

**INFORME DE LA COMISIÓN DE SEGURIDAD PÚBLICA** recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que tipifica la utilización de menores para la comisión de crímenes o delitos (Boletín N° 11.958-07), y en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, 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 (Boletín N° 11.966-07).

**BOLETINES N°s. 11.958-07 y 11.966-07, refundidos.**

---

**HONORABLE SENADO:**

La Comisión de Seguridad Pública tiene el honor de informar acerca de los proyectos de ley de la referencia, iniciados, el primero, en Moción de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Allende y señor Elizalde (Boletín N° 11.958-07), y, el segundo, en Moción de los Honorables Senadores señores Ossandón y Prohens (Boletín N° 11.966-07).

Se dio cuenta del Boletín N° 11.958-07 ante la Sala del Honorable Senado en sesión celebrada el 1 de agosto de 2018, y del Boletín N° 11.966-07 en sesión de 7 de agosto de 2018, disponiéndose en ambos casos su estudio por la Comisión de Seguridad Pública.

Posteriormente, la Sala, en sesión de 20 de marzo de 2019, y, de conformidad con lo dispuesto el artículo 17 A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, acordó refundir los boletines N°s. 11.958-07 y 11.966-07.

La Comisión, atendida la fusión de las iniciativas precedentemente mencionadas, acordó proponer a la Sala que se sustituya la denominación original de cada una de ellas por la siguiente: "Proyecto de ley relativo a la utilización de menores en crímenes o delitos".

- - -

Por tratarse de un proyecto de artículo único, la Comisión procedió a discutirlo en general y en particular, a la vez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de la Corporación.

- - -

Asistieron a sesiones presenciales y telemáticas que la Comisión dedicó al estudio de esta iniciativa, los siguientes personeros:

- El ex Ministro del Interior y Seguridad Pública, señor Andrés Chadwick, acompañado por el ex Jefe de Asesores, señor Pablo Celedón, y los profesionales señora María José Gómez y señores Diego Izquierdo, Francisco Grimberg, Ilan Motles y Gonzalo Santini.

- El Subsecretario de Justicia, señor Sebastián Valenzuela.

- La Jefa de la División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señora Macarena Cortés, acompañada por el académico señor Francisco Maldonado.

- La Directora (S) de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos del Ministerio Público, señora María José Taladriz, acompañada del abogado señor Renzo Figueroa.

- La Defensora Nacional (S) de la Defensoría Penal Pública, señora Viviana Castel, junto al abogado señor Francisco Geisse.

- El académico del Centro de Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Pablo Carvacho.

- La analista de la SEGPRES, señorita Katherine Porras.

- Los siguientes asesores parlamentarios: de la oficina del Senador señor Insulza, las señoras Ginette Joignant y Lorena Escalona y los señores Guillermo Miranda y Nicolás Godoy; de la oficina del Senador señor Kast, el señor Javier de Iruarrizaga; de la oficina del Senador señor Harboe, el señor José Miguel Bolados; del Comité UDI, la señora Karelyn Lüttecke; del Comité PPD, el señor Gabriel Muñoz.

- El analista sectorial de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Guillermo Fernández.

- La periodista del Diario La Tercera, señorita Daniela Astudillo.

- - -

## **OBJETIVO DE LOS PROYECTOS**

Preservar a los niños, niñas y adolescentes de las influencias negativas que sobre ellos ejercen los mayores de edad, al hacer responsables a éstos de la utilización de menores para sus actividades delictivas (Boletín N° 11.958-07), y proteger el bien jurídico del resguardo de la infancia, entendido como el derecho que tienen niños, niñas y jóvenes a vivir una vida segura y sana y a salvo de cualquier clase de abuso, maltrato o negligencia (Boletín N° 11.966-07).

### **ANTECEDENTES**

#### **I. Normativos.**

- Código Penal.
- Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente.
- Decreto supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1990, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño.

#### **II. Boletín N° 11.958-07.**

Con motivo de la fundamentación de esta iniciativa legal, la Moción recuerda que el año 2005, con la aprobación de la ley N° 20.084, se estableció por primera vez en Chile un sistema penal especial para hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes. Dicho cuerpo normativo fue el resultado del compromiso asumido en 1990 con la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No obstante, aunque se trata de un avance necesario y significativo, existen modificaciones legislativas pendientes para abordar de manera idónea la situación de los adolescentes infractores de ley.

En la cuenta pública de 2018 del Ministerio Público, prosigue la Moción, se informó que en los últimos diez años la cantidad de delitos consumados por menores de edad había crecido en 51%. En ese marco, en 2017 la Honorable Senadora señora Allende presentó una Moción (signada Boletín N° 11.392-07) destinada a modificar el Código Penal para incluir una agravante general y una especial para el caso de los delitos contra la propiedad, cuando los adultos se prevalezcan de menores de edad para cometerlos, situación que da cuenta de la preocupación existente relativa al aumento de menores de edad involucrados en actividades delictivas. La referida Moción advirtió que 15% de los delitos de mayor connotación social, ocurridos durante 2015, fueron cometidos por menores,

sumado a que entre los años 2008 y 2014 la cantidad de menores de edad detenidos fue de 94.555. En muchos casos, los niños, niñas y adolescentes fueron instigados a cometer un delito por un mayor de edad, figura conocida como "niños soldado".

Arguyen los autores de la presente iniciativa 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 una institucionalidad especializada en tales conductas. Si bien a esto apunta el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (Boletín N° 11.174-07), también se 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. Pero, además, Chile adquirió un compromiso en materia de protección de los derechos de la niñez al promulgar la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Parte a dar un tratamiento y protección preferencial a los niños, niñas y adolescentes mediante la consagración del principio de "interés superior del niño".

Así, en su artículo 3, N°1, la Convención prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Se trata de un concepto que ha sido interpretado por el Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General N° 5, y que exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. La idea implica que todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

El Comité sobre los Derechos del Niño también ha destinado sus observaciones generales para interpretar los derechos de niños, niñas y adolescentes en la justicia de menores. De esta manera, en su Observación General N° 10, al aludir a la prevención de la delincuencia

juvenil, señaló que una política de justicia de menores que no vaya acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil comporta graves limitaciones. Al abordar su política nacional general de justicia de menores, según instruye el Comité, los Estados Parte deben incorporar las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Las Directrices de Riad, en lo que atañe a la legislación y administración de la justicia de menores, disponen que en el marco del diseño y ejecución de políticas de prevención de la delincuencia juvenil se deben promulgar y aplicar leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas.

Sobre la base de tales antecedentes, los autores de la iniciativa postulan que con la medida legislativa propuesta se protege a los niños, niñas y adolescentes de las influencias negativas que sobre ellos ejercen los mayores de edad, al hacerlos responsables de la utilización de menores para sus actividades delictivas.

### **III. Boletín N° 11.966-07.**

Al fundar este proyecto de ley sus autores hacen presente que, como es de público conocimiento, 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 autoridades. Y la delincuencia juvenil, precisan, es un fenómeno de la sociedad actual que se sitúa como una de las formas más agudas de vulneración de derechos y disfunción familiar.

Los delincuentes experimentados, agregan, que saben del particular régimen jurídico penal de los niños, niñas y adolescentes (que los convierte en inimputables o los somete a un régimen especial de responsabilidad penal), abusan de la calidad de menor de edad de los jóvenes y los incitan a delinquir o participan con ellos en la perpetración de delitos. Durante el año 2014, según datos entregados por el Ministerio Público, 49.131 adolescentes entre los catorce y los diecisiete años de edad fueron ingresados a sus registros en calidad de infractores. De dicha cifra, 15.942 jóvenes se encontraban en el rango etario de los catorce a quince años, y 33.189 pertenecían al grupo entre los dieciséis y diecisiete años. Lo anterior es una situación dramática que revela que muchos jóvenes están siendo vulnerados en sus derechos, ni se encuentran en un entorno familiar que los cuide, eduque y proteja a fin de desarrollarse en un ambiente socio emocional sano. Una niñez y juventud en situación de riesgo anuncia un futuro desalentador para la sociedad chilena.

Lo expuesto, arguyen, debe advertir acerca del hecho de que tales 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 es reprochable por el desvalor de la conducta antijurídica ejecutada, y cuestionable socialmente porque expone al niño, niña y adolescente a contextos criminógenos en una época relevante de su desarrollo humano.

En ese marco, el proyecto de ley tiene por fin proteger el bien jurídico del resguardo de la infancia, entendido como el derecho de los niños y jóvenes a vivir una vida segura y sana y de ser tutelados frente a cualquier abuso, maltrato o negligencia. Siendo un deber para los adultos guiar adecuadamente la vida, el desarrollo, la participación y la protección de los niños, niñas y adolescentes, conducirlos por el camino del delito o delinquir con ellos significa atentar contra los cimientos de la sociedad, pues se transgreden principios fundamentales de protección a la infancia. Ello se relaciona con el bien jurídico del interés superior del niño, que el Derecho Internacional Público reconoce en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño y se reproduce en diversos 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.

El proyecto, entonces, pretende, por una parte, 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, por otra, aumentar las penas a los adultos que participen en la comisión de delitos con niños y adolescentes, para generar en la población un efecto disuasivo y preventivo de dichas conductas. 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. Pero no puede ser la única herramienta con la cual el Estado genere políticas de protección a la infancia, ya que el derecho penal por sí sólo es insuficiente (se necesita también desarrollar, mejorar y ejecutar programas de protección de la infancia que promuevan los derechos y prevengan la vulneración de los mismos).

Para satisfacer sus propósitos, esta Moción modifica la agravante especial del artículo 72 del Código Penal y crea un nuevo tipo penal autónomo de incitación a menores de edad a delinquir, mediante la incorporación de un nuevo artículo 72 bis:

- En lo que concierne a la agravante especial del artículo 72, la enmienda implica que ya no será necesario que el autor mayor de edad se haya prevalido de los niños y jóvenes en la perpetración del delito, sino que bastará la mera coparticipación del mayor de edad con un menor de dieciocho años en la comisión de un delito 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 lo que atañe al nuevo artículo 72 bis, se tipifica la conducta consistente en que un mayor de edad incite o motive a un menor de dieciocho años a delinquir, cualquiera sea el delito. Se trata de un delito de incitación genérico, porque no se instiga a cometer un delito en específico sino que opera respecto de cualquier delito. La pena asociada al delito será la misma que 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. Se entiende por “incitar” el acto consistente en transmitir la idea de delinquir al menor de edad, alentándolo a la comisión del delito, pero sin que el incitador participe como autor, cómplice o encubridor en la ejecución del delito incitado. El verbo rector incitar debe distinguirse de proponer: en este último el adulto 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 caso se sanciona bajo la hipótesis del nuevo artículo 72).

La Moción de los Honorables Senadores señores Ossandón y Prohens, mediante un artículo único, propone modificar el Código Penal en el siguiente sentido:

- Sustituye el artículo 72 por el que se transcribe:

“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 de edad la pena del delito respectivo aumentada en dos grados.”.

- Incorpora un nuevo artículo 72 bis, del siguiente tenor:

“Artículo 72 bis.- 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.”.

La Comisión fue partidaria de requerir a la Sala autorización para refundir este proyecto de ley con el signado Boletín N° 11.958-07 (de los Honorables Senadores señor Insulza, señora Allende y señor Elizalde), en el entendido de que ambos versan sobre la misma

materia, sus ideas matrices tienen directa relación y persiguen objetivos concordantes. Esta autorización se confirió por la Sala en sesión de 20 de marzo del año en curso.

- - -

### DISCUSIÓN EN GENERAL

Al iniciarse el estudio del Boletín N° 11.958-07 expuso el **académico del Centro de Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Carvacho**, quien señaló que, en circunstancias que se ha podido constatar la utilización de menores en el contexto de organizaciones criminales, se puede afirmar que la adolescencia es una época de la vida especialmente vulnerable en lo que atañe a la comisión de delitos: es una fase del desarrollo humano en la que a una incipiente formación intelectual se suman drásticos cambios biológicos que conllevan a una cierta incapacidad para evaluar adecuada y profundamente las consecuencias de los propios actos o para anticipar cabalmente sus resultados. Dado lo anterior, no es extraño que muchas personas cometan delitos en el período que va entre los 14 y 21 años de edad, al menos por una vez en su vida.

Desde un punto de vista penal, prosiguió, si bien el acto mediante el cual un adulto se aprovecha o utiliza a un menor de edad para la comisión de un delito merece mayor reproche criminal, es relevante que al momento de reflexionar acerca de este asunto se focalice la punibilidad no en los adultos sino en los menores. La pregunta que subyace a este problema discurre acerca de si los adolescentes son coautores de los delitos o si son meramente utilizados para su comisión, en circunstancias que hasta ahora el sistema los ha tratado típicamente como coautores. El resultado de esta discusión teórica se traduce en dos tipificaciones distintas y tiene implicancia en la definición de los verbos rectores. Así, cabe distinguir entre el adolescente coaccionado a cometer un delito y aquel que lo ha cometido junto a otra persona a cuyo respecto es un par. Por otra parte, se hace oportuno precisar si, en lo que toca al adulto, la figura habrá de entenderse como una agravante de la responsabilidad penal o como un delito independiente, y, en lo que al menor se refiere, si ha de considerarse una atenuante.

En la legislación comparada, agregó, se observan dos clases de regulaciones en este ámbito: o se entiende que por el solo hecho de participar en conjunto adultos y menores hay coautoría, o se estima que si el adulto induce, promueve, coacciona o extorsiona al menor para cometer el delito corresponde imponer una pena agravada. En ese orden, arguyó, la hipótesis contenida en el artículo 72 del Código Penal acoge el primer sentido de lo reseñado: esto es, hay coautoría, pero si el mayor de dieciocho años se prevalió del menor de esa edad en la perpetración del

delito la pena respectiva se agrava (aunque entrega al juez la apreciación en conciencia de si el mayor se prevaleció o no del menor).

Otro elemento a considerar en la discusión es el referido al efecto disuasivo de las penas. Las normas que agravan delitos deben adoptarse en una medida justa, de manera de evitar consecuencias no deseadas, por ejemplo la de mantener personas en la cárcel por más tiempo del necesario. Al aplicarse esta clase de normas puede ocurrir que las sentencias sean más gravosas penalmente, generándose un problema complejo para el sistema, que ya se encuentra colapsado. En un porcentaje importante los delitos son cometidos en el marco de organizaciones criminales en las que participan adultos y menores. Se trata de organizaciones que tienen en consideración la laxitud del sistema de justicia juvenil, en comparación con el aplicable a mayores de edad.

El punto radica en establecer una tipificación que realmente aborde el bien jurídico que se pretende proteger. En este sentido, debe precisarse si lo que se busca es sancionar el mero hecho de que un adulto cometa un delito junto a un menor o precaver que un adulto utilice, manipule, coaccione o se aproveche o prevalezca de un menor para delinquir al margen de su voluntad. La primera de las opciones ya se encuentra recogida en la agravante del artículo 72 del Código Penal.

Por otra parte, prosiguió, cabe determinar qué clase de responsabilidad estará asociada a este delito. Aquí se trata de precisar si se sancionará a un adulto que induzca a un menor a la comisión de un delito en calidad de cómplice o se lo sancionará como autor. Si lo que se pretende es sancionar la complicidad y el encubrimiento deberá explicitarse en la hipótesis normativa.

Es relevante, también, considerar el conocimiento que tenía el adulto de la minoría de edad. Esto permite distinguir entre una banda en la que delinquen en conjunto adultos y menores de la hipótesis en la que el acto se comete aprovechándose de la minoría de edad y en conocimiento de ella. Este es un aspecto importante de la tipificación, porque permite delimitar casos de coautoría o coparticipación criminal de aquellos en los que utiliza o fuerza a un menor para la comisión de un delito (cuestión que reviste mayor gravedad). Este último es el sentido del verbo rector "prevalerse", el cual tiene un significado más amplio que "utilizar" y se refiere a aprovechar la posición o las características de otro en función de un resultado. En opinión del académico, este último debería ser el sentido de la norma si se busca tipificar un delito autónomo.

Luego de aludir a otras situaciones posibles, como la del adulto que incita al menor a cometer un delito pero no participa en el mismo o el de la participación de adulto y menor y que genera responsabilidad penal solo respecto de uno, abogó por mantener la

agravante general del artículo 72 del Código Penal para casos de coparticipación donde no existe una utilización explícita del menor en su calidad de tal. Además, sugirió establecer un delito autónomo que contenga la acción de extorsionar, coaccionar, incitar o inducir al menor, que entienda que éste no pertenece a una banda sino que es forzado o engañado para ser partícipe en el hecho delictivo. En todo caso, dijo, un delito autónomo de esta índole podría ser de difícil prueba, lo cual alargaría la permanencia de personas en la cárcel y provocaría un efecto indeseado.

Al concluir su intervención, fue partidario de una mirada más comprensiva del fenómeno, que haga hincapié en la protección de la infancia más vulnerable, mediante un sistema de alerta temprana que permita al Estado implementar mecanismos de diagnóstico para la victimización o polivictimización en niños, niñas y adolescentes. Esta sería una herramienta esencial de política pública criminal.

En opinión del **Honorable Senador señor Insulza** la agravante del artículo 72 del Código Penal no sería suficiente, porque en no pocas ocasiones el menor es protagonista de la acción criminal. En este sentido, el adulto debe ser sancionado con una pena mayor por el simple hecho de participar en la comisión de un delito junto a un menor. La mejor manera de proteger al menor es reduciendo la posibilidad de que un adulto sea su cómplice. Por eso la frase clave de la norma es “o hubiere sido participe de éste de cualquier modo”: la idea central es desincentivar la participación en delitos junto a menores ante la variación sustantiva que puede experimentar la pena.

Por otra parte, coincidió con el planteamiento de que hay un grado mayor de reprochabilidad cuando se utiliza a menores de catorce años en la comisión de delitos.

El **Honorable Senador señor Kast** adujo que la existencia de una señal pública penal en la que involucrar a un menor de edad dentro de la banda constituye un elemento potencialmente peligroso para el resto de ella, no tiene mayor sentido. Lo medular es la posibilidad de que las organizaciones criminales modifiquen su comportamiento en cuanto a incluir dentro de sus filas a menores de 18 años.

Enseguida previno sobre la utilización estratégica de menores, esto es, la invitación a delinquir que el adulto hace al menor debido a que tendrá penas menores, lo que compensaría el mayor riesgo que asume. En todo caso, llamó la atención sobre el aporte que podría implicar esta Moción si la complejidad de la prueba torna inaplicable la norma.

En opinión del señor Senador, en materia de asociación ilícita nuestro sistema es ineficiente y obtiene pocas condenas.

Dado que la Moción está orientada a quien comete un delito y no a organizaciones criminales, quizá sería oportuno introducir elementos que permitan tipificar alguno de estos patrones de comportamiento.

El **profesor señor Carvacho** expresó que si bien la protección de los menores de la influencia del crimen organizado es absolutamente necesaria, en la práctica más del 60% de los casos se cometen en un contexto en el que la decisión entre adulto y menor es mutuamente consentida y, por ende, voluntaria. En la medida que en un número importante de delitos no es evidente que se utilice al menor sino que simplemente es otro compañero más de la banda, se corre el riesgo de agravar infundadamente muchos delitos, aumentándose la pena para diversas conductas delictivas. Por tal razón, debe pensarse en un tipo penal que se focalice en el hecho de que un adulto explícitamente busque coaccionar, extorsionar o involucrar a un menor en la actividad delictiva.

Con todo, dijo, la iniciativa puede ser útil si el Ministerio Público y las policías empiezan a concentrar su labor en la organización criminal. En cuanto a la racionalidad de las bandas que involucran menores para delinquir, si bien en la delincuencia más ordinaria es difícil encontrar alguna inhibición en este sentido, en el crimen organizado se procuran resultados positivos con la participación de menores (hay, por tanto, una racionalidad práctica al hacer los cálculos sobre lo que dicha participación supone en términos de la penalidad posible).

Mediante la utilización de los verbos rectores adecuados es posible lograr que la norma sea funcional a los fines perseguidos, sin perjuicio de que el Ministerio Público tiene mucho que aportar en esta discusión.

El **Honorable Senador señor Huenchumilla**, en lo que atañe a las diversas situaciones que contiene la norma propuesta en el proyecto, aludió especialmente al caso en que el adulto induce o fuerza a un menor a delinquir. Esta idea no corresponde a la de la simple coparticipación entre mayores y menores en la comisión de un delito ni es la que se regula en el artículo 72 del Código Penal, que agrava la pena del adulto que se prevale de un menor para cometer un ilícito. Cuando el adulto induce o fuerza al menor, agregó, la voluntad de éste se encuentra doblegada mediante un ardid o el uso de la fuerza física o de extorsión por parte del adulto.

El **profesor señor Carvacho** explicó que la figura del artículo 72 del Código Penal es una agravante en los casos en que respecto de un mismo delito aparecen responsables individuos mayores de 18 años y menores de edad. Por lo tanto, arguyó, corresponde a la hipótesis de la coparticipación siempre que el adulto se haya prevalido del menor para cometer el delito. Si lo que se pretende es establecer un delito autónomo

habría que modificar también esta agravante; si se opta por mantenerla para la simple coparticipación habría que excluir el caso en que el adulto se prevale del menor, pues podría suscitar conflictos de interpretación con el delito autónomo que sanciona el aprovechamiento respecto del menor.

**El Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública**, luego de hacer presente que las conductas de forzar e inducir se encuentran sancionadas en nuestro sistema dentro de las hipótesis de autoría contenidas en el artículo 15 del Código Penal, sostuvo que aun cuando forzar e inducir a un menor contiene un disvalor mayor, en términos penales se sanciona de igual forma (considerándose autor a quien realiza la inducción o ejerce la fuerza). Así, se debe distinguir en la coparticipación la hipótesis en que el adulto se prevale del menor (que justificaría una figura autónoma o la agravante del artículo 72), de aquella en que el menor tiene una participación activa o dirige una banda criminal.

Enseguida, acotó que el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes (Boletín N° 11.174-07), incorpora una nueva norma en virtud de la cual la mera participación de un menor y un adulto en un ilícito se considera una agravante. Ello no significa aumentar la pena en un grado, sino que alude a la aplicación de las reglas generales referidas a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. El artículo 72 del Código Penal, por el mayor disvalor de la conducta que sanciona, establece una agravante especial que aumenta la pena por el delito cometido en un grado. Originalmente, ésta fue la solución jurídica para la responsabilidad penal juvenil.

Si bien legislaciones como la colombiana o la salvadoreña contienen delitos autónomos que sancionan el prevalerse, aprovecharse o abusar del menor, la inclusión en nuestro sistema penal de un tipo nuevo como el que se analiza constituye una decisión de política criminal que supone depurar los verbos rectores, excluir las hipótesis consistentes en forzar o inducir a un menor a la comisión de un delito (dado que ya se regulan en los casos de autoría) y derogar el artículo 72, que no podría convivir con la tipificación de una figura autónoma.

Al concluir, destacó que las investigaciones muestran que al interior de las organizaciones criminales se verifica un alto grado de conocimiento de la legislación penal.

Ante la inquietud del **Honorable Senador señor Kast** relativa a si al complejizar y hacer más sofisticada la redacción de la norma pudiera tornarse más difícil acreditar el delito en comparación con la solución del artículo 72 del Código Penal, el **señor Carvacho** afirmó que en algunas ocasiones sofisticar demasiado los verbos rectores produce el efecto contrario al deseado, haciendo más ardua la prueba del delito. También

existe el riesgo de regular una conducta de forma muy general, lo cual produciría que la norma se aplique en pocas ocasiones. Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que es fundamental determinar con exactitud qué es lo que se busca proteger, considerando que doctrinariamente se discute el concepto de “prevalerse”. Una parte de los autores asimila tal noción a “coparticipar”; otra, a aprovecharse de la calidad de menor de edad de una persona. Por eso, en la medida que se incluyan más verbos rectores que permitan precisar la conducta que se sanciona, la norma tendrá mejor aplicación.

La noción de “inducción” en relación con las formas de autoría origina problemas adicionales. Hay penalistas que sostienen que el artículo 15 del Código Penal, que contempla las diversas formas que el legislador incluye dentro de la autoría, contiene situaciones que en estricto rigor no corresponden a ella, sino a la figura de complicidad.

**El Honorable Senador señor Insulza** expresó que, siendo el objetivo de la Moción disuadir a los adultos de delinquir junto a menores de edad, el proyecto tiene un claro propósito de protección de los menores.

**El Honorable Senador señor Harboe**, partidario de la conveniencia de definir con total precisión los verbos rectores asociados al tipo penal que se propone, abogó por una discusión en paralelo acerca de la asociación ilícita (de muy difícil prueba), dada la relación entre ambas situaciones.

Si la finalidad de la Moción es evitar la participación de menores en hechos delictuales, añadió, habrá que distinguir si la participación es voluntaria o no. En caso de no ser voluntaria, habría que preferir la hipótesis en que se fuerza la voluntad del menor.

**El Honorable Senador señor Huenchumilla** reflexionó acerca de la existencia de impedimentos o restricciones jurídicas para sancionar penalmente y de manera autónoma las conductas de inducir y forzar a un menor a delinquir, aun cuando se encuentren recogidas en el artículo 15 del Código Penal.

**El ex Senador señor Allamand** sostuvo que lo que cabe determinar también es si, además de ser considerado autor, podría aplicársele al adulto la agravante por inducir a un menor.

**El profesor señor Carvacho** previno que en la hipótesis planteada por el señor Senador se estaría sancionando dos veces al adulto por un mismo hecho.

**El Honorable Senador señor Kast** abogó por diferenciar respecto de la edad del menor al momento de delinquir: podría

sancionarse al adulto en forma más severa mientras menos edad tenga el menor.

La **Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos del Ministerio Público, señora Taladriz**, luego de aludir a estadísticas del organismo que representa y precisar que se relacionan con la cantidad de imputados conocidos que ingresan al sistema penal, desagregada según si el imputado es mayor o menor de edad o si son imputados adolescentes y adultos que actúan en conjunto, comentó que en el año 2013 el 91,7% de los imputados fueron mayores de edad y el 6,6% menores. De este 6,6%, agregó, el 1,7% participó en delitos con otros imputados adultos (el resto de ilícitos fue cometido sólo por menores de edad). En un análisis comparativo de los años 2013 a 2018 se concluye que tales porcentajes se mantienen (en el año recién pasado el porcentaje de casos con coimputados mayores y menores de edad alcanzó el 1,2%). Esta última cifra, dijo, resulta interesante porque si bien el número de casos con imputados adolescentes ha ido disminuyendo a medida que avanzan los años de vigencia de la ley N° 20.084, se mantiene constante el porcentaje de casos en que participan coimputados adultos y menores de edad (en 2013 alcanzaba el 27% y en 2014 el 26%, para permanecer estable en 24% hasta 2018).

Pese a disminuir los ingresos de adolescentes en el sistema penal, continuó, al comparar las cifras se mantiene el porcentaje de participación con coimputados adultos, interviniendo en actos delictuales bajo el alero o dirección de una o más personas mayores de edad, situación que resulta reprochable no sólo por el desvalor de la conducta antijurídica que se ejecuta, sino también desde un punto de vista social al exponer a niños, niñas y adolescentes a contextos criminógenos. Las cifras analizadas no incluyen casos en que adultos participan en la comisión de delitos con menores de catorce años, es decir, con menores de edad inimputables (por lo que las cifras son superiores). Dado este fenómeno, arguyó, cabe preguntarse si ya existe una norma vigente en el ordenamiento jurídico aplicable en esta materia que solucione el problema sobre que versa esta Moción. Sobre el particular, sostuvo que existen normas que sancionan o consideran el mayor reproche penal para su autor cuando éste ejecuta una actividad delictiva con menores de edad: son distintas circunstancias agravantes contempladas en nuestro Derecho Penal, a saber:

- El artículo 456 bis, N° 5, del Código del ramo, que establece que en los delitos de robo y hurto se configura como circunstancia agravante el actuar con personas exentas de responsabilidad penal (haciéndose referencia al numeral 1) del artículo 10 del CP, que alude a los menores de 18 años).

- El artículo 19, letra e), de la ley N° 20.000, que dispone que en caso de delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y

sustancias psicotrópicas la pena deberá aumentarse en un grado si concurre en su comisión la circunstancia de valerse de personas exentas de responsabilidad penal. Esta agravante ha sido caracterizada como una de aquellas situaciones en que el legislador se ha hecho cargo directamente de la autoría mediata. Esta calificante desplaza por especialidad a la contemplada en el artículo 72 del Código Penal (que agrava la pena de quien se prevale de un menor de edad), para incluir otras hipótesis como, por ejemplo, el prevalerse de personas enajenadas mentales.

Aun cuando estas disposiciones procuran evitar que mediante la utilización de menores de edad e inimputables se burle la eficacia de la ley, añadió la abogada del Ministerio Público, la calificante puede justificarse por sí sola en función del peligro que constituye para la seguridad y el desarrollo del menor imputado la introducción en la vida delictiva y su exposición al riesgo de una dependencia a sustancias psicotrópicas en sentido amplio.

- El artículo 72 del Código Penal, que contiene la circunstancia agravante especial cuando aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de 18 años y menores de edad, caso en el que se aplicarán a los primeros las penas que hubiesen correspondido sin esta circunstancia aumentada en un grado si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.

De las tres normas descritas, señaló la personera, la última sería la más atingente a la materia que regula esta iniciativa legal. Sin embargo, en la actualidad y por los requisitos establecidos en el propio artículo 72 del Código Penal la aplicación de esta circunstancia agravante es prácticamente nula. En efecto, precisó, el citado artículo utiliza el término “responsable”, lo que se ha interpretado en un sentido jurídico penal como la consecuencia que genera la comisión de un delito que, a su vez, es punible y se ha determinado por sentencia judicial. La voz “responsable” alude tanto a los mayores como a los menores de edad, por ende lo que se está exigiendo es que respecto del menor de edad se haya dictado sentencia condenatoria con anterioridad o en forma coetánea a la sentencia del adulto. Lo expuesto es más complejo si se considera que el artículo 28 de la ley N° 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, prescribe que cuando participan en un mismo hecho punible imputados adultos y menores de edad las investigaciones y acusaciones podrán seguirse conjunta o separadamente.

Por otra parte, cuando el artículo 72 del Código Penal exige que se haga efectiva la responsabilidad criminal de los menores de edad para agravar la del adulto que se prevalece de los adolescentes condenados por el mismo delito, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los menores de catorce años. Consecuencialmente, no se podría

agravar la responsabilidad penal del adulto que comete un ilícito con la participación de menores de catorce años de edad.

Otra dificultad que suscita el artículo 72 del Código Penal radica en el verbo rector: lo que la norma exige es que el adulto ha de prevalerse del menor de edad para la perpetración del delito. Esta idea se ha entendido por la doctrina como sinónimo del aprovechamiento que efectúa el adulto respecto del menor en la ejecución total o parcial de la conducta típica. Entendido de esta manera el verbo rector, la agravante no sería aplicable cuando, por ejemplo, el joven ha intervenido como cómplice o encubridor en el delito, lo cual también resulta extensivo a las hipótesis de participación que se asimilan a la autoría (del artículo 15 del CP). Por lo mismo, no sería posible agravar la responsabilidad penal del adulto por esta circunstancia si de los hechos probados en el juicio aparece que el menor de edad no ha sido objeto de un aprovechamiento en pos de los fines del adulto.

De allí es que la circunstancia agravante de la responsabilidad penal en comentario no se aplique. La jurisprudencia a su respecto es escasa y en la mayoría de los casos se trata de sentencias anteriores a la entrada en vigencia de la ley N° 20.084. Excepcionalmente existe una sentencia fundada en la sana crítica que recoge la agravante y que da por cumplidos los requisitos que exige la norma.

En ese marco conceptual, adujo, la legislación vigente no contempla un reproche penal claro para el adulto que comete delitos con menores de edad y que resuelva el problema social y jurídico que pretende solucionar el proyecto de ley en estudio.

Enseguida, la especialista del Ministerio Público comentó el articulado de contenido de la Moción. Al respecto, según dijera, tal como está redactado el proyecto de ley habría que sancionar al adulto tanto por el hecho de cometer el delito con menores de edad, cuanto con la pena que corresponda al delito que en definitiva se cometa. El consentimiento otorgado por el menor de dieciocho años al mayor de edad, no lo eximirá de responsabilidad. Para sancionar las conductas constitutivas de crímenes o simples delitos el proyecto utiliza como verbo rector inducir, forzar o prevalerse de un menor de edad: el problema es que no sería clara la expresión “hubiere sido partícipe de éste de cualquier modo”. Si esta participación se entiende dentro de los verbos rectores precedentes, en todos los casos el adulto será responsable y partícipe porque jurídicamente tiene el dominio del hecho, conoce la conducta que será realizada y cómo se ejecutará. Así, es compleja la amplitud del verbo rector que se utiliza en comparación con el artículo 72 del Código Penal que emplea el vocablo “prevalerse”. El artículo propuesto contempla las expresiones “inducir” (provocar o causar algo) y “forzar” (obligar a que se ejecute algo).

En cuanto a la conducta que se sanciona, hizo presente que no se exige que se acredite la responsabilidad penal del menor de edad que participa en los hechos, por lo cual el ámbito de aplicación de la propuesta es más extenso que el del artículo 72 del Código Penal, al contemplar también la utilización de menores de catorce años en crímenes y simples delitos.

En lo que atañe a la pena aplicable a la conducta que se sanciona, indicó que el artículo propuesto establece dos penas, una de presidio mayor en su grado medio y otra de presidio mayor en su grado mínimo, según se trate de conductas constitutivas de crímenes o simples delitos. Sobre el punto, advirtió acerca de la posibilidad de que, en la práctica, se llegue a penas muy elevadas, que en delitos de robo con violencia o intimidación podrían ser superiores a quince años, aun cuando, tratándose de adultos que se prevalecen de menores de edad para robar, no se causen resultados lesivos. En tal evento, por la comisión del hecho el adulto recibiría dos penas de crímenes que sumarían, al menos, quince años y dos días.

Por otra parte, en opinión de la personera, la iniciativa legal no distingue si el adulto que comete el delito con niños, niñas o adolescentes ha alcanzado o no recientemente la mayoría de edad, lo cual no sería coherente con el sistema de responsabilidad penal adolescente. Así, podría tratarse de una persona adulta de dieciocho años de edad que ha inducido a un menor de diecisiete años ha cometer un delito de robo con violencia y que quedará expuesto a condenas que superan los quince años. De ser éste el caso la pena aplicable sería excesiva en comparación con otros delitos de la misma especie, cuyos supuestos fácticos pueden ser mucho más gravosos. Esta circunstancia podría afectar negativamente la eficacia futura de la norma propuesta.

A la luz de la reflexión anterior, sugirió establecer un verbo rector que resulte más extenso y adecuado, para incluir las distintas formas en que se puede utilizar a un menor de edad en la comisión de actos delictivos junto a un adulto. Por ejemplo, replicando la expresión de la letra e) del artículo 19 de la ley N° 20.000, esto es, “valiéndose”. La jurisprudencia ha entendido que procede la calificante al utilizar a los menores de edad como pantalla para la venta de drogas, incluso al esconder la droga en sus mochilas o en coches. De este modo se agravaría la responsabilidad penal del adulto por la utilización de menores de edad en actividades ilícitas, sin importar el grado de desarrollo del delito que se ejecuta. Con todo, dijo, si se opta por perfeccionar la redacción del artículo 72 del Código Penal, también podría revisarse su ubicación (normas sobre determinación de las penas) para trasladarlo al artículo 12 del Código, relativo a las circunstancias agravantes de responsabilidad penal.

Al concluir, señaló que si por razones de política criminal se decide establecer un reproche penal para los adultos será importante considerar situaciones diferenciadas. La primera relacionada con la edad de los menores que se utilizan para perpetrar el hecho ilícito, entre aquellos que tienen menos de catorce años (inimputables y mayor reproche) y aquellos que ya son responsables criminalmente en el sistema especial. La segunda, referida al adulto que utiliza menores de edad para la comisión de hechos delictivos y que alcanzó recientemente la mayoría de edad.

**El Honorable Senador señor Harboe**, luego de hacer presente la conveniencia de que al momento de analizar las estadísticas se diferencien con precisión los datos porcentuales según si se trata de casos con imputados conocidos o desconocidos, manifestó su preocupación por el elevado aumento que podrían experimentar las penas, aspecto que –a su juicio- no se solucionaría sólo con el cambio del verbo rector. Al respecto, añadió, sería oportuno conocer la opinión del Ministerio Público y su recomendación en este ámbito.

La **personera del Ministerio Público, señora Taladriz**, explicó que las cifras que maneja este organismo aluden únicamente a imputados conocidos: en el sistema penal adolescente al ingresar un caso siempre se trata de un imputado conocido. Sobre esa base, la información se desagrega en imputados conocidos adultos o adolescentes y casos con imputados adolescentes y adultos (que actúan conjuntamente). En ese marco, no obstante la baja en el sistema de ingresos de adolescentes al sistema penal, el porcentaje de casos con imputados adultos y menores de edad se mantiene.

**El ex Senador señor Allamand** previno acerca de los verbos rectores que se utilizan en el inciso primero de la norma propuesta (“inducir”, “forzar”, “prevaler”), y de la necesidad de reemplazarlos por “valerse”. El problema, dijo, es que tal solución deje sin aplicación lo contemplado en la parte final del mismo inciso, a saber, que el adulto hubiere sido partícipe del hecho ilícito en cualquier modo. Enseguida, consultó al Ministerio Público su parecer acerca de una norma que sanciona en forma amplia la participación delictual junto a menores.

Sobre el particular, la **Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos del Ministerio Público** acotó que sería precisamente la última hipótesis la que no debería contenerse en la norma. El menor siempre será partícipe, sea que lo hayan inducido, forzado o se hubieren prevalido de él. La hipótesis es muy amplia, por lo que debería estudiarse si se aumentará la penalidad a quien se valga de un menor y que, por ende, tiene el dominio del hecho.

El **Honorable Senador señor Insulza** recordó que la idea original de la Moción es sancionar a todo aquel que participe en un hecho delictual junto a menor, y coincidió acerca de la posibilidad de revisar la cuantía de las penas que contempla.

Ante la consulta del **Honorable Senador señor Kast** sobre la factibilidad de establecer sólo la hipótesis de participación amplia y eliminar los términos inducir, forzar y prevalerse, el **encargado de responsabilidad penal adolescente** explicó que dicha alternativa tornaría aún más compleja y difícil la prueba del hecho delictivo.

El **ex Senador señor Pérez Varela** fue partidario de contemplar distintas penas (o considerar una graduación de éstas) en función de las diferentes conductas que se contemplarán finalmente en la hipótesis normativa: ello, porque no puede equipararse el hecho de forzar a un menor a cometer un delito que simplemente participar con él. No sería razonable que ambas conductas tengan asignada la misma penalidad, porque el reproche penal es mayor en un caso que en otro.

Con motivo de su exposición la **Defensora Nacional (S), señora Castel**, sostuvo la necesidad de precisar los datos y estadísticas relacionados con los jóvenes infractores de la ley penal. Según el período que se considere, parece indiscutible que existe una significativa y progresiva disminución de jóvenes involucrados en hechos delictivos en calidad de imputados (en estos últimos diez años la disminución es particularmente considerable a partir del año 2016). Así, mientras en 2012 las causas con imputado adolescente llegaron a 33.192; en 2017 descendieron a 22.915, y en 2018 a 19.825. De esta forma, del total de imputados adultos y jóvenes, el porcentaje de imputados adolescentes infractores de ley penal disminuyó de 9,2% en 2016 a 7,1% en 2017 y a 6,2% en 2018. En relación con las cifras de imputados desconocidos, señaló, como no existe una metodología o una fórmula exacta que entregue esta clase de información, recurrir a este antecedente sería una mera especulación. En materia penal, adujo, se debe trabajar con los datos que arrojan las bases de los diversos organismos que intervienen en el sistema de justicia criminal.

Seguidamente, advirtió que la creación de un tipo penal como el que se propone –de aprobarse el texto actual sin modificación alguna- dará origen a cuestionamientos dogmáticos y prácticos que hacen inconveniente su implementación. En tal sentido, sostuvo que en la norma propuesta se observan problemas de proporcionalidad que podrían decantar en reparos de constitucionalidad y, por tanto, de aplicación. Además, vulneraría la prohibición de *non bis in ídem* (principio básico del derecho penal moderno), puesto que implicaría sancionar dos veces un único hecho, y contraría el principio de legalidad al no definir con toda precisión la conducta punible. Por último, dijo, suscitaría inconvenientes prácticos que, en

lugar de procurar el objetivo de proteger a los menores de edad, los podría colocar en una posición de mayor riesgo y vulnerabilidad.

En lo que atañe a los reparos de proporcionalidad, la representante de la Defensoría Penal Pública explicó que, en comparación con otros delitos del Código Penal y especialmente con aquellos que sancionan la utilización de menores, habría desproporción respecto de la reacción punitiva. Así, 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 (del artículo 391, numeral 2) e incluso sería sancionado más gravemente que el delito de secuestro (del artículo 141) o el delito de torturas (del artículo 150-A). A su vez, el ilícito 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 hechos punibles como, a vía ilustrativa, la malversación de caudales públicos (del artículo 233), el robo con fuerza en lugar no habitado (del artículo 442), el robo de cajeros automáticos (del artículo 443 bis) o el abuso sexual propio (del artículo 336). Incluso, añadió, al tenor de la propuesta legislativa instar o forzar a que un menor de catorce años abuse sexualmente de un adulto (presidio mayor en su grado mínimo) tendría más pena que abusar directamente del menor (artículo 366 bis), esto es, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En este orden de ideas, prosiguió, podría haber hipotéticos casos que evidenciarían lo desproporcionada que puede llegar a ser la aplicación del artículo 147 bis que se propone, así:

- Caso 1: Juan (mayor de 18 años) es papá de Matías (menor de 18 años). Juan induce a Matías para que vaya a romper el parabrisas del auto de su vecino Nicolás. Matías rompe el vidrio inducido por su padre. Nicolás descubre a los responsables y los denuncia. Ambos son detenidos en flagrancia. Luego, ambos son formalizados por el delito de daños simples. Juan paga los daños provocados por él y su hijo, de modo que la causa base termina por acuerdo reparatorio o suspensión condicional. Sin embargo la causa por “prevalerse de un menor” seguiría su curso regular e independiente, siendo que el desvalor del delito principal ya se extinguió.

- Caso 2: Juan (mayor de 18 años) induce a Matías (menor de 18 años) a sustraer una joya perteneciente a Alicia, esposa de Juan y madre de Matías, para luego venderla. Matías lo hace y es sorprendido por Alicia, quien los denuncia. Si bien ambos estarían excusados de responsabilidad penal con arreglo a lo previsto en el artículo 489 del Código Penal, Juan sería responsable por inducir a Matías a pesar de que el delito cometido no tiene relevancia penal.

- Caso 3: Juan (mayor de 18 años) induce a Matías (menor de 18 años) a realizar un delito de robo con fuerza en las

cosas en lugar no habitado (artículo 442 del Código Penal, pena de presidio menor en su grado medio a máximo). Por diversas razones, el delito no es consumado y solamente llega a su calidad de tentado. En concreto, por tratarse de una figura tentada el delito de robo en lugar no habitado tendría pena de falta (prisión en grado máximo, 41 a 60 días). Pero, como la propuesta del artículo 147 bis no precisa si la figura sancionada es la de inducción sobre el menor respecto de un delito con pena en concreto o en abstracto, Juan podría ser sancionado con una pena de entre 5 años y un día y 10 años por un delito tentado de escasísima relevancia penal.

Otro principio del derecho penal que podría verse afectado por esta iniciativa legal, sostuvo la señora Castel, es la prohibición *ne bis in ídem*. La situación que se describió anteriormente se complejiza si se considera 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*. Al respecto, la personera de la Defensoría citó al penalista Juan Pablo Mañalich, para quien el núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne a 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. Ante tales situaciones el principio *ne bis in ídem* se torna específicamente operativo al modo de una prohibición de doble valoración: 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, habrá que reconocer el carácter aparente o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.

En cuanto a la afectación del principio de legalidad, planteó que ello ocurriría en la vertiente de *lex certa* o mandato de determinación del hecho punible (también llamado “de certeza”). Al respecto, comentó que 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, agregó, no habría certeza respecto de cuáles son las conductas sancionadas por el legislador. Éste sería el caso de la Moción: el inciso primero del artículo propuesto prescribe que será responsable del delito de utilización de un menor de edad para la comisión de un hecho ilícito quien se hubiere prevalido de él para la comisión del mismo, o hubiere sido partícipe de éste de cualquier modo. Lo extenso de la expresión utilizada por el proyecto vuelve excesivamente amplia la aplicación de la figura, sin determinar de manera clara y precisa la forma en que ésta se cometerá.

Según la representante de la Defensoría Penal Pública, en materia de política criminal y frente al proyecto de ley existen cuatro consideraciones relevantes:

1. La norma no prevé ventajas procesales, atenuantes, eximentes o alguna figura que beneficie al menor de edad que es utilizado en la comisión de un ilícito, por lo que se desconoce su situación de vulnerabilidad ante perpetrar delitos bajo influencia de un adulto que se aprovecha de sus características para involucrarlo en el actuar criminal. De este modo, no protegería a menores de edad, solamente castigaría al adulto responsable por un hecho ya consumado, desatendiendo el abuso por parte del mayor sobre el menor.

2. Como no se contempla ningún privilegio o atención especial al menor que participa inducido o forzado en el delito, cabe colegir que la propuesta versa sobre un delito sin víctima y que no tiene afectación alguna para un sujeto en concreto. Si la víctima del delito fuese el menor no podría ser sancionado por el delito por el que fue utilizado o, al menos, debiese ser castigado de manera más benigna. Al no tener el menor ningún tipo de posición privilegiada se desconoce su vulnerabilidad y, por tanto, el delito no dice relación con él, sino que con otra clase de bien jurídico que no ha sido aún determinado.

3. En el escenario antes explicado y como la propuesta no protege un bien jurídico determinado, al no afectar nada ni a nadie en concreto (el afectado no sería el adolescente) no podría definirse como una conducta antijurídica y, por consiguiente, tampoco como una conducta delictual.

4. Dado que la propuesta tampoco distingue los casos en los que el adulto es incitado o forzado por un menor a cometer un delito (menor de 17 años de edad y adulto de 18), la sola circunstancia de haber participado ambos en un mismo ilícito se traduciría en la responsabilidad penal del adulto por el delito que se propone.

Por otra parte, arguyó la especialista, el tipo penal propuesto ya se encontraría previsto en el artículo 15 del Código Penal, que al asimilar ciertas conductas a la autoría cubre los verbos rectores contenidos en el proyecto. La norma que se propone contempla cuatro figuras: inducir, forzar, prevaler o participar en cualquier modo. Las dos primeras figuras (inducir y forzar) se encuentran expresamente establecidas en el artículo 15, numeral 2, del Código Penal; la tercera figura (prevaler), lo estaría tácitamente en las hipótesis del artículo 15, números 1 y 2. La cuarta hipótesis (participar en cualquier modo) haría innecesaria la inclusión de las figuras de inducir, forzar y prevaler, ya que por sí mismas estarían contenidas en la de "participar de cualquier modo". Además, esta última

hipótesis no sólo se satisface en el caso en el que el menor participe en calidad de autor, sino que podría extenderse a figuras como la complicidad (artículo 16 del Código Penal) o, eventualmente, el encubrimiento (artículo 17 del Código Penal), lo que sitúa en 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).

Por último, recordó que el artículo 72 del Código Penal prevé, a título de agravante especial, una situación idéntica a la de la propuesta de incorporación de un nuevo artículo 147 bis, aunque no contempla alusión alguna al caso del menor de 14 años (que no es penalmente responsable). En este sentido, añadió, la norma del artículo 72, cuya redacción no genera problemas de interpretación, además de recoger el injusto de la utilización de menores de edad en la comisión de ilícitos sin incurrir en el *non bis in ídem*, es proporcional al delito cometido al aumentar en un grado la pena del delito base, sin perjuicio de que esta agravante declara facultativo para el juez el incremento de la pena. Esta facultad judicial es deseable, arguyó, dado que el juez es el único que puede valorar y ponderar el grado de disvalor que agrega al ilícito la utilización de un menor.

**El Honorable Senador señor Insulza** consideró que no habría razón para considerar que la norma propuesta es lesiva para el menor de edad, cuando sólo pretende sancionar al adulto que comete un ilícito junto a él. Por el contrario, la iniciativa legal busca proteger a los menores de edad y evitar que sean utilizados en la comisión de hechos delictuales. En su forma actual, adujo, el artículo 72 del Código Penal no parece suficiente para alcanzar el objetivo de la Moción.

**El asesor legislativo de la Defensoría Penal Pública, señor Francisco Geisse**, indicó que las cifras entregadas por este organismo se refieren a imputados representados, en tanto las entregadas por el Ministerio Público corresponden a las que ingresan al sistema. Por ende, un número significativo de ellas deberían coincidir con procedimientos monitorios. Respecto de las cifras de la Defensoría Penal Pública, precisó, existe una disminución de 36% desde la aplicación de la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, mientras que tratándose de las del Ministerio Público la disminución asciende a 40%.

Enseguida, fue partidario de que una eventual modificación legislativa se centre en el artículo 72 del Código Penal. Esto permitiría salvar un vacío legal: hoy la única hipótesis no amparada por el sistema jurídico es la que se refiere a la utilización de menores de catorce años (que son inimputables).

**El Honorable Senador señor Huenchumilla** reflexionó acerca de los alcances de política criminal del reproche que hace

el Estado a la participación delictiva de mayores y menores de edad, y que se traduce en el artículo 72 del Código Penal bajo la forma de una agravante para el adulto. El aspecto a dilucidar, arguyó, radica en si podría el Estado con posterioridad modificar dicho reproche al mutar la norma desde una agravante a una figura típica.

Lo que está en el centro del debate es el desvalor de la conducta en que la persona mayor, plenamente responsable desde el punto de vista penal, se aprovecha de la inmadurez del menor para delinquir. Parece razonable pensar que tratándose de un injusto grave y reprochable el Estado considere oportuno sancionar la conducta más allá de una circunstancia agravante. Bajo la nueva figura el bien jurídico protegido sería la inocencia o vulnerabilidad de los menores, que se encuentran en un proceso de desarrollo intelectual y emocional que no debe ser interrumpido por la acción de una persona mayor.

**La Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos del Ministerio Público** estimó que el problema radicaría en que si bien esta clase de participación podría sancionarse de manera independiente, las penas contenidas en la Moción serían desproporcionadas, y podrían originar conflictos de constitucionalidad. Con todo, la posibilidad de sancionar en forma independiente esta conducta se fundaría en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que consagra el interés superior de éste, y en las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Según el número 53 de dichas Directrices, 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.

El artículo 72 del Código Penal es de difícil aplicación: no sólo hay escasa jurisprudencia a su respecto, tampoco la doctrina ha sido clara y ha optado por asignarle un alcance restrictivo a la norma. Así, aun cuando el artículo 72 hace referencia a adultos y menores responsables, exige que previamente se haya condenado al menor de edad, por lo que se requiere de un proceso previo o, al menos, coetáneo con el del adulto. Por otra parte, al exigir una sentencia condenatoria excluye de su ámbito de aplicación a menores inimputables. Y al utilizar el vocablo “prevalecer” restringe la aplicación de la norma a delitos en fase consumada. De allí que, para el Ministerio Público, el artículo 72 del Código Penal no sea adecuado para resolver la materia sobre que versa el proyecto de ley.

Por lo mismo, en opinión de la representante del Ministerio Público, el proyecto de ley debería concentrarse en la modificación del artículo 72 del Código Penal, que es una norma coherente con las demás disposiciones de dicho cuerpo normativo y con los principios del derecho penal. En el derecho comparado, dijo, sólo Colombia posee un tipo penal

similar al que contiene la Moción, mientras toda la región iberoamericana resuelve el tema mediante una circunstancia agravante.

**El Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública**, luego de hacer presente que el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil y modifica la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes (Boletín N° 11.174-07) establece una circunstancia agravante general relativa a la intervención de adultos y menores de edad a cualquier título en un hecho delictivo, que excluye la hipótesis del artículo 72 del Código Penal pues supone un desvalor mayor, sugirió que la modificación legal en discusión se concentre en cubrir las lagunas del artículo 72, de manera de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad de las penas.

A la luz de las observaciones hechas a la iniciativa, el **Honorable Senador señor Insulza** anunció la presentación de un texto alternativo al de la Moción, destinado a despejar las inquietudes que se plantearon a su respecto. La idea, señaló, es concordar una norma que no sólo precise la descripción de la conducta que se sanciona, sino que mejore los verbos rectores del tipo para no incurrir en problemas de constitucionalidad ni de afectación de principios penales. Una alternativa en tal sentido, añadió, podría consistir en utilizar el vocablo “valiéndose”, que ya se contiene en la letra e) del artículo 19 de la ley N° 20.000.

El nuevo texto, además, reduciría las penas establecidas originalmente por el proyecto de ley. De este modo: a) en el caso de quien comete un crimen valiéndose de un menor, la pena se reduce de presidio mayor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo; b) para el caso de un simple delito, se disminuye la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio. Estas sanciones salvarían los problemas de proporcionalidad que pudiera contener la Moción original. Estas nuevas penas se asimilan a las dispuestas para los delitos contemplados en el artículo 9° de la ley N° 17.798, sobre control de armas, que suponen un menor desvalor en comparación con las acciones que esta iniciativa pretende sancionar.

En cuanto a las dificultades vinculadas al *non bis in ídem*, el señor Senador destacó que para la determinación de las penas se dejará abierta la redacción de la norma, lo que permitirá la aplicación de las reglas generales sobre concursos de delitos (en especial, la del artículo 74 del Código Penal).

Asimismo, el texto alternativo incluirá un nuevo inciso en virtud del cual el tribunal podrá aplicar el máximo de la pena contemplada cuando el crimen o simple delito se cometa valiéndose de un menor de catorce años.

Sobre la ineficacia de la circunstancia agravante especial prevista en el artículo 72 del Código Penal, derivada de la interpretación que se ha hecho del término “responsable” como la consecuencia que genera la comisión de un delito que ha sido determinado por sentencia judicial y la exigencia de un fallo condenatorio para el menor de edad, el texto alternativo propondrá una nueva redacción de la norma que salve esta dificultad.

Consultado por el **ex Senador señor Pérez Varela** si se contendrá la hipótesis del adulto que comete un delito en compañía de un menor sin haberlo forzado o inducido, el **Honorable Senador señor Insulza** aclaró que el término “valiéndose” incluye la hipótesis de forzar o inducir y permite establecer una tipificación clara, evitando dificultades en relación con la prohibición del *non bis in ídem*.

El **ex Senador señor Allamand** llamó la atención acerca del alcance que tendría la voz “valiéndose”. A su juicio, el término no cubriría la hipótesis de la simple participación en un acto delictivo con un menor, toda vez que “valerse” significa aprovecharse y, por ende, excluye la simple participación (importante de mantener en la norma).

El **señor Celedón** apuntó que el término “valerse” se asimilaría a prevalerse y a lo dispuesto originalmente en el artículo 72 del Código Penal, lo cual excluiría la simple participación entre mayores y menores de edad.

El **Honorable Senador señor Huenchumilla**, luego de prevenir sobre los problemas de proporcionalidad, legalidad y afectación del principio de *non bis in ídem* que fueran planteados respecto de la Moción, consideró que, sin perjuicio de que tales dudas no habrían sido aún aclaradas, podrían surgir otras dificultades si se derogara el artículo 72 del Código Penal. A raíz de lo anterior, estuvo por pronunciarse sólo acerca de la idea de legislar en esta materia.

A continuación, el señor Presidente declaró cerrado el debate y sometió a votación en general esta iniciativa de ley.

**- Puesta en votación la idea de legislar en la materia, fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señores Harboe, Huenchumilla, Insulza y Kast, y ex Senador señor Pérez Varela.**

#### DISCUSIÓN EN PARTICULAR

Seguidamente, el **señor Presidente de la Comisión** sometió a discusión en particular el artículo único de los proyectos de ley de que se trata.

El artículo único del proyecto signado con el Boletín N° 11.958-07, propone incorporar un nuevo artículo 147 bis en el Código Penal, que sanciona con la pena de presidio mayor en su grado medio al mayor de dieciocho años que 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. Agrega la disposición que si se tratara de la comisión de un simple delito, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Tales penas se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan a los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades. Finaliza la norma precisando que el consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá de responsabilidad al mayor de esa edad.

El artículo único del proyecto signado con el Boletín N° 11.966-07, propone dos enmiendas:

La primera, sustituye el artículo 72 por el que se transcribe:

“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 de edad la pena del delito respectivo aumentada en dos grados.”.

La segunda, incorpora un nuevo artículo 72 bis, del siguiente tenor:

“Artículo 72 bis.- 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.”.

- - -

Al comenzar el estudio en particular, en el seno de la Comisión tuvo lugar un intercambio de ideas acerca del sentido y alcance de las normas que se proponen.

En este orden, el **Honorable Senador señor Insulza** recordó que esta iniciativa legal surgió como consecuencia de un hecho ocurrido hace algunos años, que generó alarma pública e involucró a un menor y a su madre, que lo utilizó para delinquir. Estas situaciones, añadió, por sus características y efectos sociales y psicológicos, no solo deberían ser consideradas por el legislador penal como circunstancias agravantes de responsabilidad criminal, sino también desde la perspectiva de que constituyan un hecho punible autónomo, más allá de la participación voluntaria del menor.

Enseguida, el señor Senador arguyó que, sin perjuicio de las objeciones u observaciones críticas que se le han formulado al proyecto de ley, su finalidad es disuadir a los autores de delitos a utilizar a menores de edad en su ejecución, al sancionarse ambos hechos como delitos independientes.

El **Honorable Senador señor Kast** coincidió con dicha opinión, acotando que la materia sobre que versa el proyecto se relaciona directamente con la agenda de infancia.

El **señor Subsecretario de Justicia**, luego de hacer presente la preocupación del Ejecutivo por la participación de menores de edad en actividades delictivas y el aprovechamiento del que son objeto por parte de personas adultas, indicó que en este ámbito es clave la prevención temprana.

Al hablarse de incursiones delictivas de menores de edad, continuó, si bien habría que considerar, por un lado, el derecho penal común, y, por el otro, y desde el año 2008, un sistema especial de responsabilidad penal adolescente, la intervención debe ser todavía más temprana: por esta razón cobra relevancia, en el marco de nuestra institucionalidad, el nuevo servicio de protección junto con una ley marco de garantía. El punto radica en que podría ser tardío intervenir mediante el derecho penal a un joven de 14 o 15 años con una trayectoria delictiva desde temprana edad, por lo que este asunto no debe abordarse solo desde esa perspectiva. Con todo, precisó, en circunstancias que, según datos del Ministerio Público, en los últimos años habría un descenso en la participación de jóvenes en hechos delictivos en nuestro país, sería necesario revisar cuál es el tratamiento penal que es posible reforzar e intensificar respecto de los adultos que intervienen con menores de edad.

En tal sentido, dijo, la propuesta legislativa inicial discurría sobre tres hipótesis distintas de participación de un adulto con un menor: aun cuando las tres conductas tenían una misma valoración por el derecho penal, deben ser pensadas por separado porque inciden de modo distinto y merecen una reprochabilidad diferente que se traduce en la pena correspondiente. Dichas hipótesis aludían al adulto que induce o fuerza a un menor de edad a participar en la comisión de un delito, al que se prevalece de un menor de edad para perpetrar un delito y al que participa conjuntamente con un menor de edad en la comisión de un ilícito.

En opinión del personero, en algunas de estas conductas existe un problema de doble incriminación (*non bis in idem*) que puede afectar la aplicación operativa de la norma: como el tratamiento de la inducción en nuestro sistema penal se articula como una modalidad de la autoría, quien induce a un menor de edad a cometer un delito recibe la pena

directamente por la comisión del ilícito, en virtud de la aplicación del artículo 15 del Código Penal. En el caso de forzar a un menor, dado que éste se entiende un mero objeto, el adulto es sancionado por la comisión del delito.

En lo que atañe a prevalerse de un menor de edad, el personero aclaró que actualmente existe una agravante especial en el artículo 72 del Código Penal (que implica un reproche penal mayor al del régimen general), que ha tenido una interpretación restringida de parte de los tribunales: según la jurisprudencia, el menor con que se actúa debe figurar como responsable del delito, lo cual deriva en dos criterios exigentes para la aplicación efectiva, a saber: por un lado, que el menor sea responsable penalmente (lo cual excluye los casos en que el adulto participa junto a menor de 14 años, porque no es responsable penalmente); por el otro, que exista una sentencia condenatoria previa respecto del menor de 18 años y mayor de 14. La norma se podría corregir si se estableciera que no se trata de responsables sino de partícipes, pero esto podría tener también efectos contradictorios e indeseados: quienes hoy cumplen condena por la aplicación de esta agravante podrían pretender un beneficio porque la modificación del artículo 72 la tornarían inaplicable. Lo anterior podría originar la revisión de condenas, por lo que parece conveniente mantener este régimen jurídico tal como está a pesar de su dificultad, para aquellos que cumplen condenas con efecto agravatorio.

El texto alternativo, sostuvo el personero de Gobierno, discurre sobre la base de que la actuación del adulto implica prevalerse del menor de edad. Este verbo rector mantiene el problema referido a la posibilidad de aplicación efectiva de la norma: prevalerse conlleva la exigencia de servirse de otra persona, lo cual pone de cargo del Ministerio Público una exigencia adicional que no es la de probar la mera participación, sino acreditar que la persona ha sido tratada como un objeto (casos de autoría mediata).

La materia sobre que versa el proyecto, comentó el señor Subsecretario, se ha debatido en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a raíz del proyecto de ley sobre Servicio de Reinserción Juvenil (Boletín N° 11.174-07). Esta instancia parlamentaria acordó incorporar una indicación que supone no modificar el artículo 72 del Código Penal, para evitar un efecto más beneficioso respecto de quienes pudiesen tener una condena y que presentaren problemas en su aplicación en materia de *non bis in idem*. Así, se estableció una nueva agravante general en el artículo 12 del Código, mediante un nuevo numeral 22, en cuya virtud basta la participación de un adulto junto a un menor de edad en la realización de un hecho delictivo para sancionar la mera intervención conjunta de un adulto con un menor de edad, sin las exigencias relativas a que el menor de edad sea responsable penalmente (de allí que podrá aplicarse a quien participe con un menor de 14 años). Lo que resulta fundamental es que se deja subsistente el régimen del artículo 72 para el

evento en que se determine un prevailecimiento de parte del mayor de edad respecto de un menor. Además de la agravante en el régimen general del sistema del Código Penal, se incluyeron dos mecanismos adicionales:

a) En la investigación de un delito en que solo se tuviese conocimiento de la participación de un menor, para avanzar en ella y lograr determinar la participación de mayores de edad, se estableció un sistema de cooperación eficaz para los menores de edad, mediante un artículo específico a este fin en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

b) Para precaver riesgos para los menores a causa de su intervención en el proceso penal, se contempló una norma de refuerzo vinculada con todos los casos en que el menor de edad debe adoptar decisiones con consecuencias penales dentro del proceso, mediante un artículo específico relativo al consentimiento informado en virtud del cual siempre que el consentimiento del adolescente fuere una condición para acceder a un determinado procedimiento o incluso para la cooperación eficaz, el juez deberá cerciorarse de que el menor ha conversado con su defensor privadamente y que ha sido informado adecuadamente de sus derechos y las implicancias procesales de sus decisiones.

Esta fórmula, concluyó, responde a los problemas que se han planteado sobre eventuales vulneraciones al principio de doble incriminación, subsana aspectos relacionados con la proporcionalidad y recoge otros refuerzos en el sistema de responsabilidad penal adolescente. Se trata de normas necesarias no solo para establecer la penalidad del adulto, sino también para el respeto de estatutos y garantías del adolescente dentro de un proceso de investigación y de persecución penal.

**La Directora (S) de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos del Ministerio Público** señaló que los incisos primero y segundo del artículo 147 bis propuesto en la iniciativa sancionan la utilización de menores de edad con dos penas distintas según se trate de crímenes o simples delitos, para luego establecer una regla de concurso en el inciso tercero. En su inciso final niega efectos al consentimiento que pudiera otorgar el menor respecto de su utilización por parte del adulto.

Las observaciones planteadas al verbo rector contenido en el texto original de la iniciativa, prosiguió, se referían a la exigencia de que el menor hubiere participado de cualquier modo en el crimen o simple delito. Esta redacción podría obligar a establecer la responsabilidad penal del menor que se utiliza en la comisión del ilícito, restringiendo la sanción penal para los casos en que se utilizaran adolescentes y, por ende, excluyendo a los menores de 14 años por carecer de dicha responsabilidad. Por tal motivo, se sugirió un verbo rector que

circunscribiera la mayor cantidad de hipótesis, como, por ejemplo, la expresión “valiéndose”, utilizada por el artículo 19, letra e), de la ley N° 20.000. Esta expresión se ha interpretado ampliamente por la jurisprudencia al configurar la calificante en materia de drogas.

Una redacción alternativa como la sugerida sería adecuada, dijo, pues evidencia que el ámbito de aplicación de la norma se extiende a todos los niños y adolescentes, sin necesidad de exigir que resulten condenados por el delito para el cual fueron utilizados. Los tribunales han aceptado la expresión “valiéndose” como sinónimo de “valerse de”, pero sería necesario agregar otras hipótesis para evitar excluir cualquier conducta que implique utilizar niños, niñas o adolescentes en hechos delictivos. Al respecto, sugirió incorporar a continuación del término “valiéndose” expresiones tales como prevalecer, forzar o incitar, para que el texto definitivo no suscite interpretaciones que no cumplan con la finalidad del proyecto de ley.

Las penas que originalmente se establecieron en el proyecto de ley, añadió, podrían afectar el principio de proporcionalidad. El Ministerio Público opinó en este mismo sentido, pero atendida la existencia de la regla de concurso prevista en el inciso tercero del artículo 147 bis del texto original, se sancionaría la utilización de menores según la nueva propuesta con presidio menor en su grado máximo para el caso que se cometan crímenes (3 años y un día a 5 años) y con presidio menor en su grado medio para el caso en que se cometan simples delitos (541 días a 3 años). Esta regulación sería adecuada en la medida en que se mantenga la mencionada regla de concurso, que establece que las penas correspondientes a la utilización de menores de edad se aplicarán sin perjuicio de aquellas que correspondan a los crímenes o simples delitos cometidos con ocasión de tales actividades. Por el contrario, acotó, si se elimina la regla de concurso y se rebajan las penas, un delito de robo en lugar no habitado prevaliéndose de un menor de edad, por ejemplo, se sancionaría con una pena que va desde 541 días a 5 años, en tanto la utilización de un menor tendría una pena de 541 días a 3 años. En este caso deberíamos recurrir a las reglas generales de concurso y por existir una unidad de hecho sería aplicable el artículo 75 del Código Penal, que dispone la aplicación de la sanción correspondiente al delito más grave, en este caso, el robo en lugar no habitado. Así entendido, adujo, no se reflejaría en la sanción el mayor injusto en la utilización de menores por la vía de la creación de un tipo penal y se determinarían penas que no serían coherentes con la normativa internacional que fundamenta el proyecto, que exige una respuesta decidida del Estado para evitar la utilización de menores en actividades delictivas, sancionando la reprochabilidad del adulto que empuja a una persona inmadura a la ejecución de conductas ilícitas, exponiéndola al peligro de corrupción consiguiente. En este orden, recordó que el sistema interamericano ha recomendado a los Estados tipificar penalmente la

utilización de niños, niñas y adolescentes para la realización de actividades ilegales.

Independientemente de que se apliquen las normas de concurso de los artículos 74 o 75 del Código Penal, arguyó, esta clase de reglas concursales existen en la Ley de Control de Armas; en el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 294 bis del Código Penal, y en el delito de asociación del artículo 16 de la ley N° 20.000, en materia de drogas. La creación de este nuevo tipo penal significaría la ineficacia de la agravante del artículo 72, pues en el mismo ejemplo de robo en lugar no habitado utilizando menores tampoco sería aplicable el aumento previsto por la agravante, no obstante las dificultades actuales en la aplicación de la norma. Por tal motivo, estuvo conteste con la rebaja de sanciones propuesta en la medida que se mantenga la regla de concurso establecida en la redacción original del proyecto.

En cuanto a establecer una diferencia en el reproche penal cuando se utilicen menores de 14 años, estuvo a favor de la propuesta en cuanto sería más gravoso utilizar a niños que no tienen capacidad penal, insistiendo en la mantención de la regla de concurso.

Por último, en lo tocante a la ineficacia de la circunstancia agravante del artículo 72 del Código Penal, la señora Taladriz si bien fue partidaria de establecer una nueva regulación en esta materia, abogó por utilizar una técnica diferente debido a que la conducta que se consulta pretende sancionar la misma conducta del artículo 147 bis, lo cual implica que se estaría regulando como tipo penal y agravante cuando el fundamento de este proyecto es la tipificación y sanción de la utilización de menores de edad. Por ello, sugirió establecer una circunstancia agravante que comprenda todas aquellas situaciones que no quedan circunscritas en la conducta que se pretende describir y sancionar en el artículo 147 bis, y una regulación en los términos que se plantea en el proyecto de ley sobre Servicio de Reinserción Juvenil (Boletín N° 11.174-07), que incorpora como agravante genérica un nuevo numeral 22 en el artículo 12 del Código Penal referido a cometer un delito en cuya realización haya intervenido un menor de 18 años, aun cuando su participación no diere lugar a responsabilidad penal.

Al hacer uso de la palabra, el **académico señor Francisco Maldonado** sostuvo que el cambio del término “valerse” por “participar”, a fin de evitar el requisito de participación punible y de responsabilidad en el adolescente, no tiene mayor efecto, por cuanto valerse y prevalerse significan lo mismo. La expresión valerse utilizada como agravante en la Ley de Drogas, añadió, señala expresamente “valerse de personas exentas de responsabilidad criminal”, por lo cual el complemento de la frase es lo que soluciona el problema. Por lo mismo, se debería explicitar que el fundamento que conduce a agravar la pena en estos casos

consiste en aprovecharse de la falta de dominio de voluntad del menor a efectos de su representación penal, lo cual es incompatible en un mayor de 14 años que en nuestro país ha sido declarado responsable penalmente en atención a que entiende, por lo que su decisión es válida.

El origen del artículo 72 del Código Penal, explicó, coincide con el establecimiento de un sistema tutelar, donde el legislador declara que el adolescente no responde. Lo que busca la Convención de los Derechos del Niño, de cara a la sanción de este tipo de comportamiento, es evitar introducir al niño en un contexto donde se normaliza el delito. Ese sería el punto a discutir, más allá de la utilización de la palabra “valerse” o “participar”.

Sobre la mantención de la regla concursal del inciso tercero del artículo 147 bis del texto original del proyecto de ley, que fuera solicitada por la representante del Ministerio Público, el académico hizo presente que el principio de *non bis in idem* no tiene rango legal sino constitucional: no es, por ende, susceptible de solución a nivel de ley, dado que su radicación obedece a una raíz constitucional al estar proscrito por razones de derechos humanos castigar dos veces a una persona por el mismo hecho. Lo anterior, dijo, genera un problema muy complejo en lo que atañe a los verbos rectores “forzar” e “inducir”. Forzar, en el derecho penal en general, es precisamente obligar a otro, ocupar a otro como instrumento, de modo que este otro (el menor de edad) es quien delinque, por lo que la manera de afirmar la responsabilidad del autor mediato es justificando que él lo forzó (la forma de responsabilizarlo por el delito es ocupando el forzamiento). El verbo rector forzar no se puede utilizar para hacerlo responsable por el delito y luego ocuparlo nuevamente para hacerlo culpable por una razón adicional. Algo similar, prosiguió, ocurre con el término “inducir”: en principio el hecho de inducir es lo que lleva a responsabilizar por el delito al mayor de edad. Los casos de prevalimiento se pueden controvertir en la regla concursal, pero tratándose de los casos de forzamiento o inducción y de mantenerse o suprimirse el inciso tercero del artículo 147 bis del proyecto, el resultado será el mismo: se vulnerará el principio de *non bis in idem* y los tribunales, por aplicación directa de la Constitución, no podrán sancionar los dos delitos. Incluso, advirtió, en un hecho de coparticipación de un adulto con un adolescente, que de lugar a un delito, o donde exista un acto de prevalimiento, se terminará aplicando lo siguiente:

- La regla de concurso medial dado que ocupar al menor fue el medio para cometer el delito, por lo que procedería el artículo 75 del Código Penal que establece la aplicación de la pena mayor del delito más grave.

- Se daría lugar a una sanción por la vía de la acumulación, cuando se trate de contextos distintos.

El académico destacó que regular esta materia como delito independiente llevará a que en ciertos casos no se pueda configurar el delito por vulneración del principio de *non bis in ídem*, y en otros a que, pudiendo configurarse, como no es posible sancionar por ambos delitos se privilegiará la regla especial (en esta hipótesis estaríamos ante una regla especial de autoría mediata o de forzamiento). Así, en el caso de un crimen con pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años), cabría aplicar esta regla preferente especial y se sancionaría con una pena más baja. La situación, en consecuencia, origina un problema técnico de base constitucional relativo a la aplicación directa de un principio, de esta naturaleza: si la norma se mantiene en las condiciones originales no podrá ser aplicada y si se suprime dará lugar a una sanción más baja o, en muy pocos casos, a una sanción superior.

El señor Maldonado finalizó su exposición precisando que si la discusión legislativa se centra en el objetivo de evitar la incorporación de menores de edad en un contexto delictivo, más allá de lo que propone el artículo 72 del Código Penal, parece que el mayor avance solo podrá darse por el lado de intervenir al menor en una época temprana, como se busca en el proyecto de ley sobre reinserción juvenil.

El **asesor del Ministerio Público señor Figueroa**, luego de concordar con la Subsecretaría de Justicia acerca de la noción de “valerse”, previno que esta expresión no existe en el diccionario de la Real Academia Española. En la Ley de Drogas, agregó, se utiliza el término “valiéndose de”. Por este motivo se plantea establecer distintas hipótesis que configuren el delito que se busca sancionar en este proyecto de ley.

Enseguida, sostuvo que la opinión del Ministerio Público ha tenido por finalidad la búsqueda de una solución legislativa que no afecte el principio de *non bis in ídem*: el inciso tercero del artículo 147 bis del texto original permitiría sancionar al adulto no solo por el delito que cometió, sino que también por haber utilizado, inducido o haberse prevalido de un menor.

El **académico señor Maldonado** explicó que si la manera de evitar la infracción del principio de *non bis in ídem* es no sancionando dos veces la misma conducta, la idea de recurrir a las nociones de inducción y autoría mediata lisa y llanamente no sería admisible. Las hipótesis de coautoría o de prevalimiento, en cambio, podrían ser plausibles.

El **Honorable Senador señor Kast** expresó que el hecho de que un adolescente mayor de 14 años tenga responsabilidad penal, no debería ser razón para inhibir la posibilidad de exigir legalmente que la utilización de un menor de edad se sancione como un delito en sí mismo. Aún si se pretendiera tipificar la conducta de un adulto respecto de

otro, la responsabilidad penal del otro adulto no puede ser un impedimento para que el legislador defina la existencia de una agravante o de un delito autónomo. El legislador posee la facultad, aun cuando el menor tenga responsabilidad penal, para definir una agravante o un tipo penal, por el hecho de que un adulto utilice, concorra o se valga de alguien que tiene entre 14 y 18 años.

En cuanto a la imposibilidad constitucional de sancionar dos veces el mismo delito, lo que busca la iniciativa es sancionar dos tipos de ilícitos y no uno. Por lo tanto, no sería correcto afirmar que cometer un crimen, valiéndose de un menor de edad, es el mismo delito que utilizar, concurrir o valerse de ese niño, niña o adolescente. Lo que el legislador debe buscar, añadió, es sancionar esa acción en sí misma y no el efecto que esa acción pueda generar en un tercero. De lo que se trata, arguyó, es de regular elementos que sean complementarios y no sustitutos.

**El Honorable Senador señor Insulza**, luego de destacar que la norma incorporada en el proyecto de ley sobre Servicio de Reinserción Juvenil adolecería de un problema de ubicación, recordó que la iniciativa en discusión no tiene por objeto sancionar a menores de edad, sino a adultos. Dado que lo que se pretende es proteger a niños, niñas o adolescentes, de lo que se trata es de sancionar la circunstancia en la cual ha existido participación de un menor, voluntaria o no, haciendo punible la conducta del adulto.

**El Profesor señor Francisco Maldonado** previno acerca de que si bien es posible valorar la intervención de un sujeto sobre otro, incluso entre adultos, a los efectos de la comisión de un delito, la valoración de esa incidencia se traduce en la utilización de ese otro como instrumento o en haber creado en ese otro la voluntad de delinquir. En el derecho penal, explicó, se valora para que responda quien utiliza o crea la voluntad de delinquir de otro. Lo que hace quien es utilizado como instrumento o a quien se creó la voluntad de delinquir, generará la misma responsabilidad en la persona que utiliza o induce a la otra. En consecuencia, lo que cabe preguntarse es si es posible realizar una nueva valoración respecto de quien es sancionado como aquel que ejecutó la conducta ilícita por haber actuado sobre otra persona. Esto requiere otra razón, una distinta, de lo contrario la responsabilidad de la persona se valorará dos veces.

La solución en materia penal es extender la responsabilidad a quien actúa sobre otro en términos idénticos al del autor material. Por este motivo, esa segunda razón debe encontrarse en un déficit de competencia del agente. En tales términos, si bien se entiende el sentido político criminal en la tipificación de un nuevo delito, lo que en derecho penal internacional se conoce como mandato de tipificación, que lo diferencia del de incriminación, no puede olvidar que, por la forma concursal o en que

concurrir los distintos delitos, no siempre se obtiene el resultado de aplicar la mayor pena. Así, si se cometen dos delitos en un mismo hecho, se aplicará la pena del delito mayor en su extremo más grave. Esta es la regla que se aplica en general. Lo que actualmente está previsto como agravante por prevalerse de otro es incluso subir en grado. En ocasiones una agravante puede tener un efecto superior y permitir una adecuada proporcionalidad.

**El Honorable Senador señor Kast** precisó que no se ha sostenido que la participación de una persona con otra en forma extendida no inculpará a quien actúa sobre otro. En este proyecto se tipifica un delito completamente ortogonal al primero, basado en el hecho de realizar la acción en conjunto, independiente del grado del delito, de la autoría, la intención y de la pena. Por eso, es importante descubrir como forzar al juez, en su minuto, a que ese delito ortogonal tenga una incidencia en una mayor pena, en el fondo que sea complementario y no sustituto, y que tampoco se subsuma.

**El Honorable Senador señor Insulza** recordó que este proyecto nace a partir de la constatación de la relevante cantidad de menores que participan en delitos en nuestro país. En ese orden, añadió, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha declarado que una política de justicia de menores que no se acompañe de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil, comporta graves limitaciones. Y en línea con lo anterior, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la promulgación y aplicación de leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas. Existe, además, una resolución de la Asamblea acerca de la utilización de niños como instrumentos para actividades delictivas, en la que se consigna la preocupación respecto de los niños que son inducidos por adultos a llevar un estilo de vida delictivo o por su utilización como instrumentos de los adultos, considerando ambas figuras como una funesta práctica que representa la violación de normas sociales y priva a los niños de su derecho de ser formados, educados y criados adecuadamente. Consecuencialmente, solicita a los países formular medidas eficaces para resolver este problema, incluida la sanción a instigadores pero no a los niños que se hayan visto implicados. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pide tipificar penalmente la captación, utilización y explotación de niños, niñas y adolescentes, por parte de adultos y grupos criminales, para la realización de actividades ilegales.

Enseguida, el señor Senador reiteró que la finalidad de esta iniciativa es crear un tipo penal nuevo, autónomo, relativo a la comisión de cualquier hecho ilícito con un menor, aunque la conducta de éste no se encuentre penada. Respecto a la proporcionalidad de las penas propuestas, precisó que la idea es adecuar la penalidad tanto para la comisión de crímenes como de simples delitos.

El señor Senador discrepó de los reparos referidos a una eventual vulneración del principio de *non bis in ídem*. En este punto, trajo a colación lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto a que la tipificación que se consulta corresponde a un delito distinto: si bien el sujeto es el mismo, no existe identidad de objeto ni de causa, por lo que se protegerían bienes jurídicos diferentes (en la especie, la salud mental y la vida del menor). En el mismo contexto, hizo presente que con anterioridad se sugirió distinguir el reproche para el caso en que se actúe con mayores o menores de 14 años.

En relación con el artículo 72 del Código Penal, consideró razonable eliminar la agravante contenida en esta norma, en virtud de las críticas que se le han formulado acerca de la dificultad de aplicación que presenta. No obstante, como dicha derogación podría beneficiar a personas que hoy se encuentran condenadas, adujo que antes de adoptar una decisión sería recomendable ilustrarse respecto de la cantidad de personas que han sido condenadas por esta agravante.

La **Honorable Senadora señor Sabat** estuvo por definir adecuadamente el verbo rector de la conducta a sancionar, de manera que se integre de mejor forma al articulado y a la tipificación de este nuevo delito, entendiendo que no se trataría solamente de “inducir” a un menor, sino que también se comprendería a quienes “se hacen valer” de uno para delinquir.

Sobre la agravante de artículo 72 del Código Penal, señaló que, si bien aumenta en un grado la pena, deja a discreción del juez su aplicación. En este sentido, recordó que siendo Diputada presentó un proyecto de ley para que la agravante de este artículo se aplicara en forma automática, cuando el autor se valiera de un menor de edad para cometer el delito.

Luego, la señora Senadora instó por precisar la manera en que se incorporará la distinción propuesta entre menores y mayores de catorce años, recabando la opinión del Ministerio Público en este tema.

El **Honorable Senador señor Harboe** fue partidario de que el adulto que utiliza a un menor de edad para cometer un delito merezca una sanción mayor, y llamó la atención acerca de la escasa aplicación práctica de la agravante del artículo 72 del Código Penal. Sin embargo, dijo, regular esta situación mediante la creación de un tipo penal nuevo podría no ser el camino adecuado, razón por la cual propuso modificar la agravante ampliando las hipótesis, incluso estableciendo una agravante especial para el caso de utilización de menores de 14 años, que explicita que para su procedencia no se requiere la asignación de responsabilidad del menor utilizado para fines delictivos.

Según explicara el señor Senador, de incorporarse un nuevo artículo 147 bis se generará un problema complejo, porque el juez deberá decidir entre aplicar una agravante o el tipo penal nuevo. Así las cosas, se estaría subsidiando por la vía del tipo penal nuevo una deficiencia de la agravante, lo cual podría producir consecuencias procesales.

**El Honorable Senador señor Insulza** se inclinó por modificar en el artículo 72 del Código Penal la exigencia de que el menor sea responsable, por las dificultades que ocasiona para la aplicación de la norma, requiriendo al efecto la opinión del Ministerio Público.

El señor Senador hizo hincapié en que, en su concepto, su propuesta legislativa no implica sancionar dos veces la misma conducta: la idea es penalizar al adulto que se vale de un menor para cometer un ilícito.

**El Honorable Senador señor Kast** manifestó su preocupación por el caso en que el mayor de edad no comete el delito.

La **Honorable Senadora señora Sabat** abogó por la conveniencia de aclarar si acaso en este nuevo tipo penal se está sancionando a quienes quedan excluidos de la aplicación del artículo 72 del Código Penal, porque, dijo, si este fuera el caso no se estaría infringiendo el principio de *non bis in ídem*, toda vez que se trataría de sanciones a figuras distintas.

**El Honorable Senador señor Insulza** explicó que si el delito es cometido en conjunto por el adulto y el menor, se le aplica al primero la agravante del artículo 72 del Código Penal. Su propuesta legislativa dice relación con proteger al menor.

La **personera del Ministerio Público señora Taladriz** valoró positivamente la idea de utilizar como verbo rector el concepto de “valerse de”, pues completaría de mejor manera la hipótesis normativa.

Sobre la proporcionalidad de las sanciones, coincidió con la conveniencia de rebajar las penas, aunque manteniendo la regla de concurso. Con todo, advirtió que podrían presentarse problemas prácticos de mantenerse la agravante del artículo 72 del Código Penal y sancionarse la misma conducta dentro de un tipo penal. La conducta de esta agravante puede incluirse dentro de las conductas que pretende sancionar el nuevo tipo penal. Es fundamental analizar si la derogación de esta agravante importará revisiones de condena, sin perjuicio de la escasa aplicación que ha tenido la norma, a la luz de la jurisprudencia examinada.

Luego, comentó que en el artículo 41 del proyecto de ley que crea el Servicio de Reinserción Social se propone la misma agravante pero con carácter genérico, agregándose un numeral 22 en el artículo 12 del Código Penal relativo a cometer un delito en cuya realización haya intervenido un menor de dieciocho años, aún y cuando su participación no diere lugar a responsabilidad penal.

**El abogado señor Francisco Maldonado**, luego de coincidir con el objetivo de la iniciativa, previno acerca de las dudas y dificultades que suscita el texto que se consulta.

Los problemas derivados del principio de *non bis in ídem*, aclaró, se vinculan estrictamente a aquellos casos en que la intervención del adulto es exactamente idéntica a la forma bajo la cual se actúa sobre el menor y la comisión del delito. Así, por ejemplo, el inducir genera responsabilidad en el adulto en los mismos términos de la responsabilidad que se le impondrá al niño. Este es precisamente, acotó, el problema de la doble sanción. Aquello no sucede con el verbo rector “valerse” o “prevalerse”, porque estos vocablos suponen un grado de aprovechamiento del menor que, usualmente, se encuentra ligado a su irresponsabilidad. Así, mientras valerse o prevalerse no genera problemas de *bis in ídem*, sí se genera con el inducir o forzar, sea que estos verbos rectores se coloquen en una agravante o en un tipo penal independiente. Cuando un tribunal deba valorar el delito ejecutado por el menor y, eventualmente, la aplicación del artículo 147 bis propuesto, advertirá que el hecho de haber actuado sobre el menor servirá a los mismos efectos (lo que dará lugar a una discusión que probablemente concluirá con la no aplicación del artículo 147 bis que se propone).

Si se aprueba el artículo 147 bis, sea que se mantenga o no el artículo 72, siempre será de aplicación preferente con arreglo al artículo 63 del Código Penal. Es decir, se prefiere el delito y no la circunstancia modificatoria de responsabilidad. Al recurrir a la técnica de la acumulación, en algunos casos se llega a un resultado más favorable que lo planteado por el artículo 72: así, siguiendo lo que la propuesta plantea, si se comete un simple delito se aplicaría una pena independiente de 541 días a 3 años; si se comete un crimen, una de 3 años y un día a 5 años. Por el contrario, con el actual artículo 72, si la pena asignada al delito fuera presidio mayor en cualquiera de sus grados, el solo efecto de la agravante haría subir de inmediato al grado superior, esto es, aumentaría la pena en cinco años. Lo expuesto, coligió, mostraría que en diversas hipótesis delictivas el texto legislativo que se propone implicaría una respuesta más laxa que la que resulta del artículo 72 del Código Penal.

Como el artículo 72 del Código Penal genera un efecto muy gravoso, añadió el profesional, la jurisprudencia exige responsabilidad del menor. En su opinión, la manera de corregir esta

situación, tal como se hizo en la Ley de Drogas, sería eliminando la exigencia de responsabilidad (al suprimirse, sostuvo, el prevalimiento es evidente y la agravante comenzaría a aplicarse de inmediato).

El **Honorable Senador señor Insulza** subrayó que lo medular es que el artículo 72 del Código Penal explicita claramente que se castiga al adulto.

El **Honorable Senador señor Kast** destacó el carácter restrictivo del artículo 72 del Código Penal.

- - -

Recogiendo las observaciones formuladas al texto original del artículo único, los **Honorables Senadores señora Sabat y señores Huenchumilla, Insulza y Kast**, formularon una indicación sustitutiva del siguiente tenor:

“Artículo único.- Sustitúyese el artículo 72 del Código Penal, por el siguiente:

“Artículo 72. Cuando el delito sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, respecto de los imputados mayores de edad que hubieren participado en el mismo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se aumentará en un grado la pena al mayor de dieciocho años que se valga, utilice, instrumentalice, induzca, fuerce o coaccione a un menor de dieciocho años de edad a cometer o perpetrar un crimen o simple delito, esto con independencia de la responsabilidad penal que le pudiera corresponder al menor de edad.

El tribunal, al momento de determinar la pena, tendrá especialmente en consideración la circunstancia de tratarse de un menor de catorce años.

El consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá al mayor de esta edad de la aplicación de las reglas previstas en los incisos precedentes.”.

Consultada respecto de esta nueva redacción la **representante del Ministerio Público, señora Taladriz**, sostuvo que armonizaría con las normas internacionales que exigen contemplar en las legislaciones nacionales un reproche penal para los adultos que delinquen utilizando menores de edad. En este sentido, añadió, la norma plantea un aumento progresivo en la intensidad del reproche penal en función de la

gravedad de las hipótesis que se consideran: así, mientras el inciso primero excluiría el *mínimum* o el grado mínimo de la pena que correspondiere para los imputados mayores de edad que hubieren participado en el delito (la figura en este caso tendría carácter residual); el inciso segundo aumentaría la pena en un grado cuando el adulto se valga, utilice, instrumentalice, induzca, fuerce o coaccione al menor de dieciocho años de edad para cometer o perpetrar un crimen o simple delito (al igual que las conductas que se establecen en la legislación penal de Colombia en la materia), y el inciso tercero contemplaría un reproche penal diverso para el autor que se valga de un menor de catorce años, expresado en una regla de determinación judicial de la pena (el tribunal deberá atender especialmente a tal circunstancia para dicha determinación). En este último evento, arguyó, se emplearía una técnica legislativa similar a la utilizada en el inciso final del artículo 268 septies del Código Penal, y en la determinación de la pena tratándose del delito de receptación (artículo 456 bis, inciso segundo). En su opinión, cabría mantener el inciso final de la propuesta, relativo a que el consentimiento otorgado por el menor de dieciocho años no exime al mayor de edad de la aplicación de las reglas que se consultan en la disposición.

La señora Taladriz finalizó destacando el carácter fundamental de esta iniciativa legal para equilibrar nuestra legislación penal en el marco del nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente, que entrará en vigencia de la mano del proyecto de ley que crea el Servicio de Reinserción Social. En éste, si bien se establece un sistema menos intenso para que los adolescentes puedan cumplir efectivamente las sanciones, se contempla un contrapeso punitivo respecto de los adultos.

A su turno, el **académico señor Maldonado**, luego de valorar positivamente la utilización del mecanismo de la agravante para regular este asunto al ser más adecuado para concretar el objetivo que se pretende con este proyecto de ley, previno acerca de las dificultades de aplicación práctica que podría generar el empleo de los verbos rectores forzamiento e inducción, por razones de *bis in ídem*. No obstante, precisó, como se trataría de una dificultad menor a la que se presentaba en el texto original del proyecto, estuvo por que la solución se produzca a partir de la casuística judicial.

Enseguida, hizo presente que en casos de mera coautoría, donde existe corresponsabilidad consciente y dolosa, no se visualizaría claramente el daño que justifique una mayor penalidad. Así las cosas, tratándose de un adolescente plenamente consciente que se coloca de acuerdo con un adulto para delinquir (por ejemplo, un menor de 17 años y un adulto de 19), no se observaría con nitidez que este último realice una conducta sobre el menor que justifique incrementar el rigor penal. En consecuencia, en esta norma faltaría un contenido de injusto: se requiere que el adulto haga algo que justifique el mayor reproche, lo cual no se advierte en la mera coautoría.

Además, el profesional llamó la atención acerca de la larga enumeración de verbos rectores contenida en el inciso segundo del texto propuesto. En algunas ocasiones, señaló, esta técnica genera problemas: por ejemplo, es difícil determinar en qué se diferencia la intimidación de la amenaza. Por esta razón, fue partidario de emplear únicamente la fórmula “utilización o prevalimiento” y, adicionalmente, incorporar la hipótesis del “engaño”.

Por otra parte, consideró oportuno derogar la agravante contenida en la letra e) del artículo 19 de la ley N° 20.000, de drogas, pues de lo contrario quedaría como una norma especial. Y si éste fuera el caso, utilizar un menor de catorce años en el tráfico de drogas tendría una pena más baja. Ello implicaría que, en materia de drogas, se produciría un efecto más atenuado que el resultante de la regla general del artículo 72 del Código Penal.

A continuación, el profesional explicó que en Chile existen marcos penales muy amplios, inspirados en la tendencia jurisprudencial de los últimos cincuenta años de utilizar los extremos inferiores de aquéllos. En muchos ilícitos no violentos cuando se ataca bienes colectivos de trascendencia las figuras penales que, por regla general, ocupan los extremos mínimos tienen un rango de pena superior importante. Aumentar un grado puede significar, en muchas ocasiones, aplicar penas de presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día a 20 años), o incluso más para ilícitos donde no existe violencia. Por ejemplo, casos graves de afectaciones tributarias o fraude en el sistema económico, que tienen extremos superiores de presidio mayor en su grado medio. Mediante esta norma, entonces, si el sujeto utiliza a su hijo en el entramado societario, aumenta la pena de 15 años y un día a veinte o a perpetua, lo cual constituiría un riesgo cierto. De allí que abogara por que en este tipo de delitos se prevean efectos menos gravosos, como la aplicación de la pena superior en grado dentro del marco penal. A su turno, en ilícitos en los que existe un riesgo criminógeno relevante y que se promueven desde el extranjero (delitos violentos, de tráfico de drogas o contra la seguridad de Estado, entre otros), sería recomendable subir en un grado la pena.

La **personera del Ministerio Público, señora Taladriz**, estuvo en desacuerdo con la eliminación de la agravante contenida en la Ley de Drogas. Sobre el particular, manifestó que el artículo 19 de ese texto legal establece el mismo efecto agravatorio que el contemplado en el inciso segundo de la redacción que se analiza. En este orden, acotó, actúa como calificante y aumenta la pena en un grado, cuando se utilizan menores de catorce años, esto es, personas exentas de responsabilidad penal. Fundada en lo anterior, sugirió perfeccionar la agravante en cuestión para incorporar en la hipótesis normativa a los adolescentes: dada la aplicación habitual de la agravante de la Ley de Drogas, como muchos menores son

instrumentalizados en el tráfico de estas sustancias, no sería recomendable eliminar la alusión a “valerse” de las personas exentas de responsabilidad penal. Luego, recordó que en la Cámara de Diputados se tramita una iniciativa que modifica la ley N° 20.000, para incorporar a los adolescentes dentro de la agravante específica.

El **Honorable Senador señor Insulza** se mostró partidario de incorporar en la norma planteada la hipótesis del engaño.

Ante la consulta del **Honorable Senador señor Huenchumilla** acerca de si el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil contiene alguna norma contradictoria con el texto en estudio, el **señor Maldonado** señaló que si bien en dicha iniciativa se incorporó una agravante genérica, como es más integral el tratamiento que hace la iniciativa legal en estudio acerca de la utilización de menores en crímenes o delitos, lo razonable sería corregir aquél texto normativo.

En sintonía con lo anterior, el **Honorable Senador señor Huenchumilla**, conteste con la norma en estudio, sugirió acoger la nueva redacción propuesta, la cual, en su concepto, configuraría una regulación más integral y completa para el artículo 72 del Código Penal.

Concluido el análisis de esta nueva redacción, la Comisión fue partidaria de acogerla, con dos enmiendas: la primera, consistente en agregar, en el inciso segundo del artículo sustitutivo que se consulta, la conducta del que engañe a un menor para cometer un ilícito; la segunda, en eliminar la alusión al concepto de instrumentalización del menor, que se entendería incluido en la noción de utilización del mismo.

**- Puesto en votación este artículo único con la redacción antes consignada para el artículo 72 sustitutivo propuesto, fue aprobado por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Huenchumilla, Insulza y Kast.**

- - -

## **PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN Y TEXTO DEL PROYECTO**

En mérito de los acuerdos precedentemente consignados, vuestra Comisión de Seguridad Pública tiene el honor de proponeros la aprobación, en general y en particular, del proyecto de ley en informe, cuyo texto es el siguiente:

## PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Sustitúyese el artículo 72 del Código Penal, por el siguiente:

“Artículo 72. Cuando el delito sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, respecto de los imputados mayores de edad que hubieren participado en el mismo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se aumentará en un grado la pena al mayor de dieciocho años que se valga, engañe, utilice, induzca, fuerce o coaccione a un menor de dieciocho años de edad a cometer o perpetrar un crimen o simple delito, esto con independencia de la responsabilidad penal que le pudiera corresponder al menor de edad.

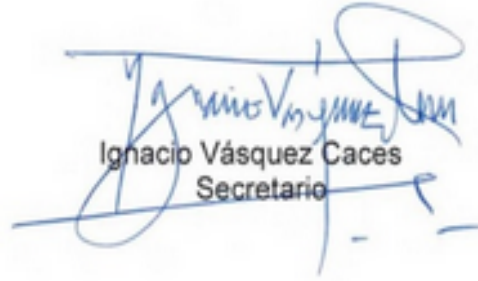
El tribunal, al momento de determinar la pena, tendrá especialmente en consideración la circunstancia de tratarse de un menor de catorce años.

El consentimiento dado por el menor de dieciocho años no eximirá al mayor de esta edad de la aplicación de las reglas previstas en los incisos precedentes.”.

- - -

Acordado en sesiones presenciales y telemáticas celebradas los días 5, 12 y 19 de marzo de 2019, y 29 de julio y 12 y 26 de agosto de 2020, con asistencia de los Honorables Senadores señor Felipe Kast Sommerhoff (Presidente), señora Marcela Sabat Fernández (Víctor Pérez Varela) y señores Felipe Harboe Bascuñán, Francisco Huenchumilla Jaramillo, José Miguel Insulza Salinas y Kenneth Pugh Olavarría (Víctor Pérez Varela), y de los ex Senadores señores Andrés Allamand Zavala y Víctor Pérez Varela.

Sala de la Comisión, a 28 de agosto de 2020.



Ignacio Vásquez Caces  
Secretario

### **RESUMEN EJECUTIVO**

**INFORME DE LA COMISIÓN DE SEGURIDAD PÚBLICA recaído en el proyecto de ley relativo a la utilización de menores en crímenes o delitos (Boletines N<sup>os</sup>. 11.958-07 y 11.966-07, refundidos).**

**I.- OBJETIVO DEL PROYECTO:** Proteger a los niños, niñas y adolescentes de las influencias negativas que sobre ellos ejercen los mayores de edad, al hacerlos responsables de la utilización de menores para sus actividades delictivas y preservar el bien jurídico del resguardo de la infancia, entendido como el derecho que tienen niños, niñas y jóvenes a vivir una vida segura y sana y a salvo de cualquier clase de abuso, maltrato o negligencia.

**II.- ACUERDOS:** Aprobado en general por unanimidad (5x0), y en particular su artículo único –con enmiendas- por unanimidad de presentes (3x0).

**III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO:** Consta de un artículo único.

**IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** No tiene.

**V.- URGENCIA:** No tiene.

**VI.- ORIGEN DE LAS INICIATIVAS:** De los Honorables Senadores señor Insulza, señora Allende y señor Elizalde (Boletín N° 11.958-07) y de los Honorables Senadores señores Ossandón y Prohens (Boletín N° 11.966-07).

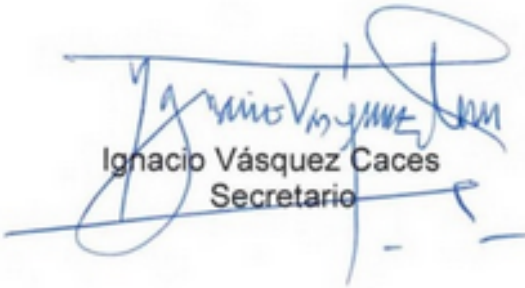
**VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Primer trámite.

**VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer informe.

**IX.- INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 1 y 7 de agosto de 2018, respectivamente.

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

- Código Penal.
- Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente.
- Decreto supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1990, que promulga la Convención sobre los Derechos del Niño.



Ignacio Vásquez Caces  
Secretario

Valparaíso, a 28 de agosto de 2020.

**ÍNDICE**

	Página
Objetivo del proyecto	3
Antecedentes:	
I. Normativos	3
II. Boletín N° 11.958-07	3
III. Boletín N° 11.966-07	5
Discusión en general	8
Votación de idea de legislar	26
Discusión en particular	26
Proposición y texto del proyecto	43
Resumen Ejecutivo	45