Boletín N° 11.966-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Ossandón y Prohens, que sanciona penalmente a los mayores de edad que inciten a delinquir a niños, niñas y adolescentes o participen con éstos en la comisión de delitos.

I. Fundamentos del proyecto

Es de público conocimiento que la delincuencia es uno de los principales males que aquejan a la ciudadanía, razón por la cual debe ser uno de los temas prioritarios a resolver por las distintas autoridades. Particularmente, la delincuencia juvenil es un fenómeno de la sociedad actual que se sitúa como una de las formas más agudas de vulneración de derechos y disfunción familiar. Es sabido por los delincuentes experimentados el especial régimen jurídico penal de los niños, niñas y adolescentes que los convierte en sujetos inimputables o con un régimen especial de responsabilidad penal, frente a lo cual los delincuentes con mayor experiencia abusan de la calidad de menor de edad de nuestros jóvenes incitándolos a delinquir o participando con ellos en la perpetración de delitos.

Según datos entregados por el Ministerio Público, durante el año 2014, 49.131 adolescentes entre los catorce y los diecisiete años de edad fueron ingresados a sus registros en calidad de infractores. De la cifra anterior, 15.942 se encontraban en el rango etario de los catorce a quince años, y 33.189 pertenecían al grupo de jóvenes entre los dieciséis y diecisiete años[1].

Lo anterior es a todas luces una situación dramática ya que revela que un número importante de nuestros jóvenes están siendo vulnerados en sus derechos, toda vez, que no viven en una familia que los cuide, eduque y proteja a fin de desarrollarse en un ambiente socio emocional sano. Una niñez y juventud en situación de riesgo nos anuncia un futuro desalentador para la sociedad chilena.

Lo señalado debe llamar nuestra atención y activar el sentido de Urgencia del Estado, sobre el hecho de que, en no pocos casos, aquellos niños y adolescentes intervienen en actos delictuales bajo el alero y dirección de uno o más mayores de edad, por lo general con vasta experiencia en la perpetración de delitos. Esta situación no sólo es reprochable en cuanto al disvalor de la conducta antijurídica ejecutada, sino que también es cuestionable desde un punto de vista social, en cuanto expone al niño, niña y adolescente a contextos criminógenos, justamente en una época de constante desarrollo para todo ser humano[2].

Es por ello que el presente proyecto de ley tiene por fin proteger el bien jurídico del resguardo de la infancia, entendiéndolo como el derecho que tienen los niños y jóvenes a vivir una vida segura y sana, siendo protegidos de cualquier tipo de abuso, maltrato y/o negligencia. Debe, por tanto, considerarse un deber para las personas adultas guiar adecuadamente la vida, el desarrollo, la participación y la protección de los niños, niñas y adolescentes; por lo que

[1] MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, Boletín estadístico anual, Santiago: 2015, p. 68.

[2] Polanco Valdés, Daniel. Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación.

Llevarlos por el camino del delito o delinquir con ellos significa atentar duramente contra los cimientos de nuestra sociedad ya que se transgreden principios fundamentales de la infancia. Lo anterior se relaciona íntima y directamente con el bien jurídico del interés superior del niño, que el Derecho Internacional Público reconoce y está contemplado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño y reproducido en distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 25-2), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (artículos 23 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[3].

En dicho sentido, este proyecto de ley busca castigar y sancionar a las personas adultas que inciten a menores de edad a delinquir mediante la tipificación de la conducta como delito autónomo de mera actividad y, adicionalmente, se aumentan las penas a los adultos que participen en la comisión de delitos con niños y adolescentes, de manera tal de generar en la población un efecto disuasivo y preventivo de dichas conductas.

Adicionalmente, es menester, mencionar que el derecho penal es la última ratio que tiene el ordenamiento jurídico para sancionar una conducta y, en consecuencia, mantener la vigencia del orden social mediante el respeto de la norma jurídica. El derecho penal es, por tanto, por antonomasia una rama castigadora y sancionadora del derecho, por lo que no debe ser la única herramienta con la cual el Estado genere políticas de protección a la infancia, ya que el derecho penal por si sólo es insuficiente. Por lo anterior, se hace necesario el desarrollo, mejora y ejecución de programas de protección de la infancia que tengan por fin promover los derechos y prevenir la vulneración de los mismos.

II.- Objetivo y contenido del proyecto

El presente proyecto de ley tiene dos objetivos, el primero, dice relación con modificar la agravante especial del artículo 72 del Código Penal y, el segundo, en crear un nuevo tipo penal autónomo de incitación a menores de edad a delinquir mediante la incorporación del nuevo artículo 72 bis.

En cuanto a la agravante especial del artículo 72 del Código Penal, se introduce el cambio respecto de que ya no es necesario pata su aplicación que el autor mayor de edad se haya prevalido de los niños y jóvenes en la perpetración del delito, sino que ahora basta la mera coparticipación del mayor de edad con un menor de dieciocho años en la comisión de un delito, cualquiera sea su tipo, para que se le aplique la agravante. Adicionalmente, se aumenta el gravamen de la pena en dos grados. Esta agravante se aplicará al mayor de edad tanto como autor mediato o inmediato.

En cuanto al nuevo artículo 72 bis, se tipifica la conducta de que un mayor de edad incite o motive a un menor de dieciocho años a delinquir, cualquiera sea el delito. De esta forma se está

[3] Biblioteca del Congreso Nacional. Julio de 2018. Informe "Legislación extranjera sobre utilización de menores en la comisión de delitos".

frente a un delito de incitación genérico pues no se instiga a cometer un delito en específico, sino cualquier tipo de delitos. La pena asociada al delito será la misma a la del delito incitado y cometido por el menor de edad, considerándose tal pena proporcional ya que se afectan dos bienes jurídicos, el de protección de la infancia y el dañado por el delito incitado.

Para el tipo penal del artículo 72 bis se debe entender por la voz incitar y motivar al acto consistente en trasmitir la idea de delinquir al menor de edad, de manera de que se le alienta a la comisión del delito, pero, el incitador no participa como autor, cómplice o encubridor en la ejecución del delito incitado. Para estos efectos es importante diferenciar el verbo rector incitar con proponer[4], ya que en éste ultimo la persona adulta invita a un menor de edad a participar en el delito con él, de forma tal que se genera una coparticipación en la comisión del delito propuesto. Este último caso, será sancionado bajo la hipótesis del nuevo artículo 72.

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido:

1) Sustitúyase el artículo 72 por el que sigue: "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 de edad la pena del delito respectivo aumentada en dos grados".

2) Incorpórese el nuevo artículo 72 bis en los siguientes términos: "El adulto que incite o motive a un menor de dieciocho años a cometer un delito será sancionado con la misma pena que la ley le asigna al delito incitado y cometido por el menor".

[4] Ver Sentencia del Tribunal Supremo de España, Rol n° 1113/2003, Sala 2°, de lo Penal, 25 de Julio de 2003.