

MINISTERIO DE JUSTICIA
COMISIÓN DE REVISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL (2018)

MINUTA PARA EL ANÁLISIS DEL TÍTULO IX DEL LIBRO SEGUNDO
(DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS)

Juan Domingo Acosta

Sumario

- I. Textos comparados
- II. Comentario
- III. Texto propuesto

I. Textos comparados

ANTEPROYECTO 2013	PROYECTO 2014	ANTEPROYECTO 2015
LIBRO SEGUNDO	LIBRO SEGUNDO	LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL
Título X Delitos contra el orden de la familia	Título Delitos contra el orden de la familia	Título IX Delitos contra el orden de las familias
<p>§ 1. Sustitución, entrega ilegal y adopción ilegal de niños</p> <p>Art. 415. <i>Sustitución de niño.</i> El que sustituyere a un menor de 18 años por otro, poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural, será sancionado con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si la sustitución fuera realizada imprudentemente por el encargado de la identificación o custodia del niño, será sancionado con multa o reclusión.</p>	<p>§ 1. Sustitución, entrega ilegal y adopción ilegal de niños</p> <p>Art. 412. <i>Sustitución de niño.</i> El que sustituyere a un menor de 18 años por otro, poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural, será sancionado con multa, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si la sustitución fuera realizada imprudentemente por el encargado de la identificación o custodia del niño, será sancionado con multa o reclusión.</p>	<p>Art. 368. <i>Sustitución de niño.</i> El que sustituyere a un niño por otro, produciendo confusión de identidad entre ambos, será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si la sustitución fuere realizada imprudentemente será sancionado con multa, libertad restringida o reclusión.</p>

<p>Art. 416. <i>Entrega ilegal de niño.</i> El que entregare a otro un hijo u otro descendiente, o a un menor de 18 años que tuviere a su cargo con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, con infracción de los procedimientos legales relativos al cuidado personal, la tuición o la adopción, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p>	<p>Art. 413. <i>Entrega ilegal de niño.</i> El que entregare a otro un hijo u otro descendiente, o a un menor de 18 años que tuviere a su cargo con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, con infracción de los procedimientos legales relativos al cuidado personal, la tuición o la adopción, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p>	<p>Art. 369. <i>Entrega ilegal de niño.</i> El que con vulneración de los procedimientos previstos por la ley, entregare a otra persona un hijo u otro descendiente, o un menor de 18 años que tuviere a su cargo, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Si el hecho tuviere lugar habiendo mediado el ofrecimiento o el suministro de un beneficio económico, se tendrá por concurrente una agravante muy calificada.</p>
<p>Art. 417. <i>Obtención ilegal de niño.</i> El que mediante engaño, abuso de confianza o el pago de un precio obtuviere la entrega de un menor de 18 años para sí o para otro, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, o lograr su adopción, será sancionado</p>	<p>Art. 414. <i>Obtención ilegal de niño.</i> El que mediante engaño, abuso de confianza o el pago de un precio obtuviere la entrega de un menor de 18 años para sí o para otro, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, o lograr su adopción, será sancionado</p>	<p>Art. 370. <i>Obtención ilegal de niño.</i> El que mediante engaño o abuso de autoridad o de confianza obtuviere la entrega de un menor de 18 años para sí o para otra persona, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, o lograr su adopción, será</p>

con prisión de 3 a 5 años.	con prisión de 3 a 5 años.	sancionado con prisión de 1 a 3 años. La misma pena se impondrá a quien, fuera de los casos previstos por la ley, obtuviere la entrega del menor para sí o para otro mediante la promesa de entregar o motivado por la promesa de un beneficio económico.
<p>§ 2. Reglas comunes</p> <p>Art. 418. <i>Tentativa.</i> La tentativa de los delitos previstos en el párrafo precedente es punible.</p> <p>Constituye tentativa del delito de entrega ilegal de niño ocultar con esa finalidad el nacimiento de un hijo a la autoridad y ofrecer o prometer la entrega del menor de 18 años.</p> <p>Constituye tentativa del delito de obtención ilegal de niño ofrecer o prometer el pago de</p>	<p>§ 2. Reglas comunes</p> <p>Art. 415. <i>Tentativa.</i> La tentativa de los delitos previstos en el párrafo precedente es punible.</p> <p>Constituye tentativa del delito de entrega ilegal de niño ocultar con esa finalidad el nacimiento de un hijo a la autoridad y ofrecer o prometer la entrega del menor de 18 años.</p> <p>Constituye tentativa del delito de obtención ilegal de niño ofrecer o prometer el pago de</p>	

un precio para obtenerlo. La aceptación de esa oferta o promesa cuenta como intervención en la tentativa.	un precio para obtenerlo. La aceptación de esa oferta o promesa cuenta como intervención en la tentativa.	
Art. 419. <i>Proposición.</i> La proposición de cometer el delito de obtención ilegal de niño es punible cuando se solicita el pago de un precio o contraprestación por facilitar la entrega de un menor de edad para los mismos fines, a menos que se trate de servicios profesionales asociados a procedimientos legales relativos a su cuidado personal, tuición o adopción.	Art. 416. <i>Proposición.</i> La proposición de cometer el delito de obtención ilegal de niño es punible cuando se solicita el pago de un precio o contraprestación por facilitar la entrega de un menor de edad para los mismos fines, a menos que se trate de servicios profesionales asociados a procedimientos legales relativos a su cuidado personal, tuición o adopción.	
Art. 420. <i>Agravantes.</i> En los casos de los artículos 416 y 417 el tribunal estimará la concurrencia de una agravante calificada si se pusiere en peligro al menor de edad o se pretendiere su salida del país.	Art. 417. <i>Agravantes.</i> En los casos de los artículos 413 y 414 el tribunal estimará la concurrencia de una agravante calificada si se pusiere en peligro al menor de edad o se pretendiere su salida del país.	Art. 371. <i>Agravante.</i> En los casos de los artículos 369 y 370, se tendrá por concurrente una agravante calificada si se persiguere la salida del país del niño.

<p>En el caso del artículo 416 el tribunal estimará la concurrencia de una agravante muy calificada si hubiere mediado oferta o pago de un precio.</p>	<p>En el caso del artículo 413 el tribunal estimará la concurrencia de una agravante muy calificada si hubiere mediado oferta o pago de un precio.</p>	
<p>Art. 421. <i>Atenuante</i>. En el caso del artículo 416 el tribunal podrá estimar la concurrencia de una atenuante muy calificada si se cometiere el delito con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado o protección del menor de edad.</p> <p>Lo dispuesto en el presente artículo no procederá en el caso previsto en el inciso segundo del artículo precedente.</p>	<p>Art. 418. <i>Atenuante</i>. En el caso del artículo 413 el tribunal podrá estimar la concurrencia de una atenuante muy calificada si se cometiere el delito con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado o protección del menor de edad.</p> <p>Lo dispuesto en el presente artículo no procederá en el caso previsto en el inciso segundo del artículo precedente.</p>	

II. Comentario

1. Los textos del AP 2013 y del AP 2014 son idénticos.
2. **Epígrafe del Título.** En los AP 2013-14 se utiliza la expresión “*orden de la familia*” en singular (en consonancia con el artículo 1° inciso 2° CPR), en tanto que en el AP 2015 se emplea el mismo enunciado, pero en plural (como en el Título VII del Libro II CP vigente). La decisión no es especialmente relevante, sin perjuicio de que la fórmula en plural refleja de mejor forma la existencia de distintos tipos de familias. **Recomendación:** utilizar el enunciado en plural.
3. **Párrafos.** Los AP 2013-14 dividen el título en dos párrafos, el primero para enunciar los tipos penales y el segundo sobre reglas comunes. **Recomendación:** dado que más adelante propongo mantener parcialmente una norma sobre tentativa y dos disposiciones relativas a agravantes y atenuantes, es preferible que existan dos párrafos.
4. **Sustitución de niño (forma dolosa)** (art. 415. inciso 1° AP 2013 y art. 368 inciso 1° AP 2015): las diferencias más importantes son: (i) en los AP-2013-14 el sujeto pasivo es un menor de edad, en tanto que la Comisión AP 2015 acordó restringirlo a quien es niño (menor de 7 años) porque la conducta sólo es relevante tratándose de recién nacidos y otros lactantes, a cuyo respecto pueden existir dificultades de identificación, solución que me parece adecuada. **Recomendación:** seguir el AP 2015; (ii) el AP 2015 construye la figura como tipo penal de resultado: “*produciendo confusión de identidad entre ambos*”, en tanto que el AP 2013-14 lo hace con la técnica propia de un delito de peligro y con dos presupuestos alternativos de riesgos: “*poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural*”. Estimo que exigir el delito como de resultado restringe en demasía la aplicación del tipo penal, al menos desde el punto de vista de su consumación. **Recomendación:** seguir loa AP 2013-14.

3. ***Sustitución de niño (forma imprudente)*** (art. 415. inciso 2° AP 2013 y art. 368 inciso 2° AP 2015) En este caso la solución es la inversa, pues los AP 2013-14 son más estrictos que el AP 2015 (los primeros exigen que la conducta se realice: “*por el encargado de la identificación o custodia del niño*” en tanto que el AP 2015 es abierto). Recomendación: seguir los AP 2013-14 dada la es razonable exigir una condición de garante para afirmar la punibilidad de la imprudencia..

4. ***Entrega ilegal de niño*** (art. 416 AP 2013 y art 369 AP 2015): No hay diferencias de fondo entre los anteproyectos, aun cuando me parece preferible la redacción del AP 2015. En cuanto a la agravante de actuar por móvil económico, el AP 2013 la considera en el artículo 420 del párrafo 2°, en tanto que el AP 2015 la incorpora como inciso 2° del artículo 369. Respecto de la agravante de actuar para perseguir la salida del país del menor, el AP 2015 la contiene en el art. 371. Recomendación: seguir el AP 2015, con adecuaciones en el texto.

5. ***Obtención ilegal de niño*** (art. 417 AP 2013 y art. 370 AP 2015): Las diferencias entre los AP 2013-14 y el AP 2015 son de menor entidad: (i) en lo sistemático, el AP 2015 incorpora la hipótesis del móvil económico como inciso 2°, en tanto que los AP 2013-14 lo hacen en el inciso único; (ii) me parece mejor la fórmula “*mediante la promesa de entregar un beneficio económico o motivado por la promesa de recibirlo*” (AP 2015) que “*mediante... el pago de un precio*” (AP 2013-14) que se podría interpretar como una exigencia de pago efectivo. Recomendación: seguir el AP 2015.

6. ***Tentativa*** (art. 418 AP 2013): en el AP 2015 no es necesario afirmar caso a caso la punibilidad de la tentativa (artículo 27 del AP 2015), que es la solución adoptada en el AP en preparación. En cambio, sí me parece conveniente que exista una norma que especifique casos de tentativa, como lo hacen los AP 2013-14. Recomendación: seguir el modelo de los AP 2013-2014, sin necesidad de afirmar la punibilidad de la tentativa.

7. ***Proposición*** (art. 419 AP 2013): El AP 2015 –al igual que el AP en preparación- no consulta en términos generales la punibilidad de la proposición y por eso no existe norma sobre la materia en este título. Recomendación: seguir el AP 2015, además de que a mi juicio la norma sobre especificación de actos constitutivos de tentativa, queda suficientemente resguardada la punibilidad de la ejecución imperfecta de estos delitos.

8. **Agravantes** (art. 420 AP 2013 y art. 371 AP 2015) en lo referente al inciso 1º: los AP 2013-14 contienen dos hipótesis agravatorias: cuando se pone en peligro al menor y cuando se persigue la salida del país del menor. El AP 2015 suprimió la primera porque se estimó de concurrir habría en realidad un concurso con el delito de exposición a un peligro grave (art. 219), lo que es atendible. Respecto del inciso 2º: el AP 2015 incluye esta agravante como inciso 2º del artículo 369. **Recomendación:** seguir la fórmula del AP 2015, con adecuaciones en el texto.

9. **Atenuante** (art. 421 AP 2013) El AP 2015 eliminó la atenuante porque a la situación que se regula podrían ser aplicables causas de exclusión de la ilicitud o atenuantes generales (artículo 76 AP 2015 “*Situación de necesidad apremiante*” (art. 79 maestro). En el primer caso no opera la atenuante y en el segundo, el presupuesto de la atenuante especial-parte especial es más amplio que la atenuante especial-general, ya que no exige una situación de necesidad apremiante sino solo actuar con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado o protección del menor de edad. Además, la atenuante especial-general puede considerarse como calificada o muy calificada, en tanto que la especial-parte especial es siempre muy calificada. En mi opinión, la regla de los AP 2013-14 es razonable. **Recomendación:** seguir la fórmula de los AP 2013-14, con ajustes de redacción.

III. Texto que se propone

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO IX

DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS

§ 1. Sustitución, entrega ilegal y adopción ilegal de niños

Art. 1. *Sustitución de niño.* El que sustituyere a un niño por otro, poniendo en riesgo su identificación o la inscripción de su nacimiento conforme a su filiación natural, será sancionado con (multa, reclusión o prisión de ... a ... años).

Si la sustitución fuera realizada imprudentemente por el encargado de la identificación o custodia del niño, será sancionado con (multa, libertad restringida o reclusión).

Art. 2. *Entrega ilegal de niño.* El que con vulneración de los procedimientos previstos por la ley, entregare a otra persona un hijo u otro descendiente, o un menor de 18 años que tuviere a su cargo, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, será sancionado con (reclusión o prisión de 1 a 3 años).

Si el hecho tuviere lugar habiendo mediado el ofrecimiento o el suministro de un beneficio económico, se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente al hecho.

Art. 3. *Obtención ilegal de niño.* El que mediante engaño o abuso de autoridad o de confianza obtuviere la entrega de un menor de 18 años para sí o para otra persona, con la finalidad de constituir o modificar su estado civil, o lograr su adopción, será sancionado con (prisión de 1 a 3 años).

La misma pena se impondrá a quien, fuera de los casos previstos por la ley, obtuviere la entrega del menor para sí o para otro mediante la promesa de entregar un beneficio económico o motivado por la promesa de recibirlo.

§ 2. Reglas comunes

Art. 4. *Tentativa.* Constituye tentativa del delito de entrega ilegal de niño ocultar con esa finalidad el nacimiento de un hijo a la autoridad y ofrecer o prometer la entrega del menor de 18 años.

Constituye tentativa del delito de obtención ilegal de niño ofrecer o prometer el pago de un precio para obtenerlo. La aceptación de esa oferta o promesa cuenta como intervención en la tentativa.

Art. 5. *Agravante.* En los casos de los artículos 2 y 3, se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente a la persona del responsable si se persiguere la salida del país del niño.

Art. 6. *Atenuante.* En el caso del artículo 2 el tribunal podrá estimar la concurrencia de una atenuante muy calificada si se cometiere el delito con el fin de favorecer mejores condiciones para el cuidado o protección del menor de edad.

Lo dispuesto en el presente artículo no procederá en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 2.