera los problemas normativos que tiene la norma y que ya han sido expuestos.

El señor **Saffirio** llamó la atención de la excepción que contempla el boletín 12658. Estimó que si se optara por uno de los dos boletines, sacaría la diferencia de dos años porque a su juicio no tiene mucho sentido.

El señor **Soto** declaró que se inclina por la agravante más que por la creación de un delito específico. Consultó respecto del boletín N°12.658 si aumentaría la participación cómplice o encubridor. Señala que de la redacción propuesta no resulta clara cómo se aplicaría la norma. Coincidió con el señor Saffirio, en el sentido que la excepción también en algunos casos se diluye dos años entre ambos o puede que el menor de edad utilice al adulto. Finalmente consultó por qué la norma actual no tiene mucha aplicación.

El señor **Fuenzalida**, autor de la moción boletín N°12.658 señaló que la idea es agravar la participación de un adulto, y la participación puede ser distinta no solo como autor sino también como cómplice y encubridor. Concuera con el

señor Saffirio en cuanto a la excepción que la norma contempla y explicó que en su momento estuvo pensando para las personas cuya participación punible se rige por la ley de responsabilidad penal adolescente.

La señora **Flores** expresó que se observa cada vez de manera más frecuente las utilizaciones de niños, niñas y adolescentes para la comisión de delitos dado que el menor es inimputable ni tampoco se aplica la agravante para el mayor que participa con el menor en el delito. Declaró que también prefería la opción de la agravante, pero sin la excepción que la norma propone.

El señor **Walker (Presidente)** señaló que ambos proyectos están bien orientados, puesto que tienen como objeto reforzar como política criminal el valerse de menores de edad, especialmente para el narcotráfico que los usa como soldados del delito. Por tal motivo, señaló que la respuesta del legislador debe ser clara y que por ello imagina que el Ejecutivo puso urgencia a ambas iniciativas.

Sobre las iniciativas en estudio, concordó que la propuesta del boletín 12.658 era mejor pero reparó que ésta elimina el verbo rector “prevalerse” que a su juicio es importante considerarla. También consideró que la excepción de la diferencia de edad igual o inferior a dos años está de más. Consultó al señor Motles si dada la redacción de la norma, se entiende que lo que se busca sancionar es prevalerse, destacó que en el segundo proyecto, el boletín N°12.720 sí la utiliza.

El señor **Motles**, respondiendo las preguntas de los integrantes de la Comisión, explicó que la palabra “participación” logra involucrar las tres formas comisivas. En relación a la excepción de diferencia de dos años de edad, señaló que tiende a pensar que se trata más bien de una casuística, en donde se observa la existencia de grupos de menores que delinquen y en donde no se da el supuesto aprovechamiento de la calidad de inimputable del menor. Señaló que si se acoge la excepción, tendría poca aplicación práctica además de justificar por qué la diferencia es de dos años y no uno.

En relación de la expresión prevalerse, señaló que la moción 12658 prescinde de dicha expresión. Señaló que el profesor Cury señala que prevalecer implica un conocimiento por parte del adulto en orden respecto de la calidad del menor de edad o bien que éste como tal, tiene un tratamiento punitivo especial. Prevalerse entonces, supone un ánimo especial que supone que el mayor de edad se valga del menor para sustraerse del régimen general de aplicación de penas.

El señor **Soto** manifestó que estaría de acuerdo con mantener un reproche objetivo aun cuando manifestó que le costaba entender cómo operaría dicho agravamiento cuando el mayor participe en la comisión del delito como encubridor.

El señor **Saffirio** respecto de la duda del señor Soto, expresó que en esos casos se aplicarían las reglas generales. Insistió que se debe dejar clara la línea entre mayores y menores de edad. En tal sentido, expresó que la palabra

participación, abarca todos los escenarios así que no es necesario usar el verbo rector “prevalerse”.

El señor **Motles** señaló que podría generarse el caso de una receptación o que se le solicite a un menor que almacene especies hurtadas o robadas. Ya no sería el autor del robo, podría ser un encubridor o cómplice de un crimen o simple delito. Destacó que de consagrarse la excepción, como reza el dicho “hecha la ley, hecha la trampa” podrían darse bandas delictuales entre personas de 18 y 16 años para la comisión de delitos.

El señor **Walker** (Presidente) propuso a la Comisión aprobar la idea de legislar en esta sesión como asimismo, solicitar a la Sala refundir ambos proyectos, sin perjuicio de las indicaciones sustitutivas que se puedan presentar durante la discusión particular. Finalmente, propuso escuchar a penalistas antes de votación particular.

- *Así se acuerda.*

Puesto en votación general los proyectos de ley fueron aprobados por la unanimidad de las diputadas y los diputados presentes (5-0-0) señoras y señores Walker (Presidente), Jorge Alessandri; Paulina Núñez; René Saffirio; Leonardo Soto.

Sesión N° 175 de 7 de enero de 2020.

El señor **Walker** (Presidente) recordó que este proyecto fue tratado el 2 de diciembre de 2019, oportunidad en la cual se recibió la opinión del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y fueron votados en general los proyectos en tabla, siendo estos aprobados por la unanimidad de los diputados presentes. Del mismo modo, en la misma sesión se acordó solicitar la fusión de ambos proyectos.

El señor **Pablo Celedón** (Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública) expresó que el Ministerio del Interior ya compareció y dio su opinión respecto de los proyectos de ley en tabla y recordó que lo que se planteó en su momento por parte del Ejecutivo, es que se comparta la idea matriz de las iniciativas, en el sentido de aumentar el disvalor de la utilización de menores para la comisión de delitos. Expresó que el artículo 72 del Código Penal ha tenido escasa aplicación práctica debido a los problemas interpretativos que genera la norma. A modo de ejemplo, en la frase inicial de la norma, la expresión “aparezcan responsables” resulta de difícil determinación, sobre todo cuando los menores que han participado en la comisión del delito son menores de 14 años. Del mismo modo, el verbo “prevalerse” genera dificultades de interpretación y hace confusa la frase inicial ya señalada. Propuso eliminar de la norma actual la valoración en conciencia que puede realizar el juez de esta circunstancia y aclarar que el

aumento de la pena en un grado se aplicará al mayor de edad aun cuando el menor de edad sea menor de 14 años.

Por otra parte, señaló que de las alternativas que proponen los proyectos, se inclinan por aquella que propone modificaciones al artículo 72 por sobre aquella que propone establecerlo como delito.

El señor **Juan Peña Libuy (asesor jurídico parlamentario)** señaló que elaboró una minuta en conjunto con otros profesores de la Universidad Andrés Bello y que deja a disposición de la Comisión. Luego expresó lo siguiente:

“A raíz de la discusión de estas mociones, se ha generado un interesante debate sobre la necesidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes de personas que, aprovechándose de su vulnerabilidad y de la responsabilidad penal disminuida que les reconoce la ley, propician el desarrollo de carreras delictuales a temprana edad.

Recogiendo lo señalado por el profesor Daniel Polanco, exponer al joven o adolescente a contextos criminógenos, justamente en una época de constante desarrollo para todo ser humano es sumamente reprochable, y debe ser oportunamente castigado por el sistema penal.

En ese orden de ideas, el mandato para el legislador es ofrecer alternativas eficaces que permitan dar solución al problema antes descrito.

De esta manera, han llegado a nuestras manos estas dos mociones, a efectos de emitir un juicio sobre sus méritos, atributos, defectos y necesarias mejoras.

Sometidas ambas iniciativas a un análisis exhaustivo, podemos señalar que éstas presentan dificultades técnico-legislativas que son insoslayables y que, por consiguiente, deben ser corregidas, en aras de un buen legislar.

La primera de las mociones (Boletín 12720-07), según se señala en sus fundamentos, tiene por objeto “establecer un tipo penal autónomo e independiente, que no puedan eludir los delincuentes, y que sea un desincentivo a la hora de involucrar un niño, niña o adolescente en la comisión de un delito.”

No obstante que esto pueda sonar meritorio, esta opción debe descartarse inmediatamente, ya que los verbos rectores utilizados no son los más adecuados. En efecto, los autores de esta moción parecen no advertir que las expresiones “haber facilitado o facilitar, inducir o haber inducido, promover o haber promovido, forzar o haber forzado, instrumentalizar o haber instrumentalizado, utilizar o haber utilizado, concertar o haberse concertado en la comisión o se disponerse a cometer un crimen, simple delito o falta con un menor de dieciocho años”, nos conducen necesariamente a las reglas ya existentes sobre autoría y participación (contenidas en el Título II del Libro I del Código Penal, art. 14, 15, 16 y 17). Basta

con una correcta y eficaz aplicación de tales normas para concluir, entonces, que la modificación propuesta en esta primera iniciativa es innecesaria.

Como segundo argumento para oponerse a la opción del tipo autónomo, podemos señalar que en el concierto hispanoamericano analizado, son solamente dos países en que la utilización de menores constituye un delito autónomo: Colombia y El Salvador. En este último país se aplica al delito de mendicidad, y a la vez es una agravante en el delito de extorsión.

En otros países, tales como Argentina, Bolivia, España, Guatemala, México y Perú, esta circunstancia opera como una agravante a la pena aplicable al delito cometido.

De esta manera, queda claro que la opción del tipo autónomo no resulta recomendable, atendido que otros códigos penales han optado mayoritariamente por otras vías.

Por último, optar por el tipo autónomo es un error, ya que se vulneraría ostensiblemente el principio non bis in ídem.

El principio non bis in ídem, recordemos, prohíbe, en la esfera penal o principio material, que una persona sea castigada más de una vez por un mismo hecho (infracción), y en la esfera procesal o principio formal, que sea juzgada más de una vez por el mismo hecho.

El hecho de que el Estado dicte dos normas sancionando un mismo hecho constituye una arbitrariedad y una vulneración de la exigencia de que la ley ha de ser estricta (principio de certeza y taxatividad).

En definitiva, esta primera moción analizada puede llegar a adolecer de severos problemas de constitucionalidad, especialmente por lo expuesto en el párrafo anterior.

La segunda de las mociones (Boletín N°12658-07) tiene por objeto reemplazar íntegramente el actual art. 72 del Código punitivo chileno.

La actual norma, debemos señalarlo, tiene un fundamento bipartito. La agravante envuelve un mayor reproche al agente que se prevale de jóvenes en la ejecución de la conducta típica, pues saca partido de la especial ductilidad de carácter que caracteriza a este grupo etario. Desde otro punto de vista, en la circunstancia de mayor desvalor de acción, ya que el mayor logra una actuación colectiva en la comisión del delito, lo que aumenta las probabilidades de éxito en la perpetración.

La moción analizada presenta las siguientes dificultades:

La moción opta por reemplazar la expresión “responsable” que la norma original ocupa, por la expresión “En los casos en que tengan participación en un mismo delito”.

Debemos recordar que existe un vasto debate doctrinario y jurisprudencial en torno a qué debe entenderse por “responsable”. Hay quienes estiman que esta

palabra dice relación con que el menor de edad haya participado de alguna forma en el delito, y otros que estiman que dice relación con la imputabilidad de éste, con su capacidad de cometer delitos.

De esta parte, creemos que estas posturas no son necesariamente contradictorias, por lo que la fórmula empleada en la moción no nos parece adecuada, debiendo mantenerse la expresión “responsable”.

A continuación, la iniciativa suprime la expresión “si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito”.

Aquella supresión es desafortunada, pues la presencia de los menores de edad, valerse de ellos, es precisamente lo que justifica la existencia de esta norma.

Por último, la norma establece la siguiente expresión “a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados”.

No se advierte en la fundamentación de esta moción, cuál es el objetivo de esta última frase, ni menos aún cuáles serían sus consecuencias jurídico penales.

En lo que sí acierta la moción, es en suprimir la posibilidad de que la circunstancia de concurrir o valerse de menores de edad para la comisión del delito sea apreciada en conciencia por el juez a la hora de determinar la pena. Apreciar en conciencia, en términos coloquiales significa “apreciar discrecionalmente conforme a las vísceras”.

Con las reglas probatorias del actual proceso penal, la apreciación en conciencia a que hemos hecho referencia pierde relevancia procesal, por lo que se vuelve necesario suprimirlo.

En efecto, el inciso primero del artículo 297 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente:

“Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”.

En síntesis, ambas mociones parten de una visión un tanto errada: Parten de la suposición de que hoy en día existiría impunidad cuando un mayor de edad se vale de un menor de edad. Aquello es absolutamente alejado de la realidad.

Esta mal entendida sensación de impunidad, o de cierta falta de preocupación de parte del legislador en materias punitivas, es una preocupante tendencia que ha ido tomando fuerza en nuestra sociedad, a la cual se debe hacer frente.

Legislar en materia penal exige un alto grado de responsabilidad, y un acabado estudio de las normas ya existentes pues, en buena parte de los casos, veremos éstas ya contienen respuestas adecuadas.

Ya lo veíamos en la primera moción, al hacer referencia a las normas de autoría y participación.

En el caso de la segunda moción, y aquí nos arriesgamos con el siguiente juicio: Incluso si se suprimiera completamente la norma del artículo 72 actual, igualmente habría suficientes normas como para castigar lo que se busca en ambas iniciativas. Así, por ejemplo, aplicando lo dispuesto en el art. 12 n° 11, podría castigarse el haberse valido de menores de edad para la comisión de un delito.

La norma señalada establece lo siguiente:

“Art. 12.- Son circunstancias agravantes:

11. Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.”.

Por todo lo anterior, es importante que el legislador a la hora de tomar decisiones político-criminales no ceda tan fácilmente ante las pulsiones punitivas.

A la hora de ofrecer propuestas lo cierto es que el margen de acción, como ya hemos visto, es bastante restringido y acotado. Nuestra propuesta es la siguiente:

Suprimir del actual artículo 72 del Código Penal la frase “, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.”.

Todo ello en razón de los argumentos antes expuestos y sin perjuicio de lo que señalen otros profesores sobre el punto.”.

El señor Walker presentó la siguiente indicación:

Elimínase la frase final del artículo 72 del Código Penal, “pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez pasando la coma (,) que le precede a ser punto final (.).

Los señores Walker y Alessandri presentaron la siguiente indicación:

Al artículo único del boletín N°12.658, elimínase la frase final “a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados”.

El señor **Alessandri** manifestó que quedaba claro que la intención de regular esta situación ya estaba prevista en el Código Penal, sin embargo el artículo 72 no ha sido lo suficientemente disuasivo para evitar la utilización de un menor para cometer el delito. Por tal motivo, comparte la indicación dl señor Walker en el sentido de eliminar la frase "a menos que existan dos años diferencia.”.

Sesión N° 176 de 14 de enero de 2020.

El señor **Walker (Presidente)** recordó que durante la sesión anterior, los integrantes de la Comisión, se habían inclinado por un perfeccionamiento del artículo 72 del Código Penal, que se contiene en la propuesta del boletín N° 12.658-07 por sobre la propuesta que contempla el boletín N°12.720-07 que propone la creación de un tipo penal específico respecto de la utilización de menores para la comisión de delitos.

El texto del artículo 72 que propone el boletín N°12.658-07, es el siguiente:

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

"Art. 72. En los casos en que tengan participación 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, a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados."."

Del mismo modo, recordó las indicaciones presentadas durante la sesión pasada:

1.- Del señor Walker y Alessandri:

Al artículo único del proyecto del proyecto de ley **boletín N°12.658** para eliminar la frase final "a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados" pasando a la coma que le precede (,) a ser punto final (.).

2.- Del señor Walker:

Para **eliminar del artículo 72 del Código Penal** la frase final "pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez", pasando la coma que le precede (,) a ser punto final (.).

El señor **Ilan Motles (asesor legislativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública)** manifestó que la norma actual del Código Penal presenta dificultades en su redacción que dificultan la aplicación de la norma, así la frase inicial "En los casos que aparezcan responsables" es ambigua y ha generado interpretaciones en Doctrina. Del mismo modo, la facultad del juez de apreciar en conciencia esta circunstancia agravante, cuestión que ya no tendría aplicación en razón de la Reforma Procesal Penal que establece como criterio de ponderación de la prueba la sana crítica.

Por otra parte, respecto del boletín N°12.658 consideró adecuada la indicación que propone eliminar la frase “a menos que existan menos de dos años de edad de diferencia entre los primeros y los segundos mencionados.”

Finalmente recalcó que el artículo 72 modificado tanto en la forma que propone el proyecto como las indicaciones, guarda coherencia con la normativa del mismo Código Penal. En efecto, la figura del hurto falta, contemplado en el artículo 494 del Código Penal, contempla en su inciso tercero¹ la participación de individuos mayores y menores de edad, en términos similares que los que se proponen por el proyecto. Lo anterior expresó, le dará concordancia al artículo 72 con las disposiciones penales vigentes.

El señor **Coloma** preguntó qué ocurriría cuando tanto el adulto como el menor cometen delitos en conjunto, allí recalcó ya no habría un aprovechamiento del adulto para valerse del menor. Señaló que pensaba especialmente en el caso de tráfico de drogas.

El señor **Walker (Presidente)** aclaró al señor Coloma que en efecto la propuesta omite el verbo prevaler, por lo que toda participación conjunta de un adulto y un menor en la comisión de un delito haría aplicable esta agravante.

Respecto de la situación dada como ejemplo por el señor Coloma, esto es, el tráfico de drogas, la Secretaría de la Comisión hizo presente que la ley N°20.000 que sustituye la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, contempla agravantes especiales tanto respecto de la reunión o agrupación de delincuentes para cometer el delito, siempre que esta no constituya una organización contemplada en el artículo 16 de la ley (letra a) del artículo 19) como asimismo, respecto del hecho de valerse de personas exentas de responsabilidad penal (letra e) del artículo ya citado) y que es incluso más amplio que los proyectos que se estudian.

Por su parte el señor **Saffirio**, señaló que la redacción que se propone superaría en parte las inquietudes, puesto directamente utiliza la palabra “participación” que conforme al artículo 14 del Código Penal puede ser cualquier forma de intervención del menor en el hecho punible, sea como autor, cómplice o encubridor.

La señora **Flores** señaló que a su juicio sería conveniente ampliar la idea matriz de los proyectos y volver a la idea original de la norma, esto es valerse de menores para cometer delitos, tengan éstos o no participación directa en el mismo.

La comisión por unanimidad resuelve poner en votación particular el texto propuesto por el boletín N°12.658-07 con la indicación N° 1 ya señalada, siendo aprobado por la unanimidad de los integrantes presentes de la Comisión, señoras

¹ Inciso tercero del artículo 494 bis del Código Penal: “En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se han prevalido de los menores en la perpetración de la falta.”

y señores Walker (Presidente), Alessandri, Coloma, Cruz-Coke, Ilabaca, Flores, Fuenzalida², Núñez, Soto y Saffirio.

Por la misma votación se da por rechazada la indicación N° 2 al Código Penal, de manera que la Comisión optó como texto del proyecto refundido el que establece la modalidad de una agravante.

La Comisión por asentimiento unánime acordó que puedan agregarse a la unanimidad los diputados miembros que así lo deseen y no participantes en la votación.

El texto aprobado en definitiva es el siguiente:

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

"Art. 72. En los casos en que tengan participación 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. "

Se designó diputado informante señor **Gonzalo Fuenzalida**.

III.- DOCUMENTOS SOLICITADOS, PERSONAS ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN.

Se escuchó al señor Ilan Motles Esquenazi (Asesor Jurídico del Ministerio del Interior y Seguridad Pública); al señor Pablo Celedón González (Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública); y al señor Juan Peña Libuy (Asesor Jurídico Parlamentario).

IV.- ARTÍCULOS QUE DEBEN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA.

No hay.

V.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS O DECLARADAS INADMISIBLES.

² Su voto a favor fue aceptado por la unanimidad de los diputados y diputadas presentes, debido a que es autor del boletín aprobado y la imposibilidad de asistir a la presente sesión, dado el choque de horario con la Comisión de Gobierno Interior)

Indicación del señor Matías Walker, para eliminar del artículo 72 del Código Penal la frase final “pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”, pasando la coma que le precede (,) a ser punto final (.).

VI.- TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión recomienda aprobar el siguiente:

P R O Y E C T O D E L E Y:

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

"Art. 72. En los casos en que tengan participación 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."

Tratado y acordado en sesiones de de 2 de diciembre de 2019, y 7 y 14 de enero de 2020, con la asistencia de los diputados señores Matías Walker Prieto; Jorge Alessandri; Juan Antonio Coloma; Luciano Cruz-Coke; Marcelo Díaz; Camila Flores; Gonzalo Fuenzalida; Hugo Gutiérrez; Tomás Hirsch; Marcos Ilabaca; Paulina Núñez; René Saffirio, y Leonardo Soto.

Sala de la Comisión, a 14 de enero de 2020.


PATRICIO VELÁSQUEZ WEISSE
Abogado Secretario de la Comisión