



**DEFENSORÍA NACIONAL**

**Minuta**

**Proyecto de ley que tipifica la utilización de menores para la comisión de crímenes o delitos (Boletín Nº 11.958-07)**

**Marzo de 2019**

**EL PROYECTO**

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

*Agréguese un nuevo artículo 147 bis:*

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

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

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

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

1. **Acerca de los antecedentes de la moción**

|  |
| --- |
| **Imputados adultos y adolescentes (causa imputado) atendidos por DPP****2008-2018** |
| **AÑO** | **ADULTOS** | **ADOLESCENTES** |
| 2008 | 268.019 | 31.376 |
| 2009 | 291.561 | 33.562 |
| 2010 | 290.553 | 30.907 |
| 2011 | 335.858 | 34.906 |
| 2012 | 329.026 | 33.192 |
| 2013 | 313.418 | 32.850 |
| 2014 | 310.694 | 33.401 |
| 2015 | 306.680 | 30.082 |
| 2016 | 299.058 | 26.247 |
| 2017 | 299.491 | 22.915 |
| 2018 | 299.913 | 19.825 |

**Resulta necesario** precisar los datos y estadísticas respecto a jóvenes infractores de la ley penal, los que analizados en la línea del tiempo dan cuenta de una significativa y progresiva disminución de jóvenes involucrados en calidad de imputados, en hechos delictivos.

|  |
| --- |
| **Casos ingresados Ministerio Público (imputado conocido)****2008-2018** |
| **AÑO** | **ADULTOS** | **ADOLESCENTES** |
| 2008 | 536.865 | 53.120 |
| 2009 | 558.002 | 52.770 |
| 2010 | 542.977 | 47.894 |
| 2011 | 585.678 | 52.502 |
| 2012 | 570.118 | 49.211 |
| 2013 | 547.084 | 46.089 |
| 2014 | 527.543 | 44.764 |
| 2015 | 512.442 | 41.074 |
| 2016 | 513.269 | 37.314 |
| 2017 | 519.374 | 33.875 |
| 2018 | 544.558 | 31.769 |

Como se aprecia, las cifras demuestran que se ha producido una progresiva disminución del número de imputados adolescentes durante los últimos ocho años, muy especialmente a contar del año 2014. Esta disminución es corroborada por todos quienes administran las bases de datos del sistema de justicia criminal, tanto del Ministerio Público como el Poder Judicial, además de la Defensoría Penal Pública.

Es así que, mientras el año 2012 las causas/imputado adolescente llegaron a 33.192, el año 2016 descendieron a 26.472, a 22.915 en 2017 y a 19.825 en el año 2018.

Durante los años recién señalados el porcentaje de imputados de adolescentes infractores de ley penal disminuyó de un 9,2 a un 7,1 en el año 2017 y a 6,2% en el año 2018, del total de imputados adultos y jóvenes.

Las tablas de datos que se acompañan a la presente sección, cuya fuente (oficial) es el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público y el Informe Estadístico Anual de la Defensoría Penal Pública de la DPP, indican que el número de casos adolescentes ingresados anualmente al Ministerio Público ha disminuido en un 40,1% en diez años de aplicación de la Ley N°20.084 y que los adolescentes imputados representados por la Defensoría Penal Pública en un 36,8%.

1. **Acerca del contenido del Proyecto de Ley**

A nuestro juiciola propuesta de creación de un nuevo tipo penal, “utilización de menores de edad para la comisión de crímenes o simple delitos”, presenta diversos problemas dogmáticos y prácticos que hacen inconveniente su implementación.

Se pueden apreciar problemas de proporcionalidad, característica que podría decantar en problemas de constitucionalidad y, por tanto, de aplicación. A su vez, presenta problemas con la prohibición de non bis in ídem o de sancionar dos veces un único hecho, lo que vulneraría de este modo uno de los principios básicos del derecho penal moderno. En tercer lugar, presenta problemas respecto del principio de legalidad, por cuanto no define con precisión la conducta castigada. Asimismo, podrían darse problemas prácticos que, contrariamente al objetivo de proteger a los menores de edad, los sitúe en una posición de mayor riesgo y vulnerabilidad.

**a) Problemas de proporcionalidad**.

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

Por otro lado, existen posibles e hipotéticos casos que dejan en evidencia lo absurdamente desproporcionada que puede llegar a ser la aplicación del futuro art. 147 bis CP. Se citan algunos ejemplos.

***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.*

*En audiencia de formalización son formalizados por el delito de daños simples. Juan paga los daños provocados por su hijo y él, de modo que la causa “base” termina por Acuerdo Reparatorio/Suspensión condicional. Sin embargo, la causa por “prevalerse de un menor” seguiría su curso regular e independiente, siendo que el disvalor 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. Ambos estarían excusados de responsabilidad penal producto de lo previsto en el art. 489 CP, sin embargo, 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 (art. 442 CP, pena de presidio menor en 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). Luego, como en la propuesta del art. 147 bis no se da precisión sobre 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.*

Lo mismo puede profesarse respecto de la desproporción de las penas asociadas en caso de que los crímenes realizados tengan pena de presidio mayor en grado mínimo y, producto de la utilización de menores, se estaría arriesgando además una pena superior, o, en caso de simples delitos, que el delito cometido tenga pena asociada de presidio menor en cualquiera de sus grados, siendo que, por la utilización del menor, se estaría imponiendo además una pena uno, dos y hasta tres grados superior. Estaríamos ante el caso en el que se pasa a desatender un delito “base” a objeto de sancionar e investigar de mejor manera el delito “residual”, solamente en virtud de la pena que se le asocia.

Por otro lado, la propuesta legislativa es contradictoria y desproporcionada en consideración con otro tipo de normativa actual y contemporánea. En efecto, en casos como los de la de la Ley N° 21.121 sobre delitos de corrupción funcionarios o la Ley n° 20.931 de “agenda corta”, se ha aumentado penas o limitado el efecto de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, pero sin crear tipos penales nuevos y desproporcionados. De este modo, a no se entiende ni se justifica la creación de un nuevo tipo penal en desmedro de aumentar la penalidad de dicha conducta, tal como se ha dispuesto en el art. 72 CP.

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

La situación que se describió anteriormente se complejiza si tenemos en consideración que el artículo en cuestión prevé en su inciso tercero que “*dichas penas* *se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan a los crímenes o simple delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades*”, es decir, que frente a **un único hecho la reacción de la legislación propuesta sería asociar dos sanciones diversas e independientes**, vulnerando abiertamente la prohibición de “ne bis in ídem”. En palabras de Juan Pablo Mañalich, “*el núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne, más bien,* ***aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo****, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos.* ***Y ante tales situaciones, el principio ne bis in idem se vuelve específicamente operativo al modo de una “prohibición de doble valoración”*** *(Doppelverwertungsverbot), de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, haya que reconocer el carácter “aparente” o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho”[[1]](#footnote-1).*

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

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

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

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

**d) Política criminal**.

En la práctica, la norma es desaconsejable por las siguientes consideraciones:

1. La norma no prevé ventajas procesales, atenuantes, eximentes o alguna figura que beneficie al menor 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 los NNA, solamente castigaría al adulto responsable por un hecho ya consumado, desatendiendo el abuso por parte del mayor sobre el NNA.
2. Como no se da ningún tipo de privilegio o atención especial al NNA que participa inducido o forzado en el delito, cabe concluir que la propuesta del art. 147 bis CP es un delito “sin víctima”, un delito que no tiene afectación alguna para un sujeto en concreto, puesto que 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 sancionado de manera más benigna. Al no tener el NNA ningún tipo de posición más privilegiada, se desconoce su vulnerabilidad y, por tanto, el delito no dice relación con él, sino que con otro tipo de bien jurídico que no existe o no ha sido aun determinado.
3. A su vez, y bajo el escenario del número anterior, la propuesta del art. 147 bis CP tampoco protege un bien jurídico determinado, de modo que, al no afectar nada ni a nadie en concreto – puesto que el afectado no sería el adolescente-, no podríamos entonces definirlo como una conducta antijurídica y, por tanto, tampoco como una conducta delictual.
4. La propuesta del art. 147 bis CP no distinguiría entre los casos en los que el adulto es incitado/forzado por un menor a cometer un delito, (Ej.: menor de 17 años de edad y adulto de 18) dado que la sola situación de haber participado ambos en un mismo ilícito se traduciría en la responsabilidad penal del adulto por el delito propuesto en la norma del 147 bis CP

**3.- Circunstancias ya prevista por la legislación actual.**

El tipo penal propuesto es una norma que en la mayoría de sus disposiciones ya se encuentra prevista por la actual legislación penal.

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

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

Las dos primeras figuras (inducir, forzar) se encuentran expresamente previstas en el art. 15 N° 2 del CP, mientras que, por su parte, la tercera figura (prevaler) se encuentra prevista tácitamente en las hipótesis del art. 15 nro. 1 y 2, así como también en la figura del art. 72 CP. Luego, la cuarta hipótesis – “participar en cualquier modo”- hace innecesarias las inclusiones de las figuras anteriormente señaladas, a saber “inducir”, “forzar” y “prevaler”, ya que por sí mismas estarían incluidas en la figura de “participar de cualquier modo”, lo que torna redundante el articulado. Sumado a lo anterior, esta última hipótesis no solo se satisface en el caso en el que el menor participe en calidad de autor, sino que podría extenderse a figuras como la complicidad (art. 16 CP) o, eventualmente, el encubrimiento (art. 17 CP), situación que coloca en especial desproporción las penas que arriesgan ambos sujetos y no distinguiría entre diversos rangos de intervención con su respectiva pena/reacción penal, igualando – por ejemplo – la inducción a ser cómplice con la autoría material del delito. Lo anterior ha sido duramente cuestionado en doctrina desde hace más de 40 años[[2]](#footnote-2), especialmente en atención a la artificialidad que existiría en considerar como “autoría del art. 15 CP” formas de intervención criminal que en realidad no lo son, postura de critica que puede verse acentuada sin consideramos que por la norma en cuestión se propone considerar que la intervención punitiva que dogmáticamente no constituye autoría fuese tratada como autoría en otro delito diverso, autónomo y que no dice relación alguna con el quantum del injusto del delito “base”.

Así las cosas, el problema del futuro art. 147 bis CP es que todas las formas de comisión que prevé estarían ya previstas por la actual legislación, asociándoles una determinada pena.

Por su parte, es apropiado tener en consideración la norma del art. 72 CP, por cuanto, prevé a título de agravante especial una situación idéntica a la dispuesta por la propuesta del art. 147 bis CP, sin perjuicio de que no contempla la posibilidad de sancionar a NNA que no sean penalmente responsables (por ejemplo, menores de 14 años). Para efectos de la presente minuta, consideramos que la norma del art. 72 CP posee varias ventajas sistemáticas y de coherencia con la legislación penal actual, por cuanto es una norma que recoge el injusto de la utilización de menores de edad en la comisión de ilícitos sin incurrir en ne bis in ídem; es proporcional al delito cometido, por cuanto aumenta en un grado la pena “del delito base” y, finalmente, su redacción no se presta para equívocos o problemas prácticos. Por otro lado, la agravante del art. 72 CP vuelve facultativo para el juez el incremento de la pena, circunstancia del todo deseable puesto que juez es el único quien puede valorar y pesar el grado de disvalor que agrega al ilícito la utilización de un menor.

1. MAÑALICH, Juan Pablo. “EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN EL DERECHO PENAL CHILENO”, REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 15 – Año 2011, p. 142. [↑](#footnote-ref-1)
2. YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (1979): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, Revista de Ciencias Penales, Nº 1, pp. 49-64; VAN WEEZEL, Álex. “Intervención delictiva y garantismo penal”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Nº 8, pp. 432-445; [↑](#footnote-ref-2)