

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.  
*Polít. crim.* Vol. 10, N° 20 (Diciembre 2015), Art. 6, pp. 597-621.  
[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_10/n\\_20/Vol10N20A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_20/Vol10N20A6.pdf)]

**Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación.\***

**Study of the aggravating circumstance of article 72 of the Penal Code: taking advantage of a minor. Analysis of its elements and application.**

Daniel Polanco Valdés

Abogado, ayudante de investigación, Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

[daniel.polanco.v@mail.pucv.cl](mailto:daniel.polanco.v@mail.pucv.cl)

**Resumen**

Este trabajo aborda la circunstancia agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 72 del Código Penal (en adelante, CP), que consiste en prevalerse de un menor de edad para la comisión de un delito. Apoyado en antecedentes doctrinales, históricos y jurisprudenciales, el autor examina la estructura y los fundamentos de este elemento circunstancial y valora críticamente las soluciones que la doctrina y la praxis judicial proponen frente a los diversos problemas que trae consigo su aplicación.

**Palabras clave:** Agravante, prevalerse de un menor de edad, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

**Abstract**

This work approaches the aggravating circumstance of criminal liability in article 72 of the Penal Code, which consists of taking advantage of a minor for the commission of a crime. Supported on doctrinal, historical and jurisprudential precedents, the author examines the structure and the foundations of this circumstantial element and critically evaluates the solutions that both doctrine and judicial practice propose against the diverse problems that its application brings.

**Key words:** Aggravating circumstance, taking advantage of a minor, circumstances that modify criminal liability.

**Introducción.**

Según estadísticas publicadas por el Ministerio Público, durante el año 2014, 49.131 adolescentes entre los catorce y los diecisiete años fueron ingresados a los registros del órgano persecutor en calidad de infractores. De aquella cifra, 15.942 se encontraban en el

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

rango etario de los catorce a quince años, y 33.189 pertenecían al grupo de jóvenes entre los dieciséis y diecisiete años.<sup>1</sup>

Sin entrar en un análisis profundo de aquellas cifras y de las causas que subyacen a las mismas, quisiéramos llamar la atención sobre el hecho de que, en no pocos casos, aquellos menores intervienen en actos delictuales bajo el alero y dirección de uno o más mayores de edad, por lo general con vasta experiencia en la perpetración de delitos. Esta situación no sólo es reprochable en cuanto al desvalor de la conducta antijurídica ejecutada, sino que también es cuestionable desde un punto de vista social, en cuanto expone al joven o adolescente a contextos criminógenos, justamente en una época de constante desarrollo para todo ser humano.

Haciéndose eco de esta realidad el artículo 72 del CP contempla una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, cuyo tenor es el siguiente:

“En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito personas mayores de dieciocho años y menores de edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia aumentada en un grado, si estos se hubiesen prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

La norma citada se encuentra ubicada, en el Párrafo cuarto del Título tercero del Libro I, bajo el epígrafe “De la aplicación de las penas”. Esta localización, aparentemente inconexa con el resto del articulado que la circunda y fuera del lugar en que el Código tipifica las agravantes, tiene su explicación en razones histórico-jurídicas, como tendremos oportunidad de ver. Por otra parte, con un tenor muy similar encontramos esta circunstancia a propósito de la regulación del llamado *hurto falta* en el artículo 494 bis inciso 3° del CP.

## 1. Evolución histórica.

El texto original del Código Penal no contemplaba una disposición como la que hoy contiene el artículo 72<sup>2</sup>. En efecto, el tenor de esta disposición, que fue tomada del Derecho español, sólo contenía una atenuante dividida en dos supuestos: el inciso primero, aplicable a los menores de dieciséis años y mayores de diez que participaran en un hecho delictual con discernimiento, quienes se veían beneficiados con una pena que fijaba prudencialmente

---

\* Agradezco las observaciones y sugerencias, tanto de forma como sustantivas, realizadas por el Prof. Dr. Luis Rodríguez Collao.

<sup>1</sup> MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, *Boletín estadístico anual*, Santiago: 2015, p. 68.

<sup>2</sup> De las actas de la comisión se desprende que el artículo, en su configuración original, no ofreció mucha resistencia para los miembros de la misma en cuanto a su redacción pues se deja constancia de que “El 72 (haciendo referencia al artículo 72 del Código Español de 1848) fue igualmente aprobado con la variación de la edad que se exige por el artículo ya aprobado para constituir responsabilidad en el agente que obra” Se hacía referencia a la edad del texto europeo que establecía tramos de nueve a quince años y de mayores de quince y menores de dieciocho años. COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Actas de las sesiones de la comisión redactora del Código penal chileno*, Santiago: Imprenta de la república de Jacinto Núñez, 1873, en: RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, Valparaíso: EDEVAL, 1974, p. 280.

el juez con un marco penal, a lo menos, rebajados en dos grados desde el mínimo respectivo del marco penal abstracto fijado para el delito<sup>3</sup>; a su vez, el inciso segundo beneficiaba al joven infractor mayor de dieciséis pero menor de dieciocho años con una atenuación obligatoria de uno, dos o tres grados respecto del mínimo del marco penal general<sup>4</sup>. Esta figura estaba en directa relación con la antigua atenuante genérica del artículo 11 CP que señalaba a la minoría de edad como un elemento aminorante de la responsabilidad penal del menor, de manera que, como señala Eduardo Novoa<sup>5</sup>, este último artículo implicaba en términos prácticos una declaración de principios cuyos efectos estaban regulados casi íntegramente por el artículo 72 del CP.

La ubicación de este artículo en el Código original se explica por el contexto normativo de ese cuerpo legal. Al culminar la regulación de la determinación judicial de la pena con el artículo 70 del CP, las disposiciones que le siguen, específicamente los artículos 71 a 73, comienzan a tratar ciertos efectos especiales de la atenuante del artículo 11 N°1 del CP. Así el artículo 73 señala los efectos de esta circunstancia en términos generales, dependiendo de si se verifica uno, dos o tres de todos los requisitos exigidos para declarar la existencia de una eximente; el artículo 71 por su parte trata los efectos de la eximente incompleta en los supuestos de caso fortuito, lo que parte de la doctrina nacional ha entendido como el establecimiento normativo de la figura *versari in re ilícita*; y por último el primitivo artículo 72 que, como vimos arriba, originalmente –y hasta antes de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante, LRPA)– regulaba el especial efecto de la eximente incompleta en relación con la minoría de edad, pues favorece al adolescente que no habiendo alcanzado la plenitud de su madurez psico-fisiológica, se encuentra en condiciones de todas maneras para poder entender la virtud delictual de su actuar<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Comentando esta norma FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno* Lima: Imprenta comercial calle del Huallaga, 1883, pp. 317-318, explica su fundamento de la siguiente forma: “Ya se sabe que los mayores de diez años i menores de diez i seis solo son responsables en caso que el tribunal declare que han obrado con discernimiento; pero si en este período de la vida humana el discernimiento puede existir, jeneralmente no tiene el mismo grado de desarrollo que en los dos períodos legales que le siguen; i aun las personas comprendidas dentro de aquel pueden tener mayor o menor discernimiento, según la edad i otras circunstancias. Por estas causas la lei que no puede medir el grado de discernimiento del cual depende que el castigo sea mas o ménos grave, no puede fijar la pena i se ve obligada a facultar a los tribunales para que impongan una discrecional”. Otro comentarista que esboza la misma idea es VERA, Robustiano, *Código penal de la República de Chile*, Santiago: P. Cadot i Ca, 1883, p. 239.

<sup>4</sup> FUENSALIDA, *Concordancias* cit. nota n° 3, p. 318. Justifica el autor este tratamiento diferenciado declarando “Mas, cuando se trata de delinquentes mayores de diez i seis años i menores de diez i ocho, período mas corto que el anterior i en que la diferencia de discernimiento entre las personas comprendidas en él no puede ser tan variable, la lei no necesita dejar la pena a discreción de los tribunales; pues basta darles mas amplitud que la común para que puedan apreciar discrecionalmente las variedades de discernimiento en dicho período: esto es lo que ha hecho el inciso 2.° del art. 72.”

<sup>5</sup> NOVOA, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2005, p. 23. Esto ya se había hecho notar por FUENSALIDA, *Concordancias*, cit. nota n° 3, p. 83.

<sup>6</sup> NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 5, p. 23. Existe jurisprudencia que da cuenta de esta realidad, así un fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en causa rol 39-2009, de fecha 11 de Septiembre de 2009 señala en su considerando 6°, parafraseando a Mario Garrido: “Todas las eximentes incompletas están sujetas a la normativa especial de los arts. 71, 72 y 73. El art. 71 se refiere a la eximente del N° 8° del art. 10 (caso fortuito); el art. 72, a la del N° 3° del art. 10 (el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años que obró con discernimiento) y el art. 73 a las restantes del art. 10, con exclusión de la del N° 2°, que declara exento de responsabilidad al menor de dieciséis años, porque no admite graduación.”, en: GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2005.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

Estos antecedentes son necesarios para entender el *quid* de su ubicación actual, pues se complementa con la entrada en vigencia a mediados del siglo pasado, de la Ley N° 11.183, cuerpo legal que reforma diversas disposiciones, pero que en lo que nos interesa, modifica la atenuante del artículo 72 del CP, estableciendo que el menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis que haya intervenido en el hecho delictual con discernimiento, verá atenuada su responsabilidad en un grado respecto del mínimo designada por la Ley para el delito por el que sea responsable. De otro lado, incorpora un inciso segundo que incrementa en un grado la pena del mayor del edad que aparece responsable en un mismo delito con un menor de dieciocho años, en otras palabras, incorpora al artículo la primera versión de nuestra agravante. Así las cosas, desde ese momento y en lo sucesivo ambos preceptos (la aminorante y la agravante) figuraron bajo el artículo 72, lo que explica en definitiva su ubicación.

La siguiente reforma vino con la Ley N° 17.727, de 27 de septiembre de 1972, este precepto modificó varias disposiciones del CP, agregando normas de relevancia actual como los artículos 68 *bis* y 450, pero en lo atinente a este trabajo, agregó, al final de la ya expuesta primera versión, lo siguiente:

“si estos se hubieren prevalido de los menores para la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

Como se podrá apreciar, esta adición legislativa termina de perfilar lo que es la redacción actual de la agravante.

Finalmente, concluye la presente cronología con la LRPA. Esta normativa trajo una importante y profunda transformación del ejercicio de la función jurisdiccional penal frente a los jóvenes infractores, pasando de un sistema indiferenciado respecto del adulto, a una judicatura que atiende y entiende la especial situación de los adolescentes colocados en una situación compleja. Uno de los mayores cambios sustantivos que trajo esta Ley dice relación con la forma de determinación de la inimputabilidad de los menores. Como es sabido, hasta antes de esta Ley el límite etario de imputabilidad estaba en los dieciséis años, y entre esa edad y los dieciocho años era función del juez del crimen determinar si aquel menor había actuado con discernimiento. Con la entrada en vigencia de la LRPA se fija la edad límite para la inimputabilidad en los trece años y los jóvenes que entre los catorce y los dieciocho años cometan algún delito serán todos imputables sin distinción sobre su discernimiento, pero con un trato penológico diferenciado del adulto, mucho más benigno y orientado a la educación y protección del menor.

Producto de lo anterior, yendo de lleno a lo que nos atañe, con la precitada Ley se deroga el inciso primero del artículo 72, quedando solamente el inciso segundo que la disposición traía consigo desde la Ley N° 11.183, perpetuando su contenido sin modificación. Esta derogación era lógica y esperable de un sistema legal coherente, pues, si se había terminado con el binomio *con discernimiento/sin discernimiento* una norma que trabajaba precisamente con esa distinción carecía de todo sentido y fundamento<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> No obstante lo dicho, el efecto aminorante de responsabilidad que tenía el antiguo artículo 72 inciso primero no desaparece totalmente del sistema pues queda fijado en el artículo 21 de la LRPA atenuando la

## 2. Fundamento de la agravante.

En términos generales, el fundamento de cualquier circunstancia modificatoria está determinado por la clasificación que distingue entre aquellas relativas a lo injusto y las que están relacionadas con la culpabilidad del sujeto, agregándose las que encuentran su razón de ser desde un punto de vista político-criminal<sup>8</sup>. De esta manera, si el objetivo es desentrañar el fundamento de la agravante del artículo 72 del CP, se hace necesario ubicarla dentro de una o más de las categorías antes mencionadas, lo que en consecuencia podría hacernos concluir que está fundada en un mayor desvalor o en una mayor reprochabilidad del sujeto (su culpabilidad por el hecho), que podría tener un fundamento compartido entre las opciones anteriores, o incluso, se podría llegar a sostener que el fundamento radica puramente en cuestiones político-criminales ajena a consideraciones dogmáticas.

Estudiando la doctrina nacional respecto a esta circunstancia, apreciamos que existe generalizado desinterés por tratar el fundamento de ésta. Quien sí ha escrito sobre este tema de manera más completa es Enrique Cury el que discurriendo derechamente sobre la fundamentación del artículo 72 del CP señala:

“El fundamento de la agravación es la *reprochabilidad incrementada* del adulto, que no se deja detener en sus propósitos por la representación de estar empujando a una persona inmadura a la ejecución de conductas lícitas, y exponiéndola al peligro de corrupción consiguiente”<sup>9</sup>.

Otro autor que se ha pronunciado sobre el fundamento aunque de forma indirecta es Mario Garrido, quien caracteriza como subjetiva y de naturaleza personal a la agravante, por contemplar la exigencia de prevalimiento del menor. Pero a continuación enmienda su postura señalando que ello es sin perjuicio de que, a su vez, debe objetivamente haber participado un menor de edad, lo que lo lleva en definitiva a calificar de *mixta* esta agravante”<sup>10</sup>.

Según nuestra opinión, el fundamento de esta agravante no se encuentra en consideraciones político-criminales, en tanto *necesidad de pena* por motivos de utilidad. Seguimos aquí el planteamiento sostenido por Luís Rodríguez<sup>11</sup>, quien acertadamente señala que aquel concepto, vinculado al elemento *punibilidad* como presupuesto de la responsabilidad

---

responsabilidad en un grado respecto del mínimo de la pena establecida en abstracto para el delito a todo adolescente condenado por un tribunal con competencia penal.

<sup>8</sup> ARIAS, Manuel, *Responsabilidad Criminal, circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal, Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch Editor, 2007, p.19. Véase también SALINERO, Carmen, “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificatorias” en: ARROYO, Luis, BERDUGO, Ignacio (Coords.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 1 (2001), pp. 304-305.

<sup>9</sup> CURY, Enrique, *Derecho Penal, parte general*, 10ª edición, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile Santiago, 2011, p.516. BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de Derecho penal, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Lexisnexis, 2007, p. 232, sostienen también esta fundamentación.

<sup>10</sup> GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 245.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ, Luís, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°34, 1º semestre (2011), pp. 397-428, p. 416.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

criminal, opera siempre como factor restrictivo de la penalidad, de suerte que si el funcionamiento de la punibilidad favorece al agente, no es dable, dentro de la teoría de las circunstancias modificatorias, fundar una agravante en dichas consideraciones.

Creemos en cambio que el correcto fundamento de esta circunstancia se encuentra tanto en razones que atienden al injusto, como también, a las que miran a la culpabilidad del sujeto. En efecto, consideramos acertado el planteamiento de Cury visto en líneas precedentes en tanto existe un mayor reproche para el mayor de edad que se prevale de menores de 18 años para perpetrar el delito. La pubertad y la adolescencia son etapas del desarrollo humano de suyo complejas, sobre todo en lo que respecta al aspecto social del mismo. Es una etapa donde, sobre todo, se busca reforzar el sentimiento de pertenencia y aparentar una pretendida madurez frente a los pares y superiores<sup>12</sup>. El mayor que, consciente de este dato, se prevale de aquellos jóvenes para la consecución del resultado delictual desatiende la especial vulnerabilidad de aquel grupo de personas, que son evidentemente más permeables y susceptibles de una *seducción* hacia lo delictivo, esto manifiesta una mayor indiferencia a la protección del menor de edad, lo cual ha sido traducido por el legislador en un mayor reproche.

En una esfera diversa, se aprecia que de igual manera existe un sustrato de mayor injusto, en tanto desvalor de acción, que fundamenta esta agravante. La intervención de menores de dieciocho años trae aparejada una evidente facilitación de la actividad delictual al momento de ejecutar el hecho. El aunar esfuerzos con otras personas, como dijimos especialmente dúctiles en cuanto a su personalidad, asegura al adulto una eficacia ostensiblemente mayor en el delito. Esto es lo que se desprende desde la propia literalidad del precepto, ya que la participación del menor se predica respecto de la perpetración del hecho, lo que como se verá, es sinónimo de la ejecución material –total o parcial– de la conducta típica.

### **3. Elementos de la agravante.**

#### **3.1. El elemento temporal de la agravante.**

Como ya hemos señalado, el artículo 72 dispone que los menores y mayores de edad deben aparecer como responsables de un mismo delito. Esta parte de la norma ofrece la interrogante sobre si se exige que previamente se declare la responsabilidad de los menores para así hacer procedente la agravante al mayor, o si por el contrario no tiene importancia que lo anterior ocurra. Este problema cobra especial relevancia si se tiene en consideración que el artículo 28 de la LRPA señala en su inciso segundo que si en la sustanciación de un proceso penal se ven involucrados presuntos responsables mayores de edad conjuntamente con menores, se dará aplicación a los artículos 185 inciso primero y 274 inciso segundo del Código Procesal Penal, lo que implica que tanto en la etapa de investigación como en el momento de la acusación, el Fiscal y el Juez de Garantía, correlativamente en cada uno de los dos momentos, tiene la posibilidad de separar las investigaciones y las acusaciones si

---

<sup>12</sup> Profundizan sobre el tema CARNEVALI, Raúl, KÄLLMAN, Eva, “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal”, *Polít. Crim.*, n° 4 (2007). D1, pp. 1-24, p.5, en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf) [visitado el 28.06.2015]

así lo estiman conveniente y acertado para un correcto desarrollo de las etapas respectivas, por lo que es perfectamente posible que el procedimiento seguido –por un mismo delito– contra un mayor de edad y un menor sufra una escisión que desemboque, en definitiva, en dos sentencias distintas e independientes entre sí.

La respuesta que creemos correcta es la que se inclina por determinar siempre la responsabilidad del adolescente con anterioridad o de forma simultánea al momento correspondiente a la determinación de responsabilidad del mayor de edad, pues solo así se satisface, desde un punto de vista temporal, la exigencia legal en lo relativo a que ambos sujetos *aparezcan responsables*. Entenderlo de otra forma implicaría, por ejemplo, que en juicios separados, pero por un mismo hecho, el mayor de edad sea condenado por su intervención en un delito y se agrave su pena en virtud del artículo 72 del CP, y en el juicio respectivo del menor de edad resulte una sentencia absolutoria por no poder probar el Ministerio Público que el menor acusado ha intervenido de alguna forma en el mismo delito por el que fue condenado el adulto, una situación de suyo inaceptable<sup>13</sup>.

### 3.2. El término “prevalido”.

Desde un punto de vista sustantivo, un polo de discusión relevante en torno a la figura de la agravante del artículo 72 es el relativo a la palabra *prevalido* pues para que la circunstancia resulte aplicable se debe cumplir con que el mayor haya asumido esa actitud respecto del menor.

Como un primer acercamiento, podemos indicar que la expresión *prevalido* es la conjugación impersonal en participio del verbo *prevaler*, el que, conforme al Diccionario de la RAE, significa: “Valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio”.

Por su parte, de una lectura global del CP chileno, encontramos que la idea de *prevalerse* no está sólo presente en esta figura sino que también es utilizada para describir la circunstancia del artículo 12 N° 8 del CP, el cual confiere efecto agravatorio al hecho de prevalerse del carácter público que tenga el culpable. En relación con esta última agravante Garrido señala que para que se dé este elemento el sujeto debe aprovecharse o servirse para sus propios designios de la calidad que inviste, sea que logre o no su pretensión<sup>14</sup>.

Cury, por su parte, expresa que: “prevalerse (...) es un concepto que equivale a ‘abusar’, esto es, quiere decir, servirse, aprovechar, valerse, del carácter público para ejecutar el delito.”<sup>15</sup>

Asentado lo anterior, en lo que respecta a la agravante que motiva estos comentarios, podemos sostener que se prevale del menor de edad, el mayor de dieciocho años que se

---

<sup>13</sup> Se aprecia una argumentación análoga respecto de la circunstancia del artículo 456 *bis* N°3 del CP en OLIVER, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Santiago: Legal Publishing, 2013, p. 472.

<sup>14</sup> GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 212; igual opinión tiene NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 5, p. 60, aunque sin hacer énfasis expresamente en el provecho personal del delincuente.

<sup>15</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 503; en idéntico sentido BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 227.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

sirve de aquella circunstancia fáctica, para utilizar al o a los adolescentes en la perpetración de un hecho delictual en su beneficio total o parcial. Esta afirmación que hemos expuesto conlleva aceptar ciertas conclusiones que a continuación expondremos.

En primer lugar, como señala la propia literalidad del artículo 72, el hecho de prevalerse se debe verificar en la perpetración del delito. Conforme lo define el Diccionario de la RAE, el verbo *perpetrar* es sinónimo de cometer o consumir un delito. De esta forma, la presencia de dicha forma verbal debe implicar que sólo en la medida que el menor haya intervenido directamente en la ejecución material del hecho podrá tenerse por colmado este requisito, de suerte que se descarta el mismo si aquél ha tenido una intervención como cómplice o encubridor, quedando solamente válidos para el análisis las hipótesis de autoría y coautoría. Seguimos con esto a Garrido, quien justifica su postura diciendo que: “El fundamento de lo señalado se desprende del propio art. 72, que exige que se hayan *prevalido de los menores en la perpetración* del delito; ni los cómplices ni los encubridores ejecutan el delito, sólo lo hacen los autores y coautores”<sup>16</sup>.

Esta idea, no obstante, es rechazada por cierto sector doctrinal que aprecia una extensión absoluta del término empleado por el legislador, abarcando toda hipótesis de intervención por parte del menor, así Alfredo Etcheberry argumenta que, en base al término *responsable* utilizado en el artículo analizado, todas las hipótesis serían alcanzadas por la agravante pues, conforme al artículo 14 del CP: “Son responsables criminalmente de los delitos: 1° Los autores; 2° Los cómplices; 3° Los encubridores.”<sup>17</sup>.

En esta línea, se requiere un análisis más detallado en torno a la figura de la autoría, del cómo está regulada en nuestro país y de qué forma se relaciona aquello con la agravante en estudio. Bien es sabido que la *autoría* en Chile posee un margen bastante amplio en cuanto a su alcance interpretativo, incluyendo supuestos que de ordinario serían hipótesis de complicidad. El artículo 15 del CP en sus tres numerales contempla seis conductas en las cuales sus agentes se consideran autores: el que toma parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa; el que de igual forma impide o procura impedir que se evite; el que fuerza a otro a ejecutar el delito; el que lo induce en el mismo sentido; los que concertados para la ejecución del hecho se facilitan los medios para llevarlo a efecto; y los que, en igual supuesto, presencian el hecho sin tomar parte de aquél.

Vinculando el párrafo precedente con lo dicho arriba nos parece correcto aseverar que no todas las descripciones del artículo 15 del CP son, en definitiva, asimilables a la exigencia de prevalimiento en la perpetración, entendida ésta como autoría o coautoría del menor. De

---

<sup>16</sup> GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 244

<sup>17</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte general, tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1998, p. 43. En la jurisprudencia se encuentra cierto apoyo a esta doctrina, por ejemplo, en sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha, 30 de junio de 1967, que en su considerando 4° señala “que antes se recordó, el artículo 72 inciso 2° del Código Penal contempla la situación de que aparezcan responsables en un mismo delito mayores de 18 años y menores de esa edad: y el artículo 14 del mismo estatuto prescribe que son responsables criminalmente de los delitos: 1° Los autores, 2° Los cómplices, 3° Los encubridores. La sola enunciación de la norma demuestra que responsable es un concepto genérico que comprende tanto a los autores como a los autores y encubridores del delito, de modo que la exclusión de la encubridora que el recurso pretende carece de todo asidero que pudiera sostenerla.”

esta forma, no resulta aceptable que supuestos en los que el menor impide o procurar impedir la ejecución, en los que se concerta con el mayor de edad y le facilita medios a éste para llevar a efecto el hecho, o en los que igualmente concertados presencia el actuar del mayor sin tomar parte en el delito, se verifique la agravante, toda vez que, si bien el mayor pudo haberse prevalido del menor para la ejecución de dichas conductas, aquéllas no son constitutivas de la materialización del hecho típico, esto es, su perpetración. En otras palabras, la circunstancia de prevalerse del menor, aunque es de necesario acaecimiento para la aplicación de la circunstancia, no es suficiente pues, adicionalmente, se debe acreditar que aquélla iba orientada a la ejecución misma del delito.

Otra conclusión que se aviene con la idea que hemos esbozado dice relación con el provecho que obtiene el mayor respecto de los menores de edad. Creemos desacertado dar por concurrente el elemento fáctico analizado cuando de los hechos probados en juicio aparece que el adulto interviene en los hechos conjuntamente con jóvenes pero que aquél no se beneficia de manera alguna de la participación de éstos, como sería el caso, por ejemplo, en que producto de un robo en una vivienda, los menores sólo intervienen para sustraer bienes de la víctima que quedarán íntegramente para ellos, sin que deban rendir cuenta alguna al mayor o enterar aquellos objetos con posterioridad<sup>18</sup>.

Respecto a las hipótesis de autoría mediata, Cury es de la opinión de excluir esta figura del radio de acción de esta agravante. Dice el autor: “la agravante no debe apreciarse cuando el mayor de dieciocho años es un *autor mediato* que se sirve del menor inocente como mero instrumento para la ejecución de la conducta típica”<sup>19</sup>.

Agregando que: “En este caso, en efecto, falta la razón para exasperar la pena porque el joven no es incorporado a la realización del hecho antijurídico, en el cual solo interviene objetivamente”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 244. Un tribunal que entiende la expresión prevalido en igual forma es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RIT 192 – 2005, de fecha 18 de febrero de 2006, la cual descarta la aplicación de la agravante puesto que “la prueba rendida, particularmente la forma como la víctima y su hijo narraron lo acontecido, no permitió establecer que los acusados se hubieran “prevalecido” de los menores en la perpetración del ilícito, en el sentido de haberlos utilizado o servido de ellos, por su condición de menor de edad, como por ejemplo ocurre respecto de aquel que utiliza a un menor con contextura física pequeña, para que ingrese a un lugar donde la vía de acceso posible sólo permite el paso de alguien con esa especial condición; antes bien en los hechos ahora juzgados, los menores cooperaron con la ejecución del ilícito en aparente igualdad de condiciones que con los adultos y tampoco se advirtió alguna dependencia de aquellos frente a éstos, que permitiera concluir algún tipo de subordinación compatible con el prevalecimiento exigido por esa norma legal.” (considerando decimoquinto). Otro fallo que descarta la aplicación de la agravante por no verificarse este elemento es la dictada por la Corte Suprema con fecha 29 de enero de 2001, rol 3784 – 2000, citada por MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Código penal sistematizado con jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot, 2011, p. 139.

<sup>19</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 516; Hace suya esta argumentación MERA, Jorge, “Artículo 72” en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), *Código penal comentado, parte general, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot, 2011, pp. 623-624, p. 624.

<sup>20</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 516

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

De una postura distinta son Jean Pierre Matus y Alex van Weezel quienes al enfrentarse a este supuesto indican: “La pena se aplica tanto a quien se considera autor mediato (...) por abusar del menor, como a quien podría calificarse de inductor, por *corromperlo*.”<sup>21</sup>.

Frente a esta dicotomía argumental creemos acertada la primera de las opiniones citadas, pero quisiéramos adelantar que del estudio de aquella exposición nos parece que hay una suerte de contrasentido que se enlaza con el sentido del término *responsables* también utilizado por el legislador. No ahondaremos más aquí sobre esto, pues nos reservaremos nuestros comentarios para el apartado en donde analizaremos con más detalle ese elemento.

Analizando la disposición subjetiva del agente mayor de edad respecto de los adolescentes, podemos señalar que el concepto *prevalido* trae consigo una exigencia de conocimiento por parte del primero de la especial condición etaria de los jóvenes que intervienen en el hecho. De esta manera no se configura la agravante si el mayor cree participar con mayores de dieciocho años cuando en verdad participa con menores, aun cuando se haya prevalido de aquellos para la perpetración del hecho. La conclusión que aquí hemos expuesto ha sido defendida por Vivian Bullemore y John Mackinnon<sup>22</sup>, Etcheberry<sup>23</sup>, Garrido<sup>24</sup> y Cury<sup>25</sup>, todos los cuales destacan la importancia del conocimiento que tiene el mayor de la minoría de edad de los jóvenes, pues es un elemento esencial y constitutivo del término prevaler utilizado por el legislador al describir una circunstancia modificatoria.

### 3.3. El término “responsables”.

El artículo 72 del CP comienza su descripción indicando que: “En los casos en que aparezcan responsables de un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de edad (...)”.

La sola lectura de esta disposición pone de manifiesto que el legislador ha descrito aquí un supuesto en que, dentro de una dinámica de codelinuencia o pareja criminal<sup>26</sup>, aparecen como responsables del hecho delictivo una o más personas que son menores de dieciocho años y al menos una persona mayor de edad.

El elemento que de la parte transcrita ha generado mayor discordia en la doctrina dice relación con el alcance que corresponde atribuir al término *responsables* cuando se aplica en un caso concreto. El problema del que nos haremos cargo se puede expresar en los siguientes términos: una interpretación posible de la expresión es la que entiende dicho

---

<sup>21</sup> MATUS, Jean Pierre, VAN WEEZEL, Alex, “Artículos 50 a 73”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.); MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Texto y comentario del Código penal chileno, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica, 2009, pp. 323-382, p. 380.

<sup>22</sup> BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 232.

<sup>23</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 17, p. 43.

<sup>24</sup> GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 244.

<sup>25</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 515.

<sup>26</sup> Terminología usada por CERDA, Mario, “En los delitos de Hurto y de Robo cometidos por un mayor conjuntamente con un menor ¿concurren, el aumento de penas del inciso 2° del artículo 72 y la agravante del N° 3 del artículo 456 bis, del Código penal?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 119, enero-marzo, año XXX (1962), pp. 13-22, p. 13.

adjetivo como una derivación de la palabra *responsabilidad*, definida ésta en términos jurídico penales, esto es, como aquella consecuencia generada por el delito, que es a su vez punible y que ha sido fijada por una sentencia condenatoria dictada por un tribunal con competencia penal conforme a un procedimiento legalmente tramitado.

Por su parte, la otra posibilidad interpretativa es entender *responsables* como significativo de tomar parte en la realización típica y antijurídica, prescindiendo de la imputabilidad<sup>27</sup>.

El tomar partido por una u otra opción está lejos de ser un anecdótico ejercicio intelectual, pues de la solución de esta dicotomía se advienen importantes consecuencias penológicas para el sujeto mayor de edad que está involucrado en un hecho delictual donde presuntamente han intervenido personas menores de edad<sup>28</sup>. Tan solo a modo ejemplar, considérese el siguiente caso: Un mayor de edad que está siendo enjuiciado por un delito de robo con fuerza en lugar habitado en el que ha intervenido un adolescente de trece años de edad, resulta condenado. Tomar partido por la primera opción implica aceptar que la agravante en estudio no resulta aplicable, porque en Chile, las personas menores de catorce años de edad están exentas de responsabilidad criminal, conforme al artículo 10 N° 2 del CP en conjugación con el artículo 3° de la LRPA. Si se considera correcta, en cambio, la segunda posibilidad, no habrá problema en verificar la agravante pues con la sola intervención objetiva de un menor de edad –sea o no imputable– ya se habría satisfecho el requisito de que ambos sujetos aparezcan como *responsables* aumentando la responsabilidad del mayor en un grado.

Entre los autores nacionales, Cury se manifiesta a favor de la segunda opción expuesta. Señala el autor:

“La expresión ‘responsable’ empleada por el texto para describir ese requisito es desacertada, porque parece sugerir que la circunstancia solo concurre si también los menores pueden ser castigados por su participación en el acto, o sea, cuando son mayores de dieciséis años y han obrado con discernimiento”.<sup>29</sup>

Agregando posteriormente que de esta manera, debe entender que el menor es *responsable* en cuando ha tomado parte en la *realización antijurídica* del hecho, prescindiendo de su imputabilidad<sup>30</sup>.

El mismo autor, ya había expuesto antes su opinión en ese sentido, a propósito de un comentario jurisprudencial a una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 10 de abril de 1959, donde si bien reconoce la literalidad de la norma y el ideario de una interpretación

<sup>27</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 515.; BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 232.

<sup>28</sup> Cabe señalar que analizar esta circunstancia presupone que, de la persona mayor de edad (o mayor de dieciocho años conforme a la literalidad del artículo 72 CP) sea posible predicar su responsabilidad por el hecho, la cual ha de ser determinada por un tribunal con competencia penal. De esta manera la problemática está en torno al concepto “responsable” pero predicado sólo del o de los sujetos menores de edad.

<sup>29</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 515.

<sup>30</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 515. Agrega el autor entre sus líneas que la práctica, con razón, ha desechado la otra opción interpretativa que hemos expuesto pues lleva ésta a resultados absurdos.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

restringida en el ámbito penal, es claro en señalar que en virtud del artículo 22 del Código Civil hay que mirar el contexto de la Ley para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Con eso en mente dice que bastará un muy somero examen para revelar que en el artículo 72 inciso segundo, la palabra *responsables* se empleó equívocamente como sinónimo de *partícipe*, entendiendo, naturalmente, que son tales no sólo quienes definitivamente y técnicamente han de resultar responsables, sino todos los que toman parte en la perpetración de hechos delictuosos<sup>31</sup>.

Indica finalmente que de no entenderse así se llegaría a la conclusión señalada por la sentencia, esto es, que se aplicaría la pena más grave al mayor de dieciocho años que actuó con un menor responsable y no se aplicaría dicha pena más grave al mayor cuando actuase con un menor de dieciséis<sup>32</sup>.

El mismo planteamiento ha sido formulado, entre otros, por Jorge Mera<sup>33</sup>, Etcheberry<sup>34</sup> y Bullemore y Mackinnon. A modo de ejemplo, estos últimos autores dicen, siguiendo literalmente a Cury, que: “este término debe considerarse en el sentido de tomar parte en la realización antijurídica, prescindiendo de su imputabilidad”.<sup>35</sup>

Advirtiendo luego que, de no entenderlo así sólo se aplicaría a supuestos en que el adulto se hubiese prevalido de sujetos entre 14 y 18 años (según la nueva ley de responsabilidad penal del adolescente) y de entre 16 y 18 años (según la norma derogada del inciso 1° del artículo 72) que hubiesen actuado con discernimiento<sup>36</sup>.

Una opinión completamente distinta ha manifestado Mario Cerda<sup>37</sup>, quien sostiene que al adulto que actúa conjuntamente con un menor que resulta no ser responsable, determinada ésta conforme al sentido jurídico que tiene la palabra, no se le puede agravar la pena. El autor defiende su postura con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, el legislador no ha definido el término por lo que ha de entenderse éste en su sentido natural y obvio, conforme lo mandata el artículo 19 del Código Civil. De esta manera entiende que responsable es “el obligado a responder de una cosa” y a su vez *responder* lo define como “estar obligado u obligarse a la pena o resarcimiento correspondientes al daño o a la culpa cometida”<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> CURY, Enrique, “Comentario a sentencia de Corte Suprema de 10 de abril de 1959. Delito continuado. Agravante del Artículo 456 bis N°3. Alcance de la voz ‘responsable’ en la disposición del Artículo 72 inciso 2° del Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, 3° Época, N°1, enero-abril, Tomo XVIII (1959), pp. 46-53, p. 51.

<sup>32</sup> CURY, “Comentario a sentencia”, cit. nota n° 31, p. 51.

<sup>33</sup> MERA, “Artículo 72”, cit. nota n° 19, p. 623.

<sup>34</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1987, p. 457.

<sup>35</sup> BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 232.

<sup>36</sup> BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 232.

<sup>37</sup> CERDA, “En los delitos”, cit. nota n° 26, p. 22; CERDA, Mario, “¿Siempre se agrava la responsabilidad de los mayores de 18 años que cometen delitos en unión con menores de edad?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 93, Julio – Septiembre, año XXIII (1955), pp.423-426, p. 424

<sup>38</sup> CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 37, p. 424.

Luego, señala que idéntico alcance interpretativo tienen las expresiones *responsabilidad* y *responsable*, en los artículos 10, 11 y 12 del CP y 408 N° 4° y 419 del Código de Procedimiento Penal, poniendo de relieve estos últimos ya que establecen la suspensión definitiva de los procesados exentos de responsabilidad en conformidad al artículo 10 del Código Penal<sup>39</sup>.

Sobre la base de lo anterior el autor razona: “Si ser responsable es estar obligado a la pena ¿Está obligado a ella el menor de 16 años que interviene en un delito?”<sup>40</sup>

A dicha interrogante el autor responde negativamente en virtud de lo estatuido en el artículo 10 N° 2 del CP, llegando a igual respuesta llega cuando se cuestiona si está obligado a la pena el mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho años que actúa sin discernimiento en la ejecución de un hecho delictual, fundamentando su respuesta en el artículo 10 N°3 del CP.

De esta forma, y como consecuencia de lo anterior enfatiza que no se les aplica a ellos, ni a los mayores que con ellos delinquen, el inciso segundo del artículo 72, pues esta disposición se aplica sólo cuando los menores responsables.

Luego, reforzando su postura, y reconociendo que conforme a las reglas hermenéuticas del Código Civil es improcedente revisar la historia de la Ley cuando el sentido de la misma es claro, el autor analiza los antecedentes del establecimiento de la Ley N° 11.183, que como vimos estatuye la agravante en estudio. Señala que del primitivo proyecto, revisado por el Congreso Nacional, se aprecia con claridad que el término *responsables* no venía incorporado en él sino que utilizaba la expresión *implicados*, palabra que fue suprimida y cambiada por *responsables*, concluyendo que de este hecho resulta evidente el abandono de la idea matriz: sancionar a todos los delincuentes que se valen de un menores en la comisión de delitos<sup>41</sup>.

Concluye el autor su defensa haciéndose cargo de las eventuales críticas que dicha interpretación podría generar. Aventura así que podría argumentarse que, con la

---

<sup>39</sup> CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 37, p. 424. La norma que cumple una función equivalente en el nuevo proceso penal es el artículo 250 letra c) del Código Procesal Penal que a propósito del sobreseimiento definitivo señala: “El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal conforme al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal.

<sup>40</sup> CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 37, p. 424

<sup>41</sup> CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 37, p. 425-426. Lo que señala el autor resulta ser cierto a la luz de los registros existentes sobre las discusiones parlamentarias. El proyecto en su versión original contemplaba la incorporación de la agravante con el término “implicado”, así lo refrenda el informe emitido por la comisión de Constitución de la Cámara, traído a colación en la sesión 27° extraordinaria, realizada el día 18 de diciembre de 1951, donde se deja constancia que “Con el objeto de reprimir y sancionar hasta donde sea posible, a aquellos que se sirvan de menores para cometer actos delictuosos, se dispone que en los casos en que aparecen implicados en un mismo delito mayores de 18 años y menores de esa edad, se les aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado”. El concepto es cambiado por responsables en la Cámara y ni en el Senado, ni en el veto que ejerció el Presidente de la República se observa pretensión alguna de realizar cambios en la redacción, quedando configurada como se lee en la actualidad.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

interpretación que defiende, no se consigue reprimir ni sancionar a aquellos que sirven de menores para acometer actos constitutivos de delito, y que es más grave el hecho de que un procesado mayor actúe en delitos con menores sin discernimiento, que si lo hace con menores que cuentan con discernimiento. A lo anterior replica diciendo que esos reparos deben hacerse al Legislador y no al Juez, agregando que la solución no está en darle al texto un alcance impropio, sino en optar por su reforma. Sobre todo si se tiene en consideración el artículo 23 del Código Civil<sup>42</sup>.

Con este panorama argumental, asumimos la posición que defiende Cerda. Al igual que a este autor, no nos parece admisible ni aceptable la idea que pretende dar un alcance impropio al artículo analizado, en abierta contradicción con las exigencias que impone el principio de legalidad. En efecto, conferir a este término un sentido como el propuesto por la mayoría de la doctrina, implica desdibujar una de las manifestaciones básicas de la garantía fundamental de legalidad: la taxatividad penal, límite destinado no sólo a regular la conminación abstracta de delitos sino que también se presenta como una pauta insalvable para el juez. En el caso concreto, la opción legislativa de utilizar la palabra *responsables* ha colmado la exigencia de taxatividad y legalidad, por lo que nada se puede reprochar en torno al claro sentido que el legislador le ha otorgado a la misma<sup>43</sup>.

Este razonamiento ha sido recogido por la jurisprudencia. Así un fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, RIT 192-2005, de fecha 18 de febrero de 2006, determina, en lo que nos importa, no aplicar la agravante del artículo 72 del CP porque en el parecer del tribunal:

“la norma en cuestión alude a los casos en que aparezcan responsables en el mismo delito sujetos mayores junto a menores de edad, lo que no ocurre en el presente caso, puesto que el menor Tapia fue declarado sin discernimiento y Martínez que a la sazón tenía menos de 14 años, era totalmente inimputable.” (Considerando decimoquinto).

Un análisis más detallado merece la sentencia de la Corte Suprema de 15 de julio de 1992, Rol 240.564, pues a propósito del análisis conjunto que hace del artículo 72 del CP con la circunstancia agravante del artículo 456 *bis* N°3 del CP, señala que el actuar con menores inimputables configura la agravante en estudio si es que se verifica el hecho de prevalerse de aquél por parte del mayor de edad. Pero en líneas siguientes desarrolla una argumentación que a nuestro modo de ver avala nuestra posición. Dice la Corte:

“Para la doctrina, malhechores son los responsables que concurren materialmente a la comisión del delito, y como el menor inimputable no lo es, no puede considerársele tal. Se dice que malhechor es quien comete un delito, que dicha expresión es sinónimo de delincuente y, como ya se ha consignado, los menores inimputables, jurídicamente, no

<sup>42</sup> CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 37, p. 426

<sup>43</sup> Encuentra apoyo esta idea en el postulado de Luis Rodríguez, quien estudia con detención como los principios limitadores del derecho penal, entre ellos la legalidad y dentro de éste la taxatividad, también resultan aplicables a las circunstancias modificatorias. RODRÍGUEZ, Luis, “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal”, *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar*, n° 8 (2012), pp. 145-172, pp. 154-155.

son aptos para perpetrar delitos, por lo que tampoco puede estimarse, legalmente, que sean delincuentes”.

Creemos que si lo que dice la Corte resulta ser cierto, como lo es, la consecuencia lógica que se seguiría es que el menor no es responsable, pues, siendo uno de los presupuestos de la responsabilidad penal la comisión de un delito por parte del agente, a la no configuración del delito, por faltar el elemento culpabilidad (imputabilidad), no hay responsabilidad que atribuir y siendo así, la agravante en estudio debiese considerarse improcedente.

Con todo, pensamos que es indispensable agregar algunas apreciaciones a la argumentación aquí defendida. En primer lugar, nos parece injustificado dar un tratamiento diferenciado a un término que está dado legalmente de manera igualitaria para los dos sujetos involucrados. Si el legislador ha utilizado deliberadamente el concepto *responsables*, tanto para los mayores de dieciocho años y los menores de edad, no apreciamos fundamento suficiente para sostener que para aquéllos signifique que la responsabilidad en el hecho esté determinada por la concurrencia de todos los elementos que componen ésta y para los segundos sólo implique la intervención antijurídica en la perpetración sin que se mire su imputabilidad. Un tratamiento justo y respetuoso de la igualdad ante la Ley como derecho fundamental exige que para ambos sujetos el concepto *responsable* signifique lo mismo, de suerte que, o para ambos implique solamente la intervención antijurídica, obviando lo restante, algo inconcebible para el ordenamiento jurídico, o, por el contrario, para ambos signifique que la responsabilidad de los dos agentes esté determinada legalmente para hacer aplicable la agravante al mayor. Esta última postura nos parece con creces más acertada.

Otro punto se relaciona con la reforma de la LRPA, pues al tiempo en que se discutió ésta en el Congreso Nacional ya se tenía conocimiento (o por lo menos se pudo haber tenido) de las críticas e inconvenientes expuestas por los partidarios de ambas posturas, que la desacertada redacción de la mencionada agravante generaba, por lo que se presentaba una excelente oportunidad para derogar la disposición y cambiarla por una que hiciera eco de tales observaciones. Pero contrario a todo lo esperable, el legislador de la LRPA sólo se limitó, como se vio, a derogar el inciso primero de esa disposición, dejando intacta la redacción del otrora inciso segundo, hoy inciso único. Nos parece que esta toma de posición por parte del legislador implica una aceptación del yerro que implica mantener el concepto de *responsable* en la agravante, reconociendo que aquella palabra significa lo que su sentido natural y obvio dicta, aun cuando los resultados de su aplicación son evidentemente indeseados<sup>44</sup>.

Finalmente, creemos que la pretensión de los autores que defienden la interpretación extensiva de la disposición, en el sentido de hacer que los Jueces apliquen la agravante conforme a su concepción, contraviene los principios fundamentales del Estado de Derecho y la separación de poderes, pues aceptarlo así implica que se le otorga a la judicatura facultades legislativas positivas y correctoras de la Ley, sólo porque, como expone Cury,

---

<sup>44</sup> Adiciona a este argumento el hecho de que, por la Ley N°20.140 de fecha 30 de diciembre de 2006, que estatuye la nueva figura de *hurto falta*, se establece una agravante de casi idéntica factura a la del artículo 72 del CP, pero abandonando el legislador el término *responsable* cambiándolo por *participen*, palabra evidentemente más acertada e idónea para la interpretación deseada.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

los resultados de la postura contraria resultarían absurdos. Lo absurdo o sensato de la Ley no puede ser razón para otorgarle a los Tribunales de Justicia poderes que por la Constitución están dados a otros poderes públicos.

No obstante, discordamos con el autor en lo referido a la definición que hace de *responsable*, o más acertado aun, de *responsabilidad*, que relaciona este concepto con la idea de estar obligado a soportar las sanciones o penas que se impongan. Estimamos que, como señala Rodríguez: “el concepto de responsabilidad penal no puede ser referido a la idea obligación, al menos no en el sentido que este término posee en el binomio obligación – derecho subjetivo”.<sup>45</sup>

Pues, cuando se impone una sanción penal estatal, en realidad no se hace uso de un derecho sino de una potestad, en el sentido de que el Estado se atribuye el poder de sancionar para proteger a la sociedad de los atentados que pudieren afectarla<sup>46</sup>.

Esto genera en consecuencia que el individuo, en este caso el mayor de catorce años y menor de dieciocho años involucrado en un hecho delictual, no esté sujeto a una obligación de soportar la pena sino que está colocado en una situación de sometimiento al poder estatal, hasta el punto que su voluntad resulta sencillamente anulada<sup>47</sup>.

Ahora bien, se podría decir que la defensa de esta tesis en el presente trabajo, trae aparejada una contradicción con lo dicho arriba respecto al fundamento de la agravante, pues, si la *ratio essendi* de ésta se encuentra en sancionar el aprovechamiento de la vulnerabilidad de carácter, en el desprecio por el desarrollo psico-social del menor atraído hacia la criminalidad por un adulto, lógico resultaría entonces que la misma tenga una amplitud tal que permita dar cobertura a todo supuesto que caiga dentro de esa justificación, lo que aquí no se ha aceptado.

En respuesta a lo anterior, creemos en primer lugar que el convenir aquí respecto del fundamento descrito no conlleva necesariamente una aceptación a desatender el alcance interpretativo de la figura: Es la estructura de ésta la que permite apreciar cuál ha sido la valoración legislativa en torno a los cimientos de la misma, y no a la inversa.

De otro lado, esa contradicción hecha ver es más aparente que real. Sin lugar a dudas, el artículo 72 CP, respecto de los menores actualmente imputables en Chile, está en absoluta armonía con el fundamento que defendemos, pues se trata de adolescentes responsables por el delito que cometen, pero que han formado parte de aquél producto de la influencia ejercida por un mayor de edad. La hipótesis conflictiva se centra entonces en los menores penalmente inimputables en la actualidad, los que están bajo los catorce años de edad. Estimamos que la explicación en este caso se debe apreciar a la luz de lo brevemente adelantado a propósito de la autoría mediata.

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ, “Naturaleza y fundamento”, cit. nota n° 11, p. 405.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ, “Naturaleza y fundamento”, cit. nota n° 11, p. 405.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ, “Naturaleza y fundamento”, cit. nota n° 11, p. 405.

En efecto, como expusimos anteriormente, las hipótesis de autoría mediata, cuando se ven involucrados menores de catorce años, no quedan inscritos en la agravante del artículo 72. Si Cury excluye esta manera de intervención por las razones que se transcribieron arriba, es porque parece reconocer –al menos implícitamente– que al no aparecer responsable el menor inimputable e instrumentalizado, una de las circunstancias para la verificación de la autoría mediata, no se puede exasperar la pena por esta circunstancia. Esta conclusión parece ser la que sugiere Cerda cuando cita a Gustavo Labatut<sup>48</sup>, quien expone:

“Por desgracia, esta disposición en los términos en que está redactada, no considera la autoría mediata –tan frecuente en la práctica–, en que el participante interviene en la perpetración de un hecho punible, sirviéndose como instrumento, de menores quienes no afecta responsabilidad criminal.”

Estimamos que, la razón por la que este sector doctrinal niega la aptitud agravatoria del precepto en aquellos casos es porque, por los términos que ha sido planteada, la agravante solo buscaría proteger un específico momento del desarrollo psicosocial del joven: La pubertad y adolescencia, rango etario que coincide –con mayor o menor precisión– con el periodo en que se comienza a ser responsable penalmente. De esta forma, con la argumentación aquí defendida, se puede hacer la escisión clara entre un caso en que propiamente hay un prevalimiento del mayor respecto de un adolescente responsable, y otro en que, por ejemplo, hay una utilización de un recién nacido o un niño de pocos años de edad en el cual se esconde entre sus ropas, algún bien hurtado de un supermercado con el objeto de evitar la detección y revisión de los guardias de seguridad.

Como reflexión final, y de *lege ferenda*, compartimos la crítica de fondo que la postura contraria ha realizado a la disposición, y en ese sentido, resulta evidente que una reforma al artículo es necesaria. Quizás una opción viable es suprimirla, para incluirla en una agravante amplia que englobe no solo el supuesto de minoría de edad, sino todos aquellos que involucran a algún inimputable<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> LABATUT, Gustavo, “Modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N° 11.183 y Proyecto sobre estados antisociales y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 36, octubre-diciembre, Año XXI (1953), pp. 479-496, p. 481, citado por CERDA, “¿Siempre se agrava”, cit. nota n° 20, p. 426.

<sup>49</sup> Se ofreció en su momento una técnica legislativa similar a la expresada, en el Anteproyecto de Código Penal chileno, para una revisión más a fondo de aquello véase RAMÍREZ, María Cecilia, “Anteproyecto de Código penal: Hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”, en: RODRÍGUEZ, Luís (Dir.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Santiago: Editorial Jurídica, 2008, pp. 283-306, pp. 284-286; En el derecho colombiano existe una cláusula de similar tenor, para un mayor análisis VELÁZQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general, t.2*, Santiago: Editorial Jurídica, 2009, pp. 1311-1312. De otro lado, una agravante como la aquí propuesta ya encuentra recepción positiva en el artículo 19, letra e), de la Ley N°20.000, aumentando la pena en un grado si el delito que sanciona esa Ley se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal.

### 3.4. La apreciación en conciencia.

Un último punto a analizar, de carácter procesal, es la facultad que otorga el legislador al juez para apreciar en conciencia la prueba relativa al elemento *haberse prevalido del menor de edad*.

La apreciación en conciencia de la prueba, conforme se entiende en la actualidad por la doctrina,<sup>50</sup> es coincidente, desde un punto de vista conceptual, a la valoración que se hace bajo el sistema de persuasión racional, más conocido como sistema de sana crítica. La declaración legislativa que facultaba al juez para una apreciación bajo esa sistemática resultaba atendible y prudente en un modelo de procedimiento penal que contaba dentro de sus elementos característicos con una valoración tasada o legal de la prueba. Frente a ese escenario no resultaba ocioso estipular normativamente la licencia en lo que a ponderación probatoria se refería.

Sin embargo, en la actualidad dicha autorización queda vacía de un contenido relevante, puesto que con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el juez, en términos generales, está obligado legalmente a apreciar los elementos fácticos del delito (y de las circunstancias modificatorias) bajo los parámetros que componen la sana crítica, de manera que, lo que en su momento fue una concesión aislada, hoy es un imperativo en la ponderación de la prueba rendida en sede penal. Con esto, entendemos que cualquier pretensión interpretativa que arribe a un resultado diverso al expuesto debe ser desechada desde ya, pues implicaría una vulneración de las normas reguladoras de la prueba.

### 4. Efectos.

En lo tocante a sus efectos en el proceso de concreción punitiva, se advierte de la literalidad del artículo que éste tiene un poder agravatorio considerable, aumentando en un grado la penalidad del mayor de edad si se verifican los supuestos fácticos. Compartimos aquí los dichos de Cury, Garrido y Etcheberry, quienes aprecian que, producto de las consecuencias especiales de la circunstancia, ésta se sustrae del régimen general de las circunstancias modificatorias y su intervención en el proceso de determinación de la pena.<sup>51</sup> En razón de lo anterior estimamos que no puede ser sometida al proceso de compensación racional con alguna atenuante, sea cual sea su entidad o clasificación, ya que su morfología propia resulta incompatible con la operatividad de dicha figura<sup>52</sup>.

Teniendo claro lo dicho, es oportuno preguntarse sobre el momento, dentro de la cuantificación del castigo, en que la agravante debe ser aplicada. Si se observa con detención la especial redacción que posee el artículo, se advertirá que ésta dispone que al mayor se le aplicará la pena que le hubiera correspondido sin que se verificase acaso el hecho de que tanto menores de dieciocho como mayores de edad aparecieran responsables

<sup>50</sup> Véase, LEPÍN, Cristián, “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319 (2007), pp.7-13, p. 9.

<sup>51</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 515, GARRIDO, *Derecho Penal*, cit. nota n° 6, p. 244. y ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 17, p.43.

<sup>52</sup> En este sentido, MATUS/VAN WEEZEL, “Artículos 50 a 73”, cit. nota n° 21, p.380.

del mismo delito, pero aumentada en un grado. Esto parece indicar que la circunstancia cumple una función *ex post* a la aplicación de las reglas generales de los artículos 65 a 68 *bis* del CP<sup>53</sup>, es decir, luego de que se han ponderado todas las circunstancias agravantes y atenuantes que conforme a los artículos citados admiten ese tratamiento, recién se realizará el aumento de pena prescrito por el artículo<sup>54</sup>.

## 5. Compatibilidades y comunicabilidad.

Corresponde examinar ahora la relación de la circunstancia del artículo 72 del CP con otras agravantes que contempla el Código, para luego, adentrarnos en la figura de la comunicabilidad de la misma a los partícipes.

En primer lugar, una circunstancia que se ha visto profusamente tratada por la doctrina nacional en cuanto a su relación con esta agravante es la que contempla el artículo 456 *bis* N°3 del CP. Esta norma, establecida a propósito de las disposiciones comunes al hurto y al robo (párrafo 5, del Título IX, Libro II) señala: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes, 3°. Ser dos o más malhechores”.

No es el objetivo de este trabajo analizar en profundidad los problemas que por sí sola tiene asociada esta agravante, por lo que no entraremos a estudiarla en detalle; empero, sí debemos hacernos cargo del supuesto en que, dentro de un delito de hurto o robo en el que intervienen dos o más personas, una de aquellas resulta ser menor de dieciocho años.

En la doctrina que ha tratado este tópico en particular, encontramos que hay consenso en excluir a la agravante de la pluralidad de malhechores, dando exclusiva aplicación a la del artículo 72 del CP. Entre otros autores<sup>55</sup>, Guillermo Oliver<sup>56</sup> señala que, verificándose los elementos de ambas circunstancias, la agravante que involucra a los menores desplaza, por especialidad, a la del 456 *bis* N° 3. Cerda<sup>57</sup> sostiene la misma postura apoyándose en una argumentación similar, indicando que en virtud del principio *non bis in idem* manifestado en el criterio de especialidad dentro de la teoría del concurso aparente de leyes penales, sólo corresponde darle aplicación al artículo 72 del CP<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Un fallo que secunda lo dicho es el dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en causa 39-2009, de fecha 11 de septiembre de 2009, que en su considerando 6° señala “. Los arts. 65 a 70 no les son aplicables porque están sujetas a las disposiciones antes citadas” refiriéndose a los artículos 71, 72 y 73 CP. Aun cuando la sentencia razona respecto de las eximentes incompletas y su regulación dentro del contexto de determinación de la pena, nos parece aplicable el tratamiento que expone a la agravante que analizamos en este trabajo.

<sup>54</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 17, p. 43. También MATUS/VAN WEEZEL, “Artículos 50 a 73”, cit. nota n° 21, p.380.

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, a CARNEVALI/KÄLLMAN, “La importancia”, cit. nota n° 12, p. 238.

<sup>56</sup> OLIVER, *Delitos*, cit. nota n° 13, p. 466. Cabe señalar que el autor entiende, acertadamente a nuestro parecer, que la exclusión de la circunstancia que él analiza no es absoluta y está sujeta a que el mayor efectivamente se prevalega del menor de dieciocho años, pues en caso de no verificarse aquello, retomaría vigencia la agravante de pluralidad de malhechores, descartando la del artículo 72 del CP.

<sup>57</sup> CERDA, “En los delitos”, cit. nota n° 26, p. 21

<sup>58</sup> Citando jurisprudencia que avala estos dichos, sostiene esta postura VARENS, Enzo, “Pluralidad de malhechores. Análisis crítico del artículo 456 bis N°3 del Código penal”, *Revistas de Estudios Ius Novum* N° 1 (2008), pp. 223-239, p. 238. Comparte también esta visión en torno al mismo principio CONTRERAS,

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

Mera, por su parte, señala que la jurisprudencia correctamente ha descartado la aplicación de la circunstancia relativa al hurto y robo, agravando la responsabilidad sólo con la de haberse prevalido de menores de edad<sup>59</sup>. Apoya el autor la postura jurisprudencial que establece al principio *non bis in idem*, como el elemento que prohibiría la aplicación conjunta de ambas circunstancias, pues un solo hecho no puede dar cabida a dos circunstancias modificatorias ya que se estaría agravando la responsabilidad dos veces por un mismo hecho, de manera que, en virtud del principio de especialidad, sólo se aplica la agravante que involucra a los menores de dieciocho<sup>60</sup>.

Sumamos a lo ya dicho el hecho de que, producto del fundamento ya establecido arriba, las circunstancias estudiadas no resultan compatibles, pues, si el *porqué* de la agravante de pluralidad es “la mayor facilidad con que actúan los sujetos en la comisión del delito”<sup>61</sup>, no puede aplicarse otra circunstancia que tenga a la base una misma razón, como por ejemplo la analizada en este estudio, ya que eso implicaría una agravación excesiva por un mismo hecho, algo vedado en el CP.

Otra agravante que se vincula con la del artículo 72 del CP es la expresada en el artículo 12 N° 11 del mismo texto, esto es, ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad. Creemos que, en virtud de la coincidencia de fundamentos, ambas circunstancias no pueden concurrir a la agravación de la responsabilidad. En efecto, la doctrina nacional ha entendido que la razón de ser del artículo 12 del CP viene dada por la expresión *auxilio* empleada en su redacción, esto quiere decir que, la agravante es tal por el hecho de facilitar, con la cooperación, la ejecución del delito<sup>62</sup>, y si eso es así, hacer concurrente esta agravante con la de prevalerse de menores de edad, en tanto efectivamente se ha prevalido de aquellas personas, vulneraría el principio *non bis in idem*<sup>63</sup>.

En tercer lugar, una circunstancia que se relaciona con la estudiada es la del artículo 368 *bis* N° 2 CP, la cual tiene el siguiente tenor:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes las siguientes: 2° Ser dos o más los autores del delito”.

Esta nueva figura fue introducida el año 2010 por la Ley N° 20.480 y como expresa el encabezado del artículo está dada para los delitos de los párrafos 5 y 6 del título séptimo, libro segundo del CP. Tener en cuenta esto es importante porque, por la naturaleza de los delitos que aquellos párrafos contienen, el fundamento que trasunta a la agravante es la

---

Lautaro, “Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto”, *Boletín del Ministerio Público* N°1 (mayo de 2001), pp. 71-78, p. 77.

<sup>59</sup> MERA, Jorge, *Hurto y Robo*, Santiago: Lexis Nexis, 2004, p.159.

<sup>60</sup> MERA, *Hurto*, cit. nota n° 59, p. 159.

<sup>61</sup> OLIVER, *Delitos*, cit. nota n° 13, p. 463.

<sup>62</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 17, p. 39.

<sup>63</sup> Se puede extrapolar aquí la argumentación defendida por Oliver, a propósito de la circunstancia de pluralidad de malhechores en OLIVER, *Delitos*, cit. nota n° 13, p. 463.

indefensión de la víctima frente a la actuación grupal<sup>64</sup>, pues a diferencia de otras agravantes similares, el ejercicio de las conductas delictuales está siempre dirigido a algún bien jurídico personal o no patrimonial<sup>65</sup>. Lo expresado permite concluir que entre la agravante del artículo 72 y la que ahora analizamos, es dable apreciar una aplicación conjunta de ambas circunstancias, pues a la diferencia de fundamentos no hay colisión entre las mismas, esto implica, no obstante, que se opere dentro del límite que significa la prohibición de doble valoración o *non bis in ídem*, concretizada en la regla del artículo 63 del CP.

Con todo, conviene tener presente lo expuesto por Rodríguez respecto de esta agravante. Del tenor literal que establece la circunstancia, se aprecia que ésta ha de tomar vigencia cuando sean dos o más autores de la conducta, descartándose las hipótesis de intervención a título de cómplice o encubridor. Señala, en consecuencia, que atendido el laxo alcance del artículo 15 CP, no bastará identificar la intervención delictual con alguno de los supuestos que dicha norma prescribe, ya que por mucho que se consideren autores al tenor de la misma, ciertas conductas no constituyen autoría sino que hipótesis de participación asimiladas<sup>66</sup>. La prevención anotada es pertinente para este trabajo porque es el mismo análisis del que se comentó en el apartado relativo a la determinación del prevalimiento en la perpetración. Así, tanto en la agravante específica como en la de esta ponencia debe coincidir que el menor adopte una conducta que signifique autoría en un sentido material, realizando la conducta típica total o parcialmente.

Finalmente, una agravante que se vincula con la del artículo 72 es la que contempla la Ley N° 20.000, en su artículo 19, letra e): “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal.”

Como se dijo en su oportunidad, la redacción de esta norma es mucho más inclusiva y abarca sin problemas los supuestos que son conflictivos para el artículo 72. A primera vista, pareciera existir una incompatibilidad entre ambas agravantes, pero conforme a la interpretación que se ha defendido en este trabajo, la circunstancia de la Ley N° 20.000 no tendría nunca una colisión normativa con la de prevalimiento, toda vez que en aquélla el agente, se ha valido de personas exentas de responsabilidad criminal, lo que respecto a la

---

<sup>64</sup> Así en RODRÍGUEZ, Luis, “Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil”, *Revista derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 1, vol. 26, (julio de 2013), pp. 145-166 p.158; SANTIBAÑEZ, María; VARGAS, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n°1 (2011), pp. 193-207 p. 203.

<sup>65</sup> Este argumento es utilizado por OLIVER, *Delitos*, cit. nota n° 13, pp. 461-462, para descartar como fundamento la mayor indefensión de la víctima en la agravante del artículo 456 bis N° 3 del CP, pues el hurto, delito al que le es aplicable esta circunstancia, es uno que sólo afecta intereses patrimoniales por lo que indefensión de la víctima estrictamente no hay. A *contrario sensu* al comprender el artículo 368 bis n°2 del CP sólo delitos sexuales que afectan intereses jurídicos personales, puede sostenerse que el fundamento aquí sí es válido.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ, “Criterios”, cit. nota n° 64, p. 157. En un sentido diverso, abogando por la interpretación de la norma en base al artículo 15 del CP, MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial, tomo I*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing, 2014, pp. 335-336.

inimputabilidad por edad, implicaría que se vale de menores de catorce años, hipótesis precisamente excluida del radio de acción de la agravante estudiada en este trabajo.

Respecto de la comunicabilidad de la agravante en estudio a los partícipes, debemos señalar que la doctrina ha descartado esta posibilidad si es que no se cumplen los requisitos necesarios. Así, es atendible lo dicho por Cury quien señala que producto de la exigencia de una característica personal, la mayoría de edad y de una especial actitud subjetiva, el prevalerse del menor, la agravante estudiada no sería comunicable a los partícipes en quienes no concurren copulativamente ambos requisitos<sup>67</sup>.

### **Conclusiones.**

1. De la estructura gramatical del precepto que estudiamos, se observa que el fundamento de éste es bipartito. Así, por una parte, la agravante envuelve un mayor reproche al agente que se prevale de jóvenes en la ejecución de la conducta típica, pues saca partido de la especial ductilidad de carácter que caracteriza a este grupo etario. Desde otro punto de vista, en la circunstancia un mayor desvalor de acción, ya que el mayor logra una actuación colectiva en la comisión del delito, lo que aumenta las probabilidades de éxito en la perpetración.

2. Desde un punto de vista temporal, se debe determinar la responsabilidad del menor de edad con anterioridad o de manera simultánea al momento en que se decida respecto de la responsabilidad del adulto. De esta manera entendemos que se colma la exigencia de que tanto el adulto como el joven infractor aparezcan como responsables del mismo delito.

3. La exigencia de prevalimiento del menor en la perpetración del delito, ha de entenderse como sinónimo del aprovechamiento que efectúa el adulto respecto de aquél en la ejecución del total o la parcialidad de la conducta típica. Teniendo clara esa premisa, podemos concluir que la agravante no resulta aplicable cuando se observa que el joven ha intervenido como cómplice o encubridor en el delito, lo cual también resulta extensivo a las hipótesis de participación asimiladas a autoría, contempladas en el artículo 15 CP. En esta misma línea, no ha de ser considerada esta circunstancia si de los hechos probados en juicio se observa que el menor no ha sido objeto de un aprovechamiento en pos de los fines del adulto.

4. El término *responsable* utilizado por el artículo 72 del CP debe ser entendido e interpretado en su sentido jurídico-penal, esto es, como la consecuencia que genera la comisión de un delito, que a su vez es punible y se ha determinado por una sentencia judicial. Esta afirmación se justifica no tan sólo por razones de carácter históricas, positivas y sistemáticas, todas las cuales propenden a dar un sentido restringido a dicha palabra, sino que también armoniza con una postura respetuosa de las garantías sustantivas en el ámbito penal. No obstante, la conclusión anterior no se contradice con la fundamentación expuesta en este trabajo, toda vez que es reflejo de una opción político-criminal que tiende a dar protección jurídico-penal a un específico sector etario que coincide con la edad en la que se

---

<sup>67</sup> CURY, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 516. En el mismo sentido BULLEMORE/MACKINNON, *Curso de Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 232.

comienza ser responsable penalmente, situación que se vería refrendada por la exclusión que observa cierto sector doctrinal de las hipótesis de autoría mediata del campo de acción de la agravante estudiada en este trabajo.

5. La autorización legislativa concedida al juez para apreciar la prueba en conciencia respecto del prevalimiento sobre el menor, entendida esta a su vez como una valoración probatoria a través de las reglas constitutivas de la sana crítica, carece de relevancia procesal. Lo anterior se explica por el imperativo general que establece el Código Procesal Penal para el juez, por el cual debe apreciar toda la prueba rendida en juicio conforme a dicho estándar.

6. La agravante en estudio no se somete al proceso de compensación racional de circunstancias, pues su estructura impide que se someta a tal procedimiento. De otro lado, y por la particular redacción del precepto, los efectos agravatorios del mismo deben aplicarse una vez practicada las operaciones de determinación penológica generales, previstas en los artículos 65 a 68 bis del CP.

7. El artículo 72 CP no es compatible en su aplicación con las agravantes contempladas en los artículos 456 *bis* N°3 del CP, 12 N°11 del CP. La coincidencia de fundamentos y la prohibición de incurrir en doble agravación punitiva, permiten decantarse –aplicando el principio de especialidad– por la agravante estudiada en este trabajo. Distinto es el escenario respecto de la circunstancia contenida en el artículo 368 *bis* N°2 CP. Como se explicó en su oportunidad, entre las dos no existe en estricto rigor una colisión de fundamentos, por lo que no se advierte un impedimento para la concurrencia simultánea de ambas. En cuanto al artículo 19, letra e) de la Ley N°20.000, el conflicto aparente, ya que este precepto trabaja sobre la base de personas exentas de responsabilidad, hipótesis que la norma estudiada no abarca.

8. Finalmente, se coincide en esta ponencia con la doctrina que observa una incomunicabilidad de esta circunstancia, ya que la exigencia de mayoría de edad respecto del agente y del conocimiento que éste debe tener de la minoría de edad del prevalido, impiden una traslación de la misma a los partícipes en quienes no concurren copulativamente tales elementos.

POLANCO, Daniel. “Estudio sobre la agravante del artículo 72 del Código Penal: Prevalerse de un menor de edad. Análisis de sus elementos y aplicación”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, Manuel, *Responsabilidad Criminal, circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal, Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch Editor, 2007.
- BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de Derecho penal, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Lexisnexis, 2007, p. 232.
- CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva, “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal”, *Polít. Crim.* n° 4 (2007). D1, pp. 1-24, en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf) [visitado el 28.06.2015].
- CERDA, Mario, “¿Siempre se agrava la responsabilidad de los mayores de 18 años que cometen delitos en unión con menores de edad?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 93, julio-septiembre, año XXIII (1955), pp.423-426.
- \_\_\_\_\_, “En los delitos de Hurto y de Robo cometidos por un mayor conjuntamente con un menor ¿concurren, el aumento de penas del inciso 2° del artículo 72 y la agravante del N° 3 del artículo 456 bis, del Código penal?”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 119, enero-marzo, año XXX (1962), pp.13-22.
- CONTRERAS, Lautaro, “Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto”, *Boletín del Ministerio Público* N°1 (mayo de 2001), pp. 71-78.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, *Actas de las sesiones de la comisión redactora del Código penal chileno*, Santiago: Imprenta de la república de Jacinto Núñez, 1873, en: RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del código penal chileno*, Valparaíso: EDEVAL, 1974.
- CURY, Enrique, “Comentario a sentencia de Corte Suprema de 10 de abril de 1959. Delito continuado. Agravante del Artículo 456 bis N°3. Alcance de la voz ‘responsable’ en la disposición del Artículo 72 inciso 2° del Código Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, 3ª Época, N°1, Tomo XVIII, enero – abril (1959), pp. 46-53.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Penal, parte general*, 10ª edición, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile Santiago, 2011.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, parte general, tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1998.
- \_\_\_\_\_, *El Derecho penal en la jurisprudencia, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1987.
- FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno* Lima: Imprenta comercial calle del Huallaga, 1883.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2005.
- LABATUT, Gustavo, “Modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N° 11.183 y Proyecto sobre estados antisociales y medidas de seguridad”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 36, octubre-diciembre, Año XXI (1953), pp. 479-496.
- LEPÍN, Cristián, “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319 (2007), pp. 7-13.

- MATUS, Jean Pierre (Dir.), *Código penal sistematizado con jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
- MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial, tomo I*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing, 2014.
- MATUS, Jean Pierre; VAN WEEZEL, Alex, “Artículos 50 a 73”, en: POLITOFF, Sergio; ORTÍZ, Luis (dirs.); MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Texto y comentario del Código penal chileno, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica, 2009, pp. 323-382.
- MERA, Jorge, *Hurto y Robo*, Santiago: Lexis Nexis, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Artículo 72” en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs.), *Código penal comentado, parte general, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot, 2011, pp. 623-624.
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, *Boletín estadístico anual*, Santiago: 2015.
- NOVOA, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, tomo II*, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2005.
- OLIVER, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Santiago: Legal Publishing, 2013.
- RAMÍREZ, María Cecilia, “Anteproyecto de Código penal: Hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes”, en: RODRÍGUEZ, Luis (Dir.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Santiago: Editorial Jurídica, 2008, pp. 283-306.
- RODRÍGUEZ, Luis, “Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil”, *Revista derecho de la Universidad Austral de Chile*, n°1, vol. 26 (julio de 2013), pp. 145-166.
- \_\_\_\_\_, “Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal”, *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar*, n°8 (2012), pp. 145-172.
- \_\_\_\_\_, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°34, 1º semestre (2011), pp.397-428.
- SALINERO, Carmen, “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificatorias” en: ARROYO, Luis; BERDUGO, Ignacio (Coords.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 1 (2001), pp. 1297-1325.
- SANTIBAÑEZ, María; VARGAS, Tatiana, “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (ley n° 20.480)”, *Revista Chilena de Derecho*, n°1, vol. 38 (2011), pp. 193-207.
- VARENS, Enzo, “Pluralidad de malhechores. Análisis crítico del artículo 456 bis N°3 del Código penal”, *Revistas de Estudios Ius Novum*, n°1 (2008), pp. 223-239.
- VELÁZQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general, t.2*, Santiago: Editorial Jurídica, 2009.
- VERA, Robustiano, *Código penal de la República de Chile*, Santiago: P. Cadot i Ca, 1883.