**INFORME DE ASESORÍA EXTERNA**

**AL SENADOR MANUEL JOSÉ OSSANDÓN**

**ABOGADO ALBERTO JARA A.**

**ACTIVIDADES ABRIL DE 2017**

**Minuta**

**Proyecto que crea la Defensoría de la Niñez**

**Boletín Nº 10.584-07**

|  |
| --- |
| Autor: Presidenta de la República (22 marzo de 2016)  Estado: Primer trámite constitucional y discusión particular |

***Contenido del proyecto:***

* El objetivo del proyecto es crear la **Defensoría de los Derechos de la Niñez**: una institución autónoma que vele por la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas que se encuentren en el país.
* El Defensor del Niño se encuentra directamente **vinculado a otras iniciativas** en tramitación: proyecto que crea el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y el proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez.
* El Defensor del Niño es una “**magistratura de opinión y persuasión”**, antes que una competencia de control vinculante. Pero sus preguntas deben ser respondidas y sus solicitudes tomadas en cuenta, con lo cual su labor no es simplemente simbólica, decorativa o sin efecto jurídico.
* Sus **principales funciones** serán:

1. **Difundir, promover, defender** **y proteger** los derechos de los niños y niñas.
2. **Derivar** al órgano competente, cuando corresponda, aquellas peticiones que reciba sobre asuntos que se le formulen. Podrá realizar recomendaciones específicas y no podrá pronunciarse sobre un asunto que se encuentre en trámite ante los Tribunales de Justicia o ante la Administración del Estado, salvo efectuar propuestas sobre aspectos generales y realizar informes o emitir opiniones en relación con la materia de que se trate.
3. **Intermediar o servir de facilitador** entre los niños y niñas y los órganos de la Administración del Estado y/o aquellas personas jurídicas de derecho privado que trabajen con niños.
4. **Requerir antecedentes o informes** cuando tome conocimiento, de oficio o a petición de parte, de posibles vulneraciones a los derechos de niños y niñas por actos u omisiones de las entidades.
5. **Emitir informes y recomendaciones** que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y niñas.
6. **Denunciar vulneraciones** a los derechos de los niños y niñas ante el órgano administrativo o judicial competente, según corresponda, remitiendo los antecedentes que funden dicha denuncia.
7. **Actuar como “amicus curiae”** ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito.
8. **Promover el cumplimiento** de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales.
9. **Promover la adhesión o ratificación** de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de niños y niñas.
10. **Visitar los centros de privación de libertad**, **centros residenciales de protección y cualquier lugar** en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos por parte del Estado.
11. **Recoger, facilitar y difundir** la opinión de los niños y niñas, promoviendo su respeto y consideración.
12. **Elaborar un informe anual sobre la situación de la infancia.**

* **Excepcionalmente el Defensor podrá**, en causas que involucren un interés social relevante y exijan pronta solución por su gravedad e importancia para los derechos de los niños y niñas, **deducir querellas**, siempre que se trate de estos delitos tipificados: sustracción de un menor, violación, estupro y otros delitos sexuales, homicidio, infanticidio y lesiones corporales.
* Los **principios rectores** de la Defensoría son tres: el interés superior del niño, el derecho a ser oído y la autonomía progresiva.
* Su **organización** estará a cargo de un **Defensor**, quien será su director y representante legal, y que **durará 8 años en su carg**o.
* La Defensoría tendrá, entre otras áreas, las siguientes: área de protección de derechos; área de promoción y difusión de derechos; y área de estudios.
* En el **nombramiento del Defensor** hay que decidir por dos propuestas:

1. **Propuesta Comisión Infancia:** la Comisión de Derechos Humanos del Senado propone una terna a la sala del Senado, la cual elegirá a uno de ellos por los ⅔ de los senadores en ejercicio. Preferible votar a favor de esta.
2. **Propuesta Comisión Hacienda:** el candidato lo propone el INDH en base a concurso público y aprueba el Senado por ⅔ de sus miembros en ejercicio.

* La Defensoría contará, además, con un **Consejo Consultivo**: en él estarán representados los niños y niñas, la sociedad civil y el mundo académico.
* La Defensoría tendrá el **financiamiento** que año a año le otorgue la Ley de Presupuestos, los aportes de cooperación internacional que reciba y las diversas donaciones muebles e inmuebles que le hagan.
* El personal de la Defensoría se regirá por las normas del Código del Trabajo (no por el estatuto administrativo).

***PRINCIPALES PUNTOS DE LA DISCUSIÓN PARTICULAR***

* Se discutió ampliamente cuáles serían las **funciones del Defensor**. Para Ossandón y Van Rysselberghe, el Defensor debía tener como misión principal la representación judicial de los niños y jóvenes vulnerados en sus derechos. El Gobierno, en cambio, apostaba porque el Defensor fuera una “magistratura de opinión y persuasión”, que emita recomendaciones y difunda los derechos de los niños. Finalmente, se impuso la visión del gobierno, pero se permitió que el Defensor excepcionalmente pueda, en causas que involucren un interés social relevante y exijan pronta solución por su gravedad e importancia, **deducir querellas**, siempre que se trate de los siguientes delitos tipificados: sustracción de un menor, violación, estupro y otros delitos sexuales, homicidio, infanticidio y lesiones corporales. ***Votar a favor de esto, porque es mejor que la idea que venía en el proyecto original del Gobierno.***
* Se discutió ampliamente la **obligación que tenía el Defensor de coordinarse** (obligatoriamente) en su accionar con otros organismos dedicados a los derechos humanos, entre ellos el INDH. Ossandón y Van Rysselberghe, basándose en el informe de la Corte Suprema, argumentaron que esa obligación de coordinación afectaba la autonomía institucional del Defensor, ya que ralentizaba o retrasaba su actuar frente a hechos que requieren pronunciamientos urgentes e inmediatos, donde no es posible consultar a otros organismos de derechos humanos. Era más burocracia. Esta postura se impuso en el debate, por lo que el Defensor ya no está obligado a coordinarse, sino que “puede” hacerlo si así lo desea. ***Votar a favor.***
* Se discutió ampliamente si los **principios rectores** u orientadores del actuar del Defensor (interés superior del niño, derecho a ser oído y autonomía progresiva) son absolutos, o deben conjugarse con el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos. Esto porque la autonomía progresiva del niño podría interpretarse como antagónica al rol formativo que le corresponde a las familias. ***Hay que apoyar la indicación de Espina que se va a reponer, donde se introduce el respeto al derecho de los padres para educar a sus hijos.***
* Un tema de gran debate fue el **mecanismo para nombrar al Defensor**. El proyecto original contemplaba que a la propuesta del INDH el Senado la aprobara por mayoría. Sin embargo, la Comisión acordó que ese nombramiento lo haga la Comisión de Derechos Humanos del Senado, quien propone una terna a la sala del Senado, la cual elegirá a uno de ellos por los ⅔ de los senadores en ejercicio. ***Apoyar esto.*** Sin embargo, la Comisión de Hacienda planteó una modificación, en donde es el INDH quien propone el nombre y el Senado aprueba por ⅔. LO importante acá es el quórum de ⅔; aún así, es mejor apoyar que proponga la Comisión DDHH, ya que esa votamos a favor en la comisión de infancia.

Santiago, 2 de mayo de 2017

Señor

Jorge Abbott Charme

Fiscal Nacional

Ministerio Público de Chile

**Presente**

**Ref.: Solicita requerir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el artículo 162 del Código Tributario**

De mi consideración:

Junto con saludarlo, vengo por este medio a solicitar de su parte que, si lo tiene a bien y en ejercicio de sus facultades, formule ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Tributario, referido a la exclusividad del Servicio de Impuestos Internos para ejercer la acción penal por los delitos tributarios.

Desde luego, el artículo 162 del Código Tributario, particularmente su inciso segundo, dispone expresamente que *“Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.”*.

A este respecto, es un hecho recientemente conocido que los fiscalizadores de la Dirección de Grandes Contribuyentes del Servicio de Impuestos Internos iniciaron hace un par de semanas un masivo proceso de notificación de actas de denuncia a empresas que habían sido vinculadas a pagos irregulares a políticos y que no contaban con querella o denuncia del organismo. Con estas acciones, el Director del Servicio, señor Fernando Barraza Luengo, decidió discrecionalmente perseguir sólo la responsabilidad administrativa derivada de estos ilícitos, y no penal, pues, a su juicio, la recaudación fiscal por esta vía sería significativamente mayor.

El Ministerio Público lamentó esta decisión, pues consideró que los ilícitos tributarios son delitos como cualquier otro delito en contra de la propiedad. Asimismo, se ha advertido un criterio ambiguo a la hora de determinar responsabilidades, por cuanto en algunas causas el Director del Servicio ha optado por la vía administrativa y en otros casos de similar naturaleza lo ha hecho por el camino penal. Enseguida, en su cuenta pública el Fiscal Nacional pidió a la Presidenta de la República que se le otorguen mayores atribuciones para llevar adelante investigaciones por delitos tributarios.

Sin embargo, cabe hacer presente que no es necesario esperar a que el Poder Ejecutivo envíe un mensaje presidencial que modifique la normativa existente al respecto. Ello por cuanto la actual norma del artículo 162 del Código Tributario, al radicar la exclusividad de la acción penal en el Servicio de Impuestos Internos por los delitos de naturaleza impositiva, vulnera abiertamente la Carta fundamental, con lo cual se vuelve susceptible de ser requerida de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, el artículo 162 del Código Tributario, al supeditar la investigación de los hechos constitutivos de delitos tributarios a la denuncia o querella que formule el Servicio de Impuestos Internos, transgrede abiertamente, tanto en su espíritu como en su letra, el artículo 83 de la Carta fundamental, que encomienda al Ministerio Público ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Por ello, sustraer al Ministerio Público del ejercicio de la acción penal por los delitos tributarios, privandole de legitimación activa y radicando su ejercicio con exclusividad en el Servicio de Impuestos Internos, contradice en el espíritu y en la letra a la Carta fundamental.

Adicionalmente, el artículo 162 del Código Tributario vulnera la igual protección ante la ley de que goza toda persona en el ejercicio de sus derechos (cfr. art. 19, Nº 3, de la Constitución). Ello porque la acción penal, de acuerdo al precitado artículo 83 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público, al ofendido por el delito y a las demás personas que determine la ley. En este sentido, en un delito de carácter tributario la víctima no sólo es el Fisco, sino que en otra arista también lo son los demás partidos políticos y candidatos que compitieron en la elección, quienes quedaron en desventaja financiera frente a sus contendores que recibieron aportes irregulares. Por ello, cuando al Servicio de Impuestos Internos se le entrega legitimación activa para ejercer la acción penal y se priva de ella al resto de los ofendidos, se afecta en su esencia el derecho al igualitario acceso a la justicia, por cuanto estos quedan impedidos de hacerlo, ya no constitucionalmente sino que por una norma de rango inferior, como es el artículo 162 del Código Tributario.

Estas dos consideraciones, una que incide en el núcleo de la garantía del acceso igualitario a la justicia y la otra que constriñe una facultad esencial de la Fiscalía, habilitan ciertamente al Ministerio Público para que, habiendo una gestión judicial pendiente ante el Juzgado de Garantía respectivo -quien habría declarado inadmisible una solicitud de formalización o dictado el sobreseimiento definitivo-, impugne fundadamente la norma de rango legal cuya aplicación puede resultar decisiva para la resolución de los asuntos vinculados al financiamiento indebido de la política.

Es por ello que vengo a solicitar de Usted que, en ejercicio de sus facultades, deduzca ante el Tribunal Constitucional un recurso de inaplicabilidad del precepto contenido en el artículo 162 del Código Tributario, en cuanto radica la exclusividad de la acción penal en el Servicio de Impuestos Internos por los delitos tributarios, privando de legitimación activa a la Fiscalía y a los demás ofendidos.

Como fundamento para este requerimiento, vale tener en cuenta, por analogía, el razonamiento que desarrollaron los ministros del Tribunal Constitucional, señora María Luisa Brahm y señores Iván Aróstica, Cristián Letelier y José Ignacio Vásquez, con ocasión del control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre fortalecimiento y transparencia de la democracia (boletín Nº 9790-07), en lo relativo a la exclusividad del Servicio Electoral para ejercer la acción penal por los delitos allí contemplados (cfr. STC Rol Nº 2981-16). En su opinión, aquella norma del proyecto era inconstitucional por infringir los numerales 3 y 26, del artículo 19, de la Carta Fundamental:

*“[...] siendo que la Carta Fundamental en su artículo 83 es clara respecto de quienes tienen la legitimación activa para ejercer la acción penal, y que como se dijera up supra comprende el Ministerio Público, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, entregar la exclusividad del ejercicio de la acción penal al Servicio Electoral respecto de los delitos contenidos en los artículos 27 bis y 27 ter, nuevos en la Ley Nº 18.603, hace que esta disposición sea contraria a la Constitución, pero además dicha disposición legal vulnera el artículo 19, Nº 3 del Código Político al limitar el acceso a la justicia a quienes fueren víctimas de los citados delitos”* (STC Rol Nº 2981-16, página 149).

Por todo esto y al mérito de las consideraciones antes expuestas, solicito al señor Fiscal Nacional que tenga a bien requerir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el precepto legal contenido en el artículo 162 del Código Tributario, por ser manifiestamente contrario a la Carta fundamental al privar de legitimación activa al Ministerio Público y a cualquier otra persona para formular denuncia o querella.

Lo anterior con el objeto de que, mientras penda la resolución del recurso por parte del Tribunal Constitucional, el Juzgado de Garantía respectivo que hubiere dictado la inadmisibilidad o el sobreseimiento de la causa ante una solicitud de formalización que hayan hecho los fiscales, suspenda el procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad.

Sin otro particular, le saluda cordialmente,

**MANUEL JOSÉ OSSANDÓN IRARRÁZABAL**

**SENADOR**

**Solicita instruir fiscalización**

**AL SEÑOR SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS SANITARIOS**

**MANUEL JOSÉ OSSANDÓN IRARRÁZABAL**, Senador de la República, RUT 7.022.006-7, domiciliado para estos efectos en calle Morandé Nº 441, comuna y ciudad de Santiago, vengo por este acto e instrumento a solicitar del Superintendente de Servicios Sanitarios, señor Ronaldo Bruna Villena, que tenga a bien instruir una fiscalización a la empresa Aguas Andinas S.A., con el objeto de determinar si en el corte de suministro de agua potable que se verificó a partir de la madrugada de hoy 21 de abril en varias comunas de la Región Metropolitana, debido a la turbiedad de las aguas, se dio estricto cumplimiento a los protocolos diseñados previamente para este tipo de eventos. Asimismo, que esa investigación tenga por segunda finalidad determinar las responsabilidades que le caben a la compañía por un eventual incumplimiento de las inversiones acordadas para prevenir futuros cortes del suministro de agua potable a raíz de aluviones producidos en la precordillera de Santiago.

En efecto, el reciente corte masivo de agua potable no es un hecho aislado, sino que fue experimentado en al menos dos oportunidades en el año 2016. Por lo demás, todo indica que el fenómeno de El Niño costero aumentará las precipitaciones durante el año, ocasionando turbiedad en los cauces y, con ello, un riesgo inminente de sucesivos cortes del suministro de agua potable.

En este sentido, la empresa Aguas Andinas se había comprometido a desarrollar las inversiones necesarias para prevenir este tipo de incidentes y, de este modo, dar estricto cumplimiento a la continuidad del servicio a que se encuentra comprometida en virtud del contrato de concesión de servicio público, como afirmó el propio Superintendente en una entrevista en un medio digital en febrero último (<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/servicios-basicos/agua/superintendencia-inversion-que-ha-hecho-aguas-andinas-es-insuficiente/2017-02-27/190720.html>).

Al respecto, se solicita al señor Superintendente que fiscalice el estado de avance de las obras proyectadas, consistentes en diversos estanques de gran magnitud; la conducción que conectaría el embalse El Yeso con el acueducto de Laguna Negra; el tranque en Pirque que, abasteciéndose con agua del río susceptible de ser potabilizada, conectaría a Las Vizcachas, dando una autonomía de 32 horas para poder mitigar estos impactos; y toda otra medida a la que se haya comprometido la empresa.

Formulo esta presentación amparado en la Ley Nº 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la que en su artículo segundo encarga a este organismo “la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o ***a petición de cualquier interesado***, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base”.

**MANUEL JOSÉ OSSANDÓN IRARRÁZABAL**

**SENADOR**

**26.04.2017**

**Propuesta de indicación elaborada por la Secretaría de la Comisión a partir de los planteamientos desarrollados por los expositores y los Honorables señores Senadores respecto del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores**

**(Boletín N° 6.956-97)**

**Indicación N° \_\_\_**

**De los Honorables Senadores señores**……………, para sustituir el artículo único del proyecto por los siguientes:

“**Artículo primero.-** Modifícase el Código Penal en los siguientes términos:

**1)** Incorpórase el siguiente artículo (94 bis o 96 bis), nuevo:

“**Art. …..** No prescribirá la acción penal derivada de la comisión de los delitos consagrados en los artículos, 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 367 y 367 ter de este Código, siempre que al momento de la perpetración del hecho la víctima sea menor de dieciocho años de edad. Tampoco prescribirá la acción penal de los delitos contemplados en el inciso final del artículo 142 y en el numeral 1° del artículo 433, ambos de este Código, cuando con motivo u ocasión de la sustracción del menor o del robo, además, se cometiere la violación de la víctima menor de dieciocho años de edad.

El plazo de prescripción de la acción penal de los delitos consagrados en los artículos 365, 366 quinquies y en el inciso primero del 374 bis de este Código, comenzará a computarse una vez que la víctima haya cumplido los dieciocho años de edad.”.

**2)** Derógase su artículo 369 quáter.”.

“**Artículo segundo.-** Agrégase el siguiente inciso segundo, nuevo, al artículo 5° de la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en el caso de los delitos contemplados en los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 367 y 367 ter del Código Penal, y siempre que al momento de la perpetración del hecho la víctima sea menor de dieciocho años de edad, el plazo de prescripción de la acción penal comenzará a computarse desde el momento en que aquélla alcance los dieciocho años de edad. La misma regla se observará respecto de la acción penal de los delitos contemplados en el inciso final del artículo 142 y en el numeral 1° del artículo 433, ambos del Código Penal, cuando con motivo u ocasión de la sustracción del menor o del robo, además, se cometiere la violación de la víctima menor de dieciocho años de edad.”.”.

“**Artículo transitorio.-** La regla de imprescriptibilidad de la acción penal contenida en el artículo primero sólo regirá respecto de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.”.

**Explicación de contenidos de propuesta de indicación**

**-** Se sujeta a la regla de imprescriptibilidad la acción penal derivada de todos los delitos contemplados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, salvo el delito de sodomía o de corrupción de menores (artículo 365) (cuestionamiento de constitucionalidad) y el de producción de pornografía infantil (artículo 366 quinquies) (desvalor penal diferenciado del resto de los ilícitos presentes en tales párrafos). Además, se incorporan bajo dicha regla los delitos complejos de sustracción de menores con violación (artículo 142 inciso final) y robo con violación (artículo 433 N° 1°).

**-** El artículo en donde se consagra la regla de imprescriptibilidad se posiciona luego de la regulación general de la prescripción de la acción penal establecida en el artículo 94 del Código Penal, a fin de fijar dicha regla, precisamente, como clara excepción a la mencionada regulación general (planteamiento profesora Ma. Elena Santibáñez).

**-** La regla actual de suspensión del inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal se consagra respecto de los delitos de producción (artículo 366 quinquies) y de comercialización de material pornográfico infantil (inciso primero del artículo 374 bis) y al delito de sodomía o de corrupción de menores (artículo 365).

**-** En el caso de la responsabilidad adolescente, se dispone que la prescripción de la acción penal se suspenda hasta que la víctima cumpla la mayoría de edad, pero sujeta a los plazos de prescripción de la ley N° 20.084, respecto de los delitos declarados como imprescriptibles para el régimen de responsabilidad penal adulta (propuesta del Ministerio Público).

**-** Se explicita la regla de temporalidad penal de la vigencia de la regla de imprescriptibilidad, a fin de dejar en claro que sólo regirá respecto de ilícitos perpetrados con posterioridad a la publicación de la iniciativa.