

ASESORÍA EXTERNA

MARZO 2019

ASESORÍA LEGISLATIVA A SENADOR FELIPE KAST SOMMERHOFF

INFORMANTE: JAVIER DE IRUARRIZAGA ARANEDA

MARZO 2019

- 1) Minuta Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Allende y señor Elizalde, con la que inician un proyecto de ley que tipifica la utilización de menores para la comisión de crímenes o delitos. Boletín Nº 11.958-07

I. FUNDAMENTOS

El proyecto en cuestión establece en su fundamentación que *“la situación de los adolescentes que enfrentan el sistema penal por haber infringido la ley requiere de un tratamiento sistemático, que prevea sanciones y acciones que les permitan una adecuada reinserción social y que contemple también una institucionalidad especializada en tales conductas. A esto apunta el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, boletín 11.174-07, actualmente en tramitación en el Senado. Pero también requiere hacerse cargo de otros factores que inciden en la participación de jóvenes menores de edad en actividades delictivas, como la responsabilidad que a los mayores de edad les cabe en la instigación y utilización de menores para cometer crímenes y delitos.*

La legislación comparada ha abordado este tema desde el sistema penal, creando tipos específicos y autónomos para la sanción de estas conductas, como es el caso de Colombia, que tipifica el uso de menores de edad en la comisión de delitos, en el artículo 188D de su Código Penal.”

En misma línea, el proyecto subraya la importancia de que Chile es miembro del Comité sobre los Derechos del Niño, y como tal debe hacerse cargo de las "Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil" (Directrices de Riad), al momento de elaborar políticas en esta materia.

Dichas Directrices al referirse a la "Legislación y administración de la justicia de menores", señalan expresamente que en el marco del diseño y ejecución de políticas de prevención de la delincuencia juvenil *“deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas”.*

II. PROYECTO

En virtud de los antecedentes y fundamentos antes expuestos, este proyecto de ley busca introducir en el Código Penal un nuevo tipo penal destinado a sancionar la utilización de menores de edad para la comisión de crímenes o delitos.

ARTÍCULO ÚNICO.- Para modificar el Código Penal de la siguiente forma:

- 1) Agréguese un nuevo artículo 147 bis:

“En los casos en que un mayor de dieciocho años induzca o fuerce a un menor de esa edad a la comisión de un crimen, o se hubiere prevalido de él para la comisión del mismo, o hubiere sido partícipe de éste de cualquier modo, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio.

Si se tratara de la comisión de un simple delito, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Dichas penas se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan a los crímenes o simple delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades.

El consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá de responsabilidad al mayor de esa edad".

III. COMENTARIOS DEFENSORÍA

De acuerdo a la presentación que hizo la Defensoría Penal Pública en la Comisión de Seguridad del Senado, existirían diversos problemas en el proyecto de acuerdo al articulado propuesto. Principalmente respecto a:

a) Problemas de **proporcionalidad.**

En comparación con otros delitos del Código Penal y especialmente aquellos con los que se sanciona la utilización de menores, existe desproporción respecto de la reacción punitiva. Por ejemplo, utilizar a menores en la comisión de un delito con pena de crimen tendría penas asociadas tan graves como el delito de homicidio (Art. 391N°2) e incluso sería sancionado más gravemente que el delito de secuestro del art. 141 CP o el delito de torturas del art. 150-A CP. A su vez, el delito de utilización de menores en la comisión de simples delitos tendría penas asociadas superiores a todos los simples delitos del Código Penal y leyes especiales, es decir, penas mayores a las impuestas en delitos como, por ejemplo, la malversación de caudales públicos del art. 233 CP, el robo con fuerza en lugar no habitado del art. 442 CP, robo de cajeros automáticos del art. 443 bis e, incluso, que el abuso sexual propio del art. 336 CP. De hecho, según la propuesta del art. 147 bis CP, instar o forzar a que un menor de 14 años abuse sexualmente de un adulto (presidio mayor en grado mínimo) tendría mayor pena que abusar directamente del menor, según el art. 366 bis (presidio menor en grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo).

b) Problemas asociados a la prohibición “ne bis in ídem**”:**

La situación que se describió anteriormente se complejiza si tenemos en consideración que el artículo en cuestión prevé en su inciso tercero que “dichas penas se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan a los crímenes o simple delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”, es decir, que frente a un único hecho la reacción de la legislación propuesta sería asociar dos sanciones diversas e independientes, vulnerando abiertamente la prohibición de “ne bis in ídem”. En palabras de Juan Pablo Mañalich, “el núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne, más bien, aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos. Y ante tales situaciones, el principio ne bis in ídem se vuelve específicamente operativo al modo de una “prohibición de doble valoración” (Doppelverwertungsverbot), de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una

descripción, haya que reconocer el carácter “aparente” o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho”.

c) Afectación al **principio de legalidad**.

Por su parte, existiría en el proyecto también una afectación al principio de legalidad en su vertiente de lex certa, o mandato de determinación del hecho punible o de certeza.

Ciertamente, una de las exigencias mínimas que el Estado de Derecho establece para la penalización de una conducta es que el comportamiento se encuentre descrito de manera clara y precisa por la norma de comportamiento, de otra manera no habría certeza respecto de cuáles serían las conductas sancionadas por el legislador y cuáles no, lo que dejaría a merced de la arbitrariedad del Estado al ciudadano.

Esta sería la situación del proyecto de ley presentado. En efecto, el inciso primero del artículo prescribe que será responsable del delito de utilización de un menor de edad para la comisión de un delito quien “[...] se hubiere prevalido de él para la comisión del mismo, o hubiere sido partícipe de éste de cualquier modo, [...]”. Lo amplio de la expresión utilizada por el proyecto vuelve excesivamente amplia la aplicación de ésta figura sin determinar de manera clara y precisa la manera en que ésta se cometerá, máxime por lo alto de las penas consideradas por el proyecto.

- Nota: En la comisión se dejó claro por parte del senador Insulza, autor de la moción, que la finalidad del proyecto no es sujetar la agravante a un verbo rector específico, sino que a cualquier conducta, por muy amplia que sea, que incorpore a un menor en la participación de un ilícito: “*Haciendo partícipe de cualquier modo*”.

d) Circunstancias **ya prevista por la legislación actual**.

De acuerdo a la Defensoría, el tipo penal propuesto es una norma que en la mayoría de sus disposiciones ya se encuentra prevista por la actual legislación penal.

Los fundamentos fácticos para la imposición de una pena que requiere el propuesto artículo 147 bis del Código Penal (CP) serían los mismos ya previstos en el art. 15 del mismo Código. En efecto, el proyecto de art. 147 bis CP prevé 4 figuras:

- Inducir.
- Forzar
- Prevaler
- Participar en cualquier modo.

Las dos primeras figuras (inducir, forzar) se encuentran expresamente previstas en el art. 15 N° 2 del CP, mientras que, por su parte, la tercera figura (prevaler) se encuentra prevista tácitamente en las hipótesis del art. 15 nro. 1 y 2, así como también en la figura del art. 72 CP.

Luego, la cuarta hipótesis – “participar en cualquier modo”- hace innecesarias las inclusiones de las figuras anteriormente señaladas, a saber “inducir”, “forzar” y “prevaler”, ya que por sí mismas estarían incluidas en la figura de “participar de cualquier modo”, lo que torna redundante el articulado. Sumado a lo anterior, esta última hipótesis no solo se satisface en el caso en el que el menor participe en calidad de autor, sino que podría extenderse a figuras como la complicidad (art. 16 CP) o, eventualmente, el encubrimiento (art. 17 CP), situación que coloca en especial desproporción las penas que arriesgan ambos sujetos y no distinguiría entre diversos rangos de intervención con su respectiva pena/reacción penal, igualando – por ejemplo – la inducción a ser cómplice con la autoría material del delito.

Lo anterior ha sido duramente cuestionado en doctrina desde hace más de 40 años, especialmente en atención a la artificialidad que existiría en considerar como “autoría del art. 15 CP” formas de intervención criminal que en realidad no lo son, postura de crítica que puede verse acentuada si consideramos que por la norma en cuestión se propone considerar que la intervención punitiva que dogmáticamente no constituye autoría fuese tratada como autoría en otro delito diverso, autónomo y que no dice relación alguna con el quantum del injusto del delito “base”.

IV. CONCLUSIÓN SENADORES Y FISCALÍA

Pese a los anteriores reparos técnicos, la Fiscalía -también presente en la comisión- concluyó, pese a estar de acuerdo en la mayoría de los problemas evidenciados por la Defensoría, que el proyecto venía a hacerse cargo de una realidad no resguardada por nuestro ordenamiento penal. Esto al considerar que pese a existir figuras tendientes a la protección de los menores en el sentido del presente proyecto, estas tienen casi nula aplicación práctica.

Por lo mismo, tanto la Fiscalía como el resto de los Senadores presentes estuvieron de acuerdo en que es necesario avanzar en este proyecto, haciendo las modificaciones a la problemáticas ya evidenciadas.

2) **Minuta Resumen mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica diversos cuerpos normativos en materia de integración social y urbana.**

I. Fundamentos

De acuerdo a la información del estudio Desiguales , elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ("PNUD"), existe una alta segregación urbana en las grandes ciudades de nuestro país, que se materializa en una diferencia notoria en las características de las viviendas, las calles y las veredas, en su estética y limpieza, en la cantidad de áreas verdes, los vehículos que transitan y otros rasgos del paisaje urbano¹.

En particular, las grandes ciudades chilenas tienden a presentar patrones de segregación que se caracterizan por i) una gran concentración de espacial de los altos ingresos en una zona, y ii) gran segregación también de los hogares de estratos bajos, entendida como homogeneidad social del espacio, especialmente en sectores de la periferia; no se concentran en un solo sector pero los espacios en que se ubican están compuestos prácticamente solo por hogares de la misma condición social.²

Asimismo, se observa el creciente interés que suscita la integración social y urbana entre los diversos actores relacionados con el análisis, diseño, aprobación o aplicación de la normativa urbanística y las políticas públicas vinculadas con el desarrollo de nuestras ciudades. Lo anterior no solo se ha manifestado en una serie de seminarios y jornadas de discusión y en propuestas normativas surgidas de asociaciones gremiales, organizaciones sociales e instituciones académicas, sino también en iniciativas legislativas presentadas por parlamentarios de diversos partidos políticos, tales como la moción ingresada recientemente bajo el boletín N° 12.105-14 por las Senadoras Carmen Gloria Aravena y Carolina Goic por los Senadores Felipe Kast y Carlos Montes, destinado a establecer "zonas de inclusión urbana", en línea con lo que se plantea en este proyecto de ley y en el reglamento referido en el literal a) del numeral 2 de este mensaje. Destacamos también el trabajo que ha desarrollado en esta materia el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, cuyos aportes han sido fundamentales para la elaboración de nuestra agenda normativa para la integración social y urbana.

II. Leyes relacionadas

1. Con las facultades del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y con la planificación urbana.

El presente proyecto de ley propone modificar los siguientes cuerpos normativos:

¹ DESIGUALES. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. PNUD. Junio 2017.

² Sabatini, Francisco, Gonzalo Cáceres y Jorge Cerda (2001). "Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: Tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción". Revista Latinoamericana De Estudios Urbano Regionales 27(82).

- a. Ley N° 16.391, que crea el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, y D.L. N° 1.305, de 1976, que Reestructura y Regionaliza el mencionado Ministerio.

Si bien suele señalarse que durante mucho tiempo el MINVU concentró su labor principalmente en el aspecto habitacional, la labor actual de dicho Ministerio y de sus reparticiones regionales está dada por una **sincera preocupación por el desarrollo armónico de las ciudades** y por la integración social y urbana, lo que conlleva la necesidad de adaptar su legislación orgánica a tal circunstancia, dotando al MINVU y a sus reparticiones regionales de mayores y mejores herramientas que les permitan concretar proyectos de viviendas integradas, así como reforzar las facultades existentes, **relevando el papel decisivo que tienen en la aplicación de políticas de integración social y urbana**, tanto en el ámbito de la política habitacional como de la planificación urbana.

- b. D.F.L. N° 458, de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones entre otras materias, regula las normas aplicables a la planificación urbana, estableciendo en su artículo 27 que ésta corresponde al proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico.

En esa línea, se estima necesario **establecer por ley que la planificación urbana debe contemplar, en todos sus niveles, criterios de integración social y urbana.**

2. Leyes que fomentan la construcción de viviendas mediante el otorgamiento de beneficios o incentivos:

- a. Ley N° 20.741, de 2014, en la parte que modificó el D.F.L. N° 2, de 1959.

La referida ley incorporó dos nuevos incisos al artículo 1° del D.F.L. N° 2, de 1959, mediante los cuales se crea legalmente la categoría de “proyectos de viviendas integradas”, facultando al MINVU para establecer directamente beneficios de normas urbanísticas en lugares determinados, por sobre las establecidas en el instrumento de planificación territorial.

Esta ley aún no opera por falta de reglamentación, lo que este Gobierno está enmendando mediante la dictación del decreto supremo que modificará el Reglamento Especial de Viviendas Económicas. En dicho reglamento, se **definirán los proyectos de viviendas integradas como aquellos que inducen o colaboran a mejorar los niveles de integración social urbana, por considerar un porcentaje mínimo de viviendas destinadas a beneficiarios de los programas habitacionales del Estado**, y que cumplen con las demás exigencias señaladas en dicho reglamento.

Asimismo, en el referido reglamento se establecerá que tales beneficios serán aplicables en “zonas de integración urbana”, que corresponden a áreas delimitadas y decretadas por el MINVU, en las que se contemplan beneficios para los referidos proyectos de viviendas integradas, con el objeto de impulsar el acceso equitativo por parte de la población a aquellos bienes públicos urbanos de mayor relevancia.

b. Nuevos artículos 183 y 184 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Mediante la ley N° 20.958, Ley de Aportes al Espacio Público, cuya tramitación se inició en nuestro anterior Gobierno bajo el boletín N° 8493-14, se incorporó un nuevo artículo 183 en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo principal efecto es establecer legalmente la “planificación por condiciones” en los planes reguladores intercomunales, mencionando entre las posibles condiciones la inclusión de tipos de vivienda o usos de suelo u otras medidas que promuevan la integración social.

Con todo, la posibilidad de establecer condiciones en los planes reguladores intercomunales quedó restringida a las nuevas áreas urbanas o de extensión urbana, no pudiendo establecerse condiciones en el área urbana consolidada. Ello significa que, en tal área, el nivel intercomunal no podría establecer normas urbanísticas o condiciones que primen por sobre las de la planificación comunal, lo que impide imponer desde ese nivel (de ciudad) disposiciones que promuevan la densificación y/o integración social en sectores en los que el plan regulador comunal contempla normas muy restrictivas.

Por otra parte, la ley N° 20.958 también aprobó el nuevo artículo 184 en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, facultando a los planes reguladores comunales para otorgar incentivos en las normas urbanísticas, condicionados a determinadas exigencias aplicables a los proyectos, entre las cuales se menciona el cumplimiento de otras condiciones que induzcan o colaboren en el mejoramiento de los niveles de integración social urbana.

Con todo, no se menciona expresamente la incorporación de tipos de vivienda o usos de suelo como una de las exigencias para acceder a los incentivos, aun cuando ello podría entenderse comprendido en la frase referida a las “otras condiciones”.

III. Principios inspiradores del proyecto

1. Es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.
2. Se debe relevar la importancia del desarrollo de las ciudades en la denominación del Ministerio competente en materia de vivienda y urbanismo, dotándolo de facultades relacionadas con la integración social y urbana.

3. La normativa debe apuntar a dar cumplimiento a los objetivos establecidos en la Política Nacional de Desarrollo Urbano y a los compromisos asumidos en la Nueva Agenda Urbana.
4. La política habitacional debe contemplar medidas que permitan a la población el acceso equitativo a los bienes públicos urbanos.

IV. Objetivos y contenidos del proyecto

1. Potenciar al Ministerio en sus atribuciones.

Se propone cambiar el nombre del Ministerio de Vivienda y Urbanismo por el de Ministerio de Ciudad y Vivienda, relevando así la importancia de la ciudad, como concepto amplio.

Asimismo, se propone modificar las leyes orgánicas del Ministerio (ley 16.391 y D.L. N° 1305) con la finalidad de potenciar sus atribuciones, permitiéndole fomentar políticas y programas que busquen el emplazamiento de proyectos de viviendas integradas en zonas con adecuados estándares e indicadores de calidad de vida y desarrollo urbano; implementar políticas de suelo que incentiven proyectos habitacionales de integración social y urbana, mediante beneficios de norma urbanística; y resguardar que los instrumentos de planificación territorial contemplen disposiciones que incentiven proyectos de integración social y urbana.

2. Establecer que la integración social debe ser un criterio rector de los instrumentos de planificación territorial.

Se propone modificar el artículo 27 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto actualmente vigente establece que la “Planificación Urbana” corresponde al “proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socio-económico”, agregando que dicho proceso “debe contemplar, en todos sus niveles, criterios de integración social y urbana”.

3. Establecer medidas que incentiven el emplazamiento de proyectos de viviendas integradas en sectores con adecuados indicadores y estándares de calidad de vida y desarrollo urbano. Impulso de las zonas de integración urbana.

Se propone incorporar a la Ley General de Urbanismo y Construcciones un nuevo párrafo titulado “De las Zonas de Integración Urbana”, conformado por 3 nuevos artículos (83, 84 y 85).

Dichas zonas se definirían como aquellas áreas en las cuales se contemplan incentivos normativos para impulsar un acceso equitativo a bienes públicos urbanos relevantes, pudiendo corresponder a sectores con adecuados indicadores y estándares de calidad de vida y desarrollo urbano en los que se busca incentivar proyectos de integración, o bien, sectores deficitarios que podrían ser revitalizados con ciertas inversiones públicas para impulsar en ellos proyectos de viviendas integradas y el desarrollo urbano de usos mixtos.

Estas zonas de integración urbana las establecería el Ministerio, previa consulta al municipio respectivo. Esto supone una planificación a nivel nacional que se superpone a la planificación comunal e intercomunal, respecto del establecimiento de estas zonas.

4. Facultar a los planes reguladores intercomunales para establecer zonas de integración urbana y precisar reglas de primacía entre los beneficios y las normas urbanísticas generales.

Se propone incorporar un nuevo artículo 183 bis en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, con el objeto de facultar a los planes reguladores intercomunales para establecer zonas de integración urbana, en las que se contemplen beneficios o incentivos en las normas urbanísticas que induzcan o colaboren en la integración social urbana.

5. Facultar a los Servicios de Vivienda y Urbanización para concesionar el uso y goce de inmuebles, con el objeto que se construyan y/o administren viviendas destinadas a beneficiarios del subsidio de arriendo.

El desafío de enfrentar el déficit habitacional existente no puede ser abordado únicamente mediante la entrega de subsidios para la adquisición de viviendas. Desde la dictación del decreto supremo N° 52 (V. y U.), de 2013, la política habitacional contempla un Programa de Subsidio de Arriendo de Vivienda, el que estimamos debe ser potenciado mediante diversas herramientas legales y reglamentarias que permitan aumentar la oferta pública y privada de unidades habitacionales en las que puedan aplicarse tales subsidios.

6. Precisar el régimen de limitaciones y prohibiciones aplicables a las viviendas destinadas a beneficiarios de los programas habitacionales del Estado.

Se propone modificar el artículo 184 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, recientemente incorporado a ésta mediante la ley N° 21.078, con el objeto de precisar que todas las viviendas destinadas a beneficiarios de los programas habitacionales del Estado que resulten de la aplicación de beneficios normativos –y no solamente las sociales, como actualmente establece la norma– deben quedar singularizadas en los respectivos permisos de edificación y recepciones municipales.

3) **Oficio dirigido a la Defensora de la niñez. Despachado el 7 de marzo del presente año.**

DE: SR. FELIPE KAST SOMMERHOFF
SENADOR DE LA REGION DE LA ARAUCANÍA
SENADO DE CHILE

A: SRTA. PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Junto con saludarle, por medio del presente solicito a usted hacerse parte de la situación que afecta alrededor de 120 estudiantes, de 1º a 8º básico, de sectores rurales de la comuna de Ercilla que no pudieron iniciar el año escolar, producto de los hechos de violencia que afectan a la zona.

Los estudiantes en comento, pertenecen a las Escuelas Millalevia y Santa Rosa, que fueron objeto de ataques incendiarios durante el mes de noviembre del año 2018, alterando su funcionamiento y obligando al cierre del año lectivo. Actualmente, siguen a la espera de noticias para retornar a clase e iniciar de forma definitiva el año escolar 2019.

Ante la gravedad de esta situación y la evidente vulneración de derechos que afecta a estos niños y niñas de La Araucanía. Solicito a usted, Defensora de la Niñez, hacerse parte de esta situación visitando a las familias afectadas, realizar todas las medidas necesarias para restablecer el derecho a educación de estos niños e informar las acciones que se adoptarán para solucionar esta situación.

Esperando una buena acogida,

Se despide atentamente.

FELIPE KAST SOMMERHOFF
SENADOR DE LA REGION DE LA ARAUCANIA