SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad.

(BOLETÍN Nº 8.677-07)

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene a honor emitir su segundo informe sobre el proyecto de ley señalado en el epígrafe, iniciado en Mensaje de Su Excelencia el Presidente de la República, con urgencia calificada de “suma”.

A la sesión en que la Comisión consideró en particular esta iniciativa asistieron, además de sus integrantes, el Honorable Senador señor Carlos Ignacio Kuschel Silva; la Ministra de Justicia, señora Patricia Pérez, y los asesores de esa Secretaría de Estado, señora Bárbara Sanhueza y señor Alejandro Soto.

Concurrieron también, por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el asesor señor Tomás Celis; los asesores de la Honorable Senadora señora Alvear, señores Jorge Cash y Marcelo Drago; los asesores del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señora Paz Anastasiadis y señor Fernando Dazarola; el asesor del Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, señor Hernán Castillo; y el abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada.

\- - -

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni modificaciones: primero y segundo.

2.- Indicaciones aprobadas sin modificaciones: no hay.

3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: Nº 1.

4.- Indicaciones rechazadas: no hay.

5.- Indicaciones retiradas: no hay

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: no hay.

- - -

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

El proyecto sometido a la consideración de la Comisión consta de tres artículos.

Artículo primero

Este precepto modifica el artículo 3º del decreto ley Nº 321, de 1925, norma que establece el beneficio de la libertad condicional para los penados. Esta disposición consigna reglas especiales para la concesión de tal beneficio a los sancionados por ciertos delitos particularmente graves.

El inciso tercero de esa norma, que es objeto de modificación en el proyecto, prevé que los condenados por parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal (trata de personas) y la elaboración o tráfico de estupefacientes, se les favorecerá con la libertad condicional sólo una vez que haya cumplido de manera efectiva los dos tercios de su pena.

La modificación propuesta agrega a este listado los ilícitos descritos en los artículos 365 bis, número 2) (modalidades de comisión de la violación alternativos al acceso carnal perpetrado contra menores de catorce años), 366 bis (ejecución de acciones sexuales distintas al acceso carnal cometidas contra personas menores de catorce años), 366 quinquies (producción de material pornográfico con menores de dieciocho años), y 367 (promoción o facilitación de la prostitución de menores), todos del Código Penal.

Este artículo no fue objeto de indicaciones ni de modificaciones durante el estudio en particular de la iniciativa.

Artículo segundo

Esta norma incide en el artículo 1° del decreto ley Nº 409, que permite que después de dos o cinco años de haber cumplido una condena, dependiendo si es o no la primera, el condenado tenga el derecho a que se eliminen sus antecedentes penales y que se le indulten las penas accesorias a las estuviere condenado.

La modificación propuesta en el proyecto consiste en establecer que si la pena alternativa impuesta es la de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con persona menores de edad, en razón de una pena principal proveniente de un delito sexual contra un menor de edad, no se podrá impetrar el beneficio señalado sino una vez que hayan transcurrido diez años desde el cumplimiento efectivo de la pena.

Este artículo no fue objeto de indicaciones ni de modificaciones durante el estudio en particular de la iniciativa.

Artículo tercero

Este precepto modifica, en dos literales, el Código Penal.

Letra a)

Modifica el artículo 368 del Código Penal. Esta disposición indica que si los delitos contemplados en los párrafos 5 (de la violación) y 6 (del estupro y otros delitos sexuales), del Título VII del Libro II del referido Código, son cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, al responsable de ellos se le aplicará la pena asignada al delito con exclusión de su grado inferior cuando conste de dos o más grados, o la mitad inferior, cuando conste sólo de uno y sea divisible.

La norma aprobada en general añade a las figuras indicadas al que haya cometido, en calidad de autor o cómplice, alguno de esos ilícitos con ocasión de las funciones que desarrolle en recintos educacionales, aun esporádicamente, o <u>del transporte escolar de víctimas menores de edad</u>.

En relación con esta letra se presentó la **indicación número 1, de la Honorable Senadora señora Alvear**, que propone reemplazar la frase “o del transporte escolar de las víctimas menores de edad”, por la siguiente: “o del servicio de transporte escolar autorizado por el respectivo establecimiento educacional en que se trasladen las víctimas menores de edad,”.

Al iniciarse el análisis de esta indicación, **el Honorable Senador señor Larraín, don Hernán**, manifestó que mediante ella pareciera que se persigue una formulación más específica del concepto de transporte escolar. Con todo, manifestó que debería discutirse el alcance

del concepto “transporte escolar autorizado” pues esa denominación podría predicarse tanto respecto del que es permitido por uno o más establecimientos educacionales, como por el que es validado por la autoridad pública de transportes. Asimismo, observó que en principio parecía atendible que la agravación de la pena no se imponga a quien presta de forma esporádica este servicio como, por ejemplo, el caso de quien transporta a sus hijos y a sus compañeros en un vehículo particular, ya que la idea es ser más drásticos con quienes se dedican al transporte de forma habitual.

La Honorable Senadora señora Alvear explicó que el propósito de la indicación era no dejar tan abierto el concepto de “transporte escolar”, ya que esta iniciativa debiera sancionar más drásticamente a quienes habitualmente y de manera profesional ejercen estas funciones.

Seguidamente, **el Honorable Senador señor Kuschel** hizo presente que el concepto de transporte escolar autorizado puede ampliarse aún más ya que, por ejemplo, en la región que representa existen subsidios especiales, administrados por las Municipalidades, para que en sectores rurales apartados se financien total o parcialmente recorridos que lleven a los niños al colegio. Agregó que también hay recorridos de transporte escolar en embarcaciones que pueden optar al sistema de financiamiento estatal para el transporte escolar rural. A la luz de estas consideraciones, manifestó que tal vez sería conveniente aclarar este punto y examinar las reglas que al respecto han fijado las Municipalidades, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el Ministerio de Educación.

Sobre este último aspecto, **el señor Fernando Dazarola**, asesor del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, recordó que la ley Nº 19.831, que crea el Registro Nacional de Servicio de Transporte Remunerado de Escolares, define transporte remunerado de escolares o transporte escolar como la actividad por la cual el empresario de transportes se obliga, por cierto precio convenido con el establecimiento educacional o con el padre, madre, apoderado o encargado de niños que asisten a jardines infantiles, parvularios o establecimientos educacionales, hasta cuarto año medio, a transportarlos entre el lugar de habitación o domicilio del escolar y el establecimiento respectivo y/o viceversa, o a otros lugares acordados, en vehículos definidos en el artículo 2º de la ley Nº 18.290, los que deberán cumplir, además, con la normativa dictada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

A la luz de este antecedente, **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio** señaló que la indicación en análisis puede generar algunas dudas, ya que cabe la posibilidad que el autor o cómplice de estos delitos sea un transportista escolar habitual que preste

este servicio de manera informal sin haber requerido la correspondiente autorización. En esta hipótesis, no se aplicaría la agravación planteada.

La Honorable Senadora señora Alvear planteó que el asunto también puede ser analizado desde el punto de vista contrario, pues al predicarse la agravación sólo respecto de quienes ejercen el transporte escolar de forma autorizada, se les da a los padres una potente señal en orden a que prefieran esa clase de servicios y no los que se prestan de manera informal.

A continuación, intervino **la Ministra de Justicia señora Patricia Pérez**, quien agradeció la invitación cursada e inició su participación expresando que en este ámbito hay que optar entre una interpretación restringida del concepto de transporte escolar en los términos citados en la ley Nº 19.831, que excluye a los transportes ocasionales de apoderados y deja fuera de la agravación a quienes prestan servicios de transporte escolar total o parcialmente financiados por el Estado.

Añadió que la otra opción es un concepto más amplio de transporte escolar. Precisó que el Ejecutivo prefería esta segunda opción.

Seguidamente, **el Honorable Senador señor Larraín, don Carlos,** hizo presente que la indicación exige, en la práctica, que los establecimientos educacionales autoricen previamente a los transportes escolares de sus alumnos, lo que implica imponerles una pesada carga de fiscalización a quienes naturalmente no tienen cómo verificar las condiciones en que se presta ese servicio.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, indicó que si bien era razonable el propósito original de la indicación, en orden a limitar la aplicación de la agravación sólo a quienes presten habitualmente el servicio de transporte escolar y no a los apoderados o familiares de los alumnos que ocasionalmente lo efectúen en sus vehículos particulares, parece atendible que la agravación proceda respecto de todos los transportistas escolares, sin importar el título en virtud del cual prestan sus servicios, o si lo hacen de forma remunerada, subsidiada o gratuita. Añadió que debe eliminarse en este caso la exigencia de autorización por los establecimientos educacionales, en vista de lo señalado por el Honorable Senador señor Larraín, don Carlos.

Este planteamiento fue compartido por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina; Larraín, don Carlos; Larraín, don Hernán; y Walker, don Patricio.

Luego, los miembros de la Comisión tuvieron en vista que el tenor literal de la modificación aprobada en general agrava las penas que contiene el artículo 368 del Código Penal a quienes hubieren cometido los ilícitos de naturaleza sexual indicados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del referido Código “con ocasión de las funciones que el autor o cómplice desarrolle en recintos educacionales”.

Sobre el particular, se hizo presente que esta agravación de la pena procedería sin importar la edad de la víctima, lo que se aparta de la idea original de esta iniciativa, que consiste en intensificar la sanción a quienes atente sexualmente contra menores mientras desarrollan funciones en un establecimiento educacional.

En razón de lo anterior, el señor Presidente de la Comisión sometió a votación la indicación de la Honorable Senadora señora Alvear, enmendada en los siguientes términos:

“La misma pena se impondrá a quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad, en calidad de autor o cómplice, con ocasión de las funciones que desarrolle, aún en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa, en esas mismas calidades, con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título.”.

La Comisión, por la unanimidad de sus integrantes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina; Larraín, don Carlos; Larraín, don Hernán; y Walker, don Patricio, aprobó la referida indicación en los términos señalados precedentemente.

Esta oración se agrega al final del inciso primero del mencionado artículo 368.

Letra b)

Modifica el artículo 374 bis del Código Penal. En lo que interesa a este informe, cabe recordar que el mencionado precepto sanciona con presidio menor, en su grado medio a máximo, a quién comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, y en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años.

El texto aprobado en general elimina el grado inferior de la pena señalada, dejándola en presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Aunque esta disposición no fue objeto de indicaciones, **el Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, hizo

presente que el texto aprobado en general distorsiona, en algún grado, la escala de penas para los delitos de pornografía en que las víctimas son menores de edad. Sobre este punto, recordó que la norma vigente establece que quién **produzca** material pornográfico con menores de edad será sancionado con presidio menor en su grado máximo (artículo 366 quinquies); que quién lo **distribuya o comercialice** sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (inciso primero del artículo 374 bis) y que quién **adquiera o almacene** ese material será castigado con presidio menor en su grado medio (inciso segundo del artículo 374 bis).

Manifestó que la modificación aprobada en general deja con la misma pena (presidio menor en su grado máximo) a quién produzca material pornográfico en el que aparezcan menores de edad, y a quien lo distribuya o comercialice, cuando en principio la primera hipótesis parece merecer un mayor reproche penal que la segunda.

La señora Ministra de Justicia expresó que el propósito tras esta modificación es impedir que quién distribuya o comercialice material pornográfico -que comúnmente es el eslabón fundamental de la cadena delictual relacionada con este delito, pues por su intermedio se logran las ganancias de la operación- pueda optar a la suspensión condicional del procedimiento como salida alternativa, pues esta figura procesal solo requiere que la pena que pudiere imponerse al imputado no supere los tres años de privación de libertad. Agregó que la actual sanción para este delito permite al delincuente acceder al referido beneficio.

Hizo presente que en el período comprendido entre el primer semestre del año 2011 al primer semestre del 2012 han aumentado un 22% las denuncias por este ilícito, según los datos aportados por el Ministerio Público, razón por la cual está más que fundada la opción político criminal de endurecer el tratamiento procesal penal de este delito. Finalmente, observó que en términos estrictamente técnicos la modificación no supone un aumento de la penalidad actualmente vigente sino que, únicamente, elimina el piso o mínimo de la pena establecida en la ley, pero manteniendo su máximo o techo.

El Honorable Senador señor Espina expresó que el juicio de reproche es individual y debe considerar las circunstancias del caso concreto. Explicó que desde esa perspectiva puede que en una situación dada se haya producido una operación comercial de proporciones para distribuir una producción pornográfica, al punto que esa operación sea más grave que la producción en sí.

A su vez, **el Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** connotó que aunque el planteamiento relativo a la proporcionalidad general de las penas indicado por el Honorable Senador señor Walker, don Patricio, es válido, también importa el efecto concreto de

las sanciones, por lo que propuso mantener la disposición aprobada en general y requerir un informe adicional sobre el tema a un abogado penalista. En todo caso, sostuvo, que si ese informe llegase a ser muy desfavorable, se podría, en el segundo trámite constitucional, enmendar esta norma.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, coincidió con lo propuesto por el Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, y sugirió a la Comisión mantener el texto en los mismos términos en que fue aprobado en general, sin perjuicio de las consultas correspondientes.

\- - -

MODIFICACIONES

En conformidad con los acuerdos adoptados, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento propone las siguiente modificación al proyecto de ley aprobado en general por el Honorable Senado:

ARTÍCULO TERCERO

Letra a)

Reemplazarla por la siguiente:

“a) Agrégase al final del inciso primero del artículo 368 la siguiente oración:

“La misma pena se impondrá a quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad, en calidad de autor o cómplice, con ocasión de las funciones que desarrolle, aún en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa, en esas mismas calidades, con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título.”.”.

(Indicación Nº 1, aprobada con modificaciones, 5 x 0).

\- - -

TEXTO DEL PROYECTO

En virtud de las modificaciones anteriores, el proyecto de ley queda como sigue:

PROYECTO DE LEY

“ARTÍCULO PRIMERO.- En el inciso tercero del artículo 3° del Decreto Ley N° 321, de 1925, sobre Libertad Condicional, reemplázase la frase “el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal”, por la siguiente: “los contemplados en el número 2 del artículo 365 bis, en el artículo 366 bis, en el artículo 366 quinquies, en el artículo 367 y en el artículo 411 quáter, todos del Código Penal,”.

ARTÍCULO SEGUNDO.- En el artículo 1° del Decreto Ley N° 409, de 1932, sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad, intercálase el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el actual a ser tercero:

“Cuando la persona hubiere sido condenada a la pena temporal del artículo 39 bis, de conformidad con el artículo 372, ambos del Código Penal, el derecho a que se refiere el inciso anterior sólo se podrá ejercer transcurridos diez años desde el cumplimiento de la pena, sin importar el número de condenas que dicha persona tuviere.”.

ARTÍCULO TERCERO.- Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:

a) Agrégase al final del inciso primero del artículo 368 la siguiente oración:

“La misma pena se impondrá a quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad, en calidad de autor o cómplice, con ocasión de las funciones que desarrolle, aún en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa, en esas mismas calidades, con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título.”.

b) En el inciso primero del artículo 374 bis suprímese la expresión “medio a”.”.

- - -

Acordado en sesión celebrada el día 30 de abril de 2013, con la asistencia de los Honorables Senadores señor Patricio Walker Prieto (Presidente), señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández y Carlos Larraín Peña.

Sala de la Comisión, 6 de mayo de 2013.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE AGRAVA PENAS Y RESTRINGE BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD.

(BOLETÍN Nº 8.677-07)

I. **OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** hacer más difícil la obtención de beneficios intrapenitenciarios y postpenitenciarios para los condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad y, aumentar las penas para quienes incurren en tales ilícitos, en los casos que indica.

II. **ACUERDOS:** Indicación Nº 1: aprobada con modificaciones, unanimidad 5 x 0.

III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** tres artículos permanentes.

IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** no hay

V. **URGENCIA:** suma a contar del 30 de abril de 2013.

VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** Mensaje de Su Excelencia el Presidente de la República.

VII. **TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** primero.

VIII. **INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 19 de noviembre de 2012.

IX. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** segundo informe.

X. **LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:**

1.- Código Penal, particularmente sus artículos 365 bis; 366 bis; 366 quinquies; 367; 368; 374 bis y 411 quáter.

2.- Decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados, especialmente su artículo 3°.

3.- Decreto ley 409, de 1932, que establece normas relativas reos, particularmente sus artículos 1° y 2º.

Valparaíso, 6 de mayo de 2013.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario de la Comisión