

INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores.

BOLETÍN N° 6.956-07

HONORABLE SENADO,

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS:

La Comisión Mixta, constituida en conformidad a lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de la República, tiene el honor de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras durante la tramitación del proyecto de ley señalado en el epígrafe, con urgencia calificada de “discusión inmediata”.

El origen de esta Comisión Mixta se encuentra en el hecho de que el Senado, en sesión celebrada el día 5 de junio del año 2019, rechazó, en el tercer trámite constitucional, algunas de las enmiendas que en su oportunidad había acordado la Cámara de Diputados. A raíz de lo anterior, se procedió a designar como miembros de esta instancia a los Honorables Senadores integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, señores Andrés Allamand Zavala, Alfonso De Urresti Longton, Felipe Harboe Bascuñán, Francisco Huenchumilla Jaramillo y Víctor Pérez Varela.

La Cámara de Diputados, por su parte, en sesión celebrada el día 12 de junio de 2019, tomó conocimiento de dicho rechazo y procedió a designar como miembros de esta Comisión a los Honorables Diputados señores Jorge Alessandri Vergara, Gabriel Boric Font, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, René Saffirio Espinoza y Matías Walker Prieto.

Previa citación del señor Presidente del Senado, la Comisión Mixta se constituyó el día 19 de junio de 2019. En dicha sesión se eligió, por unanimidad de los presentes, como Presidente de la Comisión, al Honorable Senador señor Felipe Harboe Bascuñán.

A la sesión celebrada por la Comisión Mixta para tratar este asunto concurren, además de los miembros de esta instancia, el señor Presidente del Senado, Honorable Senador señor Jaime Quintana Leal; el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín, el

Jefe de la División Jurídica de esta Secretaría de Estado, señor Sebastián Valenzuela, el periodista, señor Francisco Valenzuela y el fotógrafo de dicho Ministerio, señor Francisco León. Asimismo, asistieron la analista del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señora Katherine Porras; el abogado consultor de la UNICEF, señor Felipe Cowley; la asesora de la Honorable Senadora Rincón, señora Paulina Gómez; el asesor del Honorable Senador señor Quintana, señor Sebastián Divin; la asesora del Honorable Senador señor Insulza, señora Ginette Joignant; el asesor de la Honorable Senadora señora Adriana Muñoz, señor Leonardo Estradé-Brancoli; el asesor del Honorable Diputado señor Saffirio, señor Abraham Valdebenito; el asesor del Honorable Diputado señor Hirsch, señor Renato Méndez; los asesores del Comité PPD del Senado, señores Robert Angelbeck y José Miguel Bolados; el asesor del Comité DC del Senado, señor Mauricio Burgos; la periodista del Comité UDI del Senado, señora Karelyn Lüttecke; los asesores del Comité DC de la Cámara de Diputados, señora Paz Anastasiadis y señor Arturo Carvacho, y el periodista de la Radio Cooperativa, señor Jorge Espinoza.

- - -

Se hace presente que en la sesión celebrada por la Comisión Mixta, el Honorable Senador señor Francisco Huenchumilla Jaramillo fue reemplazado por la Honorable Senadora señora Ximena Rincón González; el Honorable Senador señor Alfonso De Urresti Longton fue reemplazado por el Honorable Senador señor José Miguel Insulza Salinas; el Honorable Diputado señor Jorge Alessandri Vergara fue reemplazado por el Honorable Diputado señor Juan Antonio Coloma Álamos, y el Honorable Diputado señor Gabriel Boric Font fue reemplazado por el Honorable Diputado señor Tomás Hirsch Goldschmidt.

- - -

DISCREPANCIAS SOMETIDAS A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN MIXTA

Las divergencias suscitadas entre ambas Corporaciones derivan del rechazo por parte del Senado, en el tercer trámite constitucional, de algunas de las enmiendas que introdujo la Cámara de Diputados en segundo trámite constitucional.

A continuación, se consignan las disposiciones que originaron las mencionadas discrepancias, y se deja constancia de los acuerdos adoptados en cada caso.

Se formula, finalmente, la proposición mediante la cual esta Comisión Mixta estima que se pueden solucionar las divergencias en estudio.

Artículo 1°

Número 1)

Apartado 2)

En el primer trámite constitucional, el Senado determinó agregar en el Código Penal un artículo 94 bis del siguiente tenor:

“Artículo 94 bis.- No prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en el artículo 142, inciso final, en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad.”.

Dicha disposición fija el catálogo de conductas típicas cuya persecución penal, a partir de la entrada en vigor de la normativa, tendrá el carácter de imprescriptible.

En el segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados intercaló en el artículo 94 bis entre la expresión “367 ter” y el punto y coma que le sucede, la siguiente: “, 372 bis”. En los hechos, ello se traduce en la incorporación en el citado listado de la figura de la violación con homicidio.

En el tercer trámite constitucional, el Senado rechazó esta enmienda.

El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Valenzuela, observó que la inclusión de la violación con homicidio en el catálogo de delitos imprescriptibles se discutió profusamente en ambas Cámaras y que en el Senado se había optado por su exclusión, toda vez que el artículo 372 bis del Código Penal no constituye un tipo penal, sino que una regla de determinación de pena, en que si confluyen los delitos consumados de violación y homicidio se fija una reglas especial en cuanto a cuál sanción aplicar.

Por el contrario, continuó, si se constata un delito de violación con un homicidio frustrado no se aplica esa regla. Además, si hay consumación del homicidio, no se presenta el fenómeno del derecho al tiempo. Hizo notar, finalmente, que el delito de violación está incorporado en el catálogo de delitos imprescriptibles, lo que hace innecesaria la mención al artículo 372 bis del Código Penal.

Efectuada esa explicación, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Harboe**, sometió a votación el texto que propuso intercalar en el segundo trámite constitucional la Cámara de Diputados, que contiene una remisión al artículo 372 bis del Código Penal.

- La Comisión Mixta, por la mayoría de sus miembros, Honorables Senadores señora Rincón y señores Allamand, Harboe, Insulza y Pérez y Honorables Diputados señores Coloma, Fuenzalida y Hirsch, rechazó la incorporación del artículo 372 bis al catálogo de disposiciones que contiene el nuevo artículo 94 bis. Votaron afirmativamente los Honorables Diputados señores Saffirio y Walker.

Artículo 2°

Apartado 2)

El Senado, en el primer trámite constitucional, consignó un artículo 2° que aborda la renovación de la acción civil destinada a regular la forma en que se podrá incoar el procedimiento para obtener la reparación de los perjuicios derivados de los delitos cuya acción penal ha sido declarada imprescriptible. Esta disposición prescribe lo siguiente:

“Artículo 2°.- Renovación de la acción civil. Tratándose de los delitos establecidos en el artículo 142, inciso final, en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, todos del Código Penal, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, la acción civil reparatoria podrá ser deducida por una sola vez, en contra del imputado o del responsable del hecho ajeno, transcurrido el plazo de prescripción establecido en el artículo 2332 del Código Civil, entendiéndose renovada la acción civil, cumpliéndose las condiciones señaladas en los dos artículos siguientes.”.

En el segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados intercaló entre la expresión “367 ter” y el punto y coma que le sucede, la siguiente: “;372 bis”. En definitiva, también se incluye en esta disposición una referencia a la figura de la violación con homicidio.

El Senado, en el tercer trámite constitucional, rechazó esta modificación.

En el análisis de esta divergencia, la Comisión Mixta siguió el criterio definido al pronunciarse sobre la primera de las discrepancias suscitadas entre ambas Cámaras.

De consiguiente, **el Presidente de la Comisión mixta, Honorable Senador señor Harboe**, sometió inmediatamente a votación el texto que acordó intercalar la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional.

- La Comisión Mixta, por la mayoría de sus miembros, Honorables Senadores señora Rincón y señores Allamand, Harboe, Insulza y Pérez y Honorables Diputados señores Coloma, Fuenzalida y Hirsch, rechazó la incorporación del artículo 372 bis al catálogo de disposiciones que contiene el artículo 2° de este proyecto de ley. Votaron afirmativamente los Honorables Diputados señores Saffirio y Walker.

Artículo transitorio

En el primer trámite constitucional, el Senado acordó la introducción de un artículo transitorio en el proyecto de ley.

El referido precepto establece que, para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de la ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal. Esta última disposición establece que, en los delitos de violación, estupro y otros de naturaleza sexual, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años.

En segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados decidió sustituir la norma transitoria por otra que dispone lo siguiente:

“Artículo transitorio.- Lo dispuesto en el artículo 94 bis del Código Penal se aplica también a los hechos punibles cometidos desde la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme a lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.”.

En definitiva, el referido reemplazo consiste en hacer aplicables las disposiciones sobre imprescriptibilidad que establece este proyecto a hechos punibles anteriores a la publicación de esta normativa y que hubieren acaecidos a contar del 27 de septiembre del año 1990, fecha en que se publicó en el Diario Oficial el decreto promulgatorio de la referida convención internacional.

En el tercer trámite constitucional, el Senado rechazó esta sustitución.

Al iniciarse el debate acerca de esta discrepancia, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Harboe**, ofreció el uso de la palabra al **Honorable Diputado señor Saffirio**, quien señaló que lo resuelto por la Cámara de Diputados respecto del artículo transitorio hace aplicable la imprescriptibilidad desde la fecha en que entró en vigencia en Chile la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber, el 27 de septiembre de 1990. En efecto, las consideraciones que tuvo a la vista la mayoría de los miembros de la Cámara Revisora dicen relación con el hecho de que el precepto aprobado no transgrede la norma constitucional que establece la irretroactividad de la ley penal, que estipula que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que esa nueva ley favorezca al afectado.

Afirmó que quienes sostienen que la prescripción no forma parte de la pena y que se trata de una regla de carácter procedimental, postulan que hacer aplicable retroactivamente el proyecto de ley en discusión no significa tipificar un nuevo hecho punible, sino que sólo tendría efecto sobre las conductas típicas, antijurídicas y culpables fijadas a la fecha en que se cometieron. Asimismo, tampoco implica la creación o modificación de la pena impuesta al autor, cómplice o encubridor.

Así, en el entendido de que lo que busca la prescripción es el establecimiento de un cierto criterio de certeza jurídica, es preciso tener presente ella fue concebida en un inicio como una forma de protección de los derechos de quien ha tenido participación en el delito y no de la víctima, y en el contexto de un proceso penal de tipo inquisitorio, en que existía un desequilibrio absoluto entre los derechos del reo y el juez, pues este último tenía la obligación de investigar, acusar y sancionar. Sin embargo, dado que el proceso penal en vigor es de carácter garantista, lo que se propone tanto desde la perspectiva de la imprescriptibilidad a futuro como de la retroactividad de su aplicación no se hace en consideración a la gravedad del delito o la pena, sino que en razón de la víctima que, por tratarse de una persona menor de edad, generalmente está impedida física y psicológicamente para denunciar o querellarse.

Un segundo elemento relevante, continuó, es que no se puede concebir una institución del derecho como un ente inmutable, que no permite dar cuenta del momento social o cultural que las comunidades transitan al momento en que se pretende aplicar la norma correspondiente. Ejemplificó esa afirmación con el hecho de que el proyecto que hoy ocupa a la Comisión Mixta fue presentado en el año 2010 en el Senado, sin que tuviera una tramitación relevante, por cuanto esbozar la

imprescriptibilidad en esa época resultaba extraño; en cambio, hoy en día no se discute acerca de su pertinencia, sino que el eje de la discusión se ha movido hacia la retroactividad.

Añadió que, durante la discusión legislativa que se suscitó en el primer trámite constitucional, el profesor Fernando Atria declaró lo siguiente:

“Por cierto, no hay objeción de constitucionalidad a que el legislador disponga esto, si así lo considera conveniente. Pero es útil notar que, pese a lo que hoy parece de sentido común, no habría a mi juicio inconstitucionalidad en la regla contraria, es decir una regla que declarara imprescriptibles los delitos en cuestión con independencia del momento anterior o posterior a la entrada en vigencia de la ley en que se hubieren cometido. Es decir, a las reglas sobre prescripción de la acción penal o la pena no les es aplicable la garantía de irretroactividad de la ley penal.”.

De consiguiente, dio cuenta de que las instituciones del derecho poseen un carácter mutable y, a modo de ejemplo, señaló que la creación de la figura del secuestro permanente no fue producto de la actuación del Poder Legislativo, sino que se construyó a partir de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y, particularmente, de la Corte Suprema. Así, razonó, surge la necesidad de considerar en la discusión legislativa el contexto histórico imperante.

A mayor abundamiento, hizo notar que la aplicación judicial de la figura del secuestro permanente no habría sido plausible en los años de dictadura, sino que sólo se concretó cuando el contexto histórico, social y político del país cambió. Eso refleja, desde su punto de vista, la condición mutable del derecho y, en razón de ello, no cabe transformar a una institución como la prescripción en una especie de dogma imposible de modificar.

Otra situación similar, agregó, es la que se constató en los Juicios de Núremberg, tribunal creado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y con magistrados de diversas nacionalidades, que se abocó al conocimiento de hechos acaecidos con anterioridad a su instauración y que no estaban tipificados en la época de su comisión. El resultado de dichos procesos concluyó con la pena de muerte para diez criminales nazis, sin que hubiese una discusión profunda acerca de la improcedencia de dichas sanciones por la afectación del principio de irretroactividad de la ley penal. En efecto, dada la magnitud del daño causado, el derecho se adecuó a la particular situación de una post guerra atroz.

Entonces, la premisa que propone legislar con efecto retroactivo tiene como finalidad impedir que se proteja a algún agresor

que ha cometido delitos sexuales en perjuicio de menores de edad y que, por esa condición, no estaban capacitados en su oportunidad para ejercer las acciones penales correspondientes.

Luego, mencionó que todo lo precedentemente expuesto tiene sentido si se le vincula con lo estatuido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, en que expresamente se dispone lo siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

En ese marco, aseveró que lo que ha hecho el Estado de Chile al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño es elevar el estándar de protección de la infancia y que impone un conjunto de exigencias relacionadas.

Concluyó su intervención solicitando, particularmente a los Senadores integrantes de la Comisión Mixta la reconsideración de su postura frente a la retroactividad, en el entendido de que se dan los supuestos necesarios para estimar que no hay una transgresión constitucional y que, por otro lado, resulta un deber del Congreso Nacional el aseguramiento de los derechos de la infancia en términos absolutos, especialmente por las condiciones de la víctima al momento de la comisión de los ilícitos.

A su vez, **el Honorable Diputado señor Walker** expuso que la convocatoria a la Comisión Mixta tiene como objeto la resolución de las discrepancias surgidas entre ambas Cámaras y, con ese ánimo, está disponible para arribar a un acuerdo en un asunto que tanto para las víctimas de abuso sexual infantil -intrafamiliar o eclesiástico- como para la opinión pública es muy sensible. Por ello, expresó su deseo de que en el marco de la presente discusión se alcance un consenso, puesto que resultaría incomprensible que en un proyecto de ley tan emblemático se proponga una solución a ambas cámaras sobre la base de una votación dividida en el seno de la Comisión Mixta.

Destacó que el nudo crítico del debate ha sido la eventual aplicación retroactiva de las disposiciones de la iniciativa. Sobre ese punto, sostuvo que, en su calidad de Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, le otorgó máxima celeridad al tratamiento del proyecto, para luego concluir su estudio con la decisión de ampliación del catálogo de delitos y de la declaración de retroactividad de sus normas. Ese trabajo acucioso contempló

la recepción de los puntos de vista de destacados profesores de derecho penal, entre los cuales estuvo Juan Pablo Hermsilla, quien efectuó una presentación que sustentó la decisión que finalmente acogió por amplia mayoría la Cámara de Diputados, referida a la retroactividad de las normas del proyecto.

Añadió que en la redacción finalmente sancionada es preciso resaltar la mención a “hechos punibles”, pues ello ratifica que no se aplicará la acción penal a conductas anteriores a su tipificación. En efecto, se trata de castigar delitos que estaban sancionados al momento de su perpetración, muchos de los cuales constituyen conductas típicas desde el momento de la entrada en vigor del Código Penal, como el delito de abuso sexual infantil. Ello, en su opinión, no altera la norma constitucional de irretroactividad de la ley penal.

Si bien se mostró llano a explorar una fórmula de redacción tendiente a reforzar ese aspecto, reiteró que el texto del artículo transitorio aprobado en el segundo trámite constitucional no altera los principios de tipicidad y legalidad. En cambio, se parte de la base de que la prescripción es una regla de carácter procesal cuya modificación es competencia del legislador, tal como se hizo con la estipulación del precepto contenido en el artículo 369 quáter, sobre suspensión de la prescripción.

En seguida, comentó que en el análisis de la iniciativa se tuvieron a la vista informes de la Organización de las Naciones Unidas que concluyen que el abuso sexual contra menores, particularmente aquel cometido por negligencia del Estado, entran también en la categoría de delitos de lesa humanidad, puesto que se consideran una forma de tortura. En consecuencia, insistió en que no se ha pretendido aplicar la persecución penal a hechos que no estaban tipificados.

Planteó que la referencia de la disposición a la fecha en que entró en vigencia la Convención sobre los Derechos del Niño se explica porque a partir de la suscripción de ese instrumento internacional el Estado de Chile se obligó a suprimir cualquier obstáculo que impida el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de un ilícito de orden sexual a obtener justicia y reparación. Por eso, no resulta arbitraria la remisión a esa fecha específica.

Adujo que, por lo demás, esta premisa ha sido seguida por la jurisprudencia de los tribunales. De hecho, relató que en la ciudad de La Serena hay un juez instructor encargado de investigar los abusos del ex Obispo Cox acaecidos en la década de 1980, situación similar a la que aconteció con la indagación de los abusos del sacerdote Karadima. Por tal razón, consideró inconsistente que el legislador avance de menor manera que el Poder Judicial.

Reiteró, por último, su disposición a explorar un acuerdo en esta materia y despejar cualquier duda u observación en cuanto a la eventual afectación del principio de irretroactividad de la ley penal, con el fin de dar una respuesta a las víctimas de agresiones sexuales sufridas con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa.

A continuación, **el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín**, expuso, en primer término, que al comienzo del mandato de la administración a la cual adscribe recibió la visita tanto de organizaciones de víctimas como de los parlamentarios promotores de la presente iniciativa para apoyar la imprescriptibilidad, cuestión que, según reconoció, no formaba parte del programa de Gobierno. Sin perjuicio de ello, puso de manifiesto que lo que sí estaba en dicho programa era el compromiso de poner a los niños primero y, por lo tanto, de priorizar la preocupación acerca de todos los hechos que pudiesen afectar su indemnidad sexual o que vulnerasen sus derechos. Agregó que, lamentablemente, los abusos sexuales contra menores de edad, además de aumentar, se han complejizado, lo que incrementa la necesidad de una regulación especial.

En ese contexto, luego de estudiar varias mociones parlamentarias, se decidió apoyar la presente iniciativa por ser la más antigua y que evidenciaba un mayor avance legislativo. Así, se logró un consenso en los aspectos fundamentales del proyecto, como el catálogo de delitos afectos a la imprescriptibilidad. Por el contrario, el único punto relevante en que hay discrepancias es en la aplicación retroactiva de sus disposiciones, propuesta en la Cámara de Diputados.

Al efecto, hizo hincapié en que, a pesar de que en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Revisora se votó una indicación que abogaba por la retroactividad pura y simple, la proposición de enmienda que finalmente concitó el apoyo de los diputados fue aquella que fijó su espectro de aplicación a la fecha de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre el particular, expresó que el Gobierno comparte la inquietud que subyace a esa proposición, pues todos querrían que el bloqueo que produce el abuso sexual en la minoría de edad no fuese un factor para evitar la persecución penal de los agresores.

No obstante, observó que el asunto en debate en la Comisión Mixta no se vincula con la voluntad de castigar a los abusadores -que claramente existe-, sino que está vinculada con aspectos jurídicos y constitucionales sobre la procedencia de la retroactividad. Ese debate, aseguró, se abordó de forma profunda en ambas Cámaras, en las cuales se recibieron a diversos profesores de derecho que ilustraron a las comisiones técnicas encargadas del estudio de la iniciativa. En ese contexto, la inmensa mayoría de la argumentación constitucional se inclinó por no dar lugar a la

posibilidad de aplicar retroactivamente sus normas, razonamiento que ha sido replicado en sentencias del Tribunal Constitucional y que también encuentra asidero en tratados internacionales.

A mayor abundamiento, afirmó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en este aspecto, en el sentido de que la discusión versa sobre derechos sustantivos a los cuales se les agregan ciertos aspectos adjetivos que pasan a formar parte del mismo cuerpo. Así, ha señalado que “la garantía de no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo”. Esa concepción, a su juicio, sustenta el hecho de que la retroactividad no tenga lugar, por cuanto forma parte de lo que se quiere proteger con la garantía antes señalada.

En la misma línea, connotó que el planteamiento que acepta la retroactividad hasta la fecha de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño no tiene el sustento debido, pues si es posible jurídicamente que la ley tenga efecto retroactivo en lo que atañe a la prescripción, no habría justificación para fijar un momento específico. En definitiva, se trata de una determinación simbólica, porque si bien es cierto que el instrumento convencional busca proteger los derechos de la niñez, no establece en alguna de sus disposiciones el principio de la retroactividad en lo referido a los delitos sexuales cometidos en contra de menores. Incluso, si bien el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas ha abogado por la imprescriptibilidad, no lo hace por la retroactividad una vez que aquella se establece.

Seguidamente, se refirió a las dificultades prácticas penales que se han advertido en la discusión. Al respecto, puso de manifiesto que en las últimas décadas los tipos penales vinculados con abusos sexuales han experimentado constantes enmiendas. Es decir, se constatan conductas típicas que han variado su contenido y, por lo mismo, cabe preguntarse a cuál delito se le dará efecto retroactivo. Por ejemplo, la tipificación de la violación actualmente en vigor es distinta a la que existía algunos años atrás.

Otra complejidad, de orden procesal, es el hecho de que en la actualidad sólo queda en funcionamiento en el país un juzgado del crimen y, por lo tanto, las causas incoadas por hechos acaecidos con anterioridad a la Reforma Procesal Penal tendrían que ser conocidos por juzgados de letras, que claramente no son especializados en materias penales.

Por último, mencionó que, aunque algunas voces opuestas a la noción de imprescriptibilidad aducen la dificultad probatoria que se presentará para acreditar los hechos que se investiguen al tenor de la

normativa en debate, todos están contestes impedir en el futuro la impunidad de quienes han incurrido en delitos tan deleznable contra menores.

En consecuencia, reiteró que lo más valioso de esta iniciativa es el cambio en la forma como la sociedad abordará de ahora en adelante la persecución de los abusadores, eliminando las trabas que impone la prescripción de las acciones penales, en razón de las características particulares de las víctimas afectadas.

Destacó, entonces, el cambio radical que este proyecto implica en el derecho tradicional, pues, por las justificaciones antedichas, se rompen de forma excepcional los cánones de la certeza jurídica. Por el contrario, otorgar efecto retroactivo a esas disposiciones contravendría los principios que informan el sistema constitucional en este ámbito, al igual que el ordenamiento internacional. En efecto, la alusión al artículo 5° de la Carta Política no es correcta, dado que no hay convenciones internacionales que obliguen o impulsen a los Estados a darle efecto retroactivo a las leyes, cuestión que sí se constata respecto de la irretroactividad de la ley penal.

A modo de complemento, **el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Sebastián Valenzuela**, llamó la atención sobre el resultado práctico que se verificaría de sancionar definitivamente el artículo transitorio que ha consignado en el texto legal la Cámara de Diputados, con independencia de los argumentos que se pueden aducir a favor o en contra de la retroactividad.

Así, detalló que una vez que entre en vigencia la preceptiva y ante el intento de hacer valer sus disposiciones en un caso concreto, lo más probable es que la defensa del imputado recurra ante el Tribunal Constitucional para intentar hacer inaplicable dicha norma. Al efecto, cabe destacar que un fallo emitido por dicho organismo colegiado en el mes de agosto del año 2018 reconoció expresamente lo siguiente:

“...la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena propiamente dichos, sino también para todos aquellos otros elementos de la legislación penal que pueden resultar determinantes de la responsabilidad criminal (reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.).”.

Si bien sería plausible que se asuma ese riesgo y que se discuta en un caso puntual si es procedente en términos constitucionales la norma sobre retroactividad, el mayor problema se presentaría si el Tribunal Constitucional declara su inaplicabilidad, ya que, al haberse suprimido la regla especial de suspensión de la prescripción del artículo 369 quáter, regirían, por tanto, los plazos generales de prescripción.

En específico, relató el caso de un menor que en el año 2008, teniendo 5 años de edad, ha sido víctima de violación. Con la regla actual de suspensión, tendría hasta el año 2031 para denunciar el hecho punible e iniciar la persecución penal. Sin embargo, si intenta activar el proceso penal en 5 años más en el marco de la retroactividad de la imprescriptibilidad y ésta es declarada inaplicable posteriormente, quedará en total indefensión, pues el delito estaría prescrito, al no regir la regla de suspensión que este proyecto postula derogar.

Consiguientemente, más allá de los fundamentos que puede hacer valer cada parte respecto de la naturaleza jurídica de la prescripción y de la procedencia de la retroactividad, sostuvo que ese es un riesgo que no puede estar ausente en esta discusión.

A su turno, hizo uso de la palabra **el Honorable Senador señor Quintana**, quien, primeramente, resaltó el riguroso debate que se ha llevado a cabo en el seno de la Comisión Mixta y agradeció el patrocinio que el Ejecutivo otorgó en su oportunidad a la iniciativa.

Acto seguido, afirmó que en la génesis del proyecto se hizo una comparación con el régimen de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, particularmente en lo referido a la asimetría que se produce entre la víctima y el victimario. Asimismo, se detectó la ineficacia de las normas vigentes para perseguir con efectividad a los autores de tales delitos.

En ese sentido, teniendo a la vista la mutación de la sociedad, de la política y del derecho evidenciada en los últimos años, fue posible avanzar decididamente en la declaración de imprescriptibilidad. No obstante ello, de la discusión legislativa que se efectuó en las Comisiones Unidas del Senado que se abocaron al estudio del proyecto se concluyó que la prescripción no tiene un componente puramente procesal, sino que también formaría parte de la pena. De consiguiente, no resulta adecuado alimentar expectativas a las víctimas que posteriormente pueden ser diluidas por la afectación del principio de irretroactividad de la ley penal.

Destacó también que quienes han mantenido en gran parte el impulso de esta iniciativa, esto es, la sociedad civil y las organizaciones de víctimas de abusos, han comprendido que, ante el cambio paradigmático que propone el proyecto en el derecho, es imprescindible asegurar la eficacia de su aplicación y evitar que por la actuación, por ejemplo, del Tribunal Constitucional, no se logren los objetivos pretendidos con su establecimiento.

A su turno, **el Honorable Diputado señor Saffirio** trajo a colación la contradicción que, a su juicio, se infiere de las

intervenciones de los representantes ministeriales, toda vez que, por un lado, se interpreta con cierta laxitud las normas de la Convención de los Derechos del Niño en los aspectos que les resultan convenientes y, por otro, se interpreta con extremo rigor las materias referidas a la irretroactividad de la ley penal. Es decir, las normas de la citada convención internacional no impondrían obligaciones al Estado, pero sí tendrían esa consecuencia las disposiciones sobre irretroactividad.

En segundo orden, ante la afirmación de que no habría claridad respecto de cuáles delitos serían perseguidos en el caso de aplicarse retroactivamente la imprescriptibilidad, explicó que, si a la fecha de entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño había ilícitos que tenían la calidad de típicos y antijurídicos, ellos serán susceptibles de que se instruya una investigación penal a su respecto.

Seguidamente, ante la duda acerca del tribunal competente para conocer esos hechos, juzgó inapropiado que el señor Secretario de Estado desestime la capacidad de los jueces civiles que han sido mandatados para continuar la tramitación de los procesos criminales incoados en el contexto del antiguo procedimiento penal. De hecho, hay tribunales suficientes en todas las regiones del país que se podrán hacer cargo de las investigaciones que correspondan, enfatizó.

En lo que atañe a los pronunciamientos futuros del Tribunal Constitucional, subrayó que la tarea del legislador no es pensar en lo que eventualmente pueda resolver con posterioridad un tribunal, en perjuicio de sus facultades legislativas. Es decir, no corresponde limitar las atribuciones de los representantes ciudadanos por el posible riesgo de una decisión de un órgano jurisdiccional. Por lo demás, continuó, se trata de un riesgo que hay que correr y que habrá que solucionar en la oportunidad en que se manifieste.

Postuló, por otro lado, que la motivación de la protección de la infancia dañada va más allá del resguardo de quienes han tenido visibilidad pública, como los que integran la organización Derecho al Tiempo, que son víctimas que forman parte de una cierta "elite". En efecto, expuso que ha puesto el acento en aquellos niños que no tienen hogar, familias ni redes o que son abusados en organismos colaboradores o centros administrados por el Estado. Por lo tanto, es necesario señalar que el precepto sobre retroactividad no se establece para atender los requerimientos de quienes ya los han visto satisfechos en parte. Al respecto, comentó que la Iglesia Católica ha sido condenada, no sólo en términos de la definición de la comisión de delitos de parte de religiosos, sino que también ha sido compelida a indemnizar los perjuicios resultantes de tales ilícitos.

Insistió igualmente en que la propuesta de la Cámara de Diputados no conlleva la disposición de la retroactividad de la ley

penal, dado que no se imponen nuevos delitos ni penas y que la imprescriptibilidad sólo se aplicará respecto de los hechos punibles vigentes a la época de su comisión.

Luego, ante el ánimo que percibió de que la norma del artículo transitorio no sería confirmada por la Comisión Mixta, realizó una propuesta de una nueva redacción para ese precepto que, en lo medular, le señala al juzgador que, sin perjuicio de la prescripción, estará obligado a investigar los hechos de los que ha tomado conocimiento a partir de denuncias o querellas, es decir, solamente después de investigar y establecer las responsabilidades del caso se podría aplicar la prescripción. Por lo tanto, la situación que hoy se constata a nivel judicial a partir de esta norma tendría respaldo legal.

En el mismo orden de ideas, **el Honorable Diputado señor Walker** expuso que espera que la alusión a eventuales decisiones del Tribunal Constitucional tenga relación con eventuales recursos de inaplicabilidad que podrían ser formulados por los victimarios, con efecto relativo para una causa concreta, porque sería inimaginable que el Ejecutivo o un grupo de parlamentarios concurre a esa instancia jurisdiccional para defender a los autores de delitos sexuales contra menores.

En ese sentido, compartió la idea de asumir el riesgo advertido, por cuanto lo peor que podría suceder es que se declare la inaplicabilidad en casos particulares, por el efecto relativo de las sentencias. Igualmente, coincidió en que la propuesta de retroactividad se refiere a delitos tipificados a la época de perpetración de los hechos y, por tanto, al no crearse nuevos tipos penales, no habría afectación al principio de irretroactividad de la ley penal.

Luego, al igual que el señor Diputado que le antecedió en el uso de la palabra, consideró que el mínimo aceptable en este debate es darle rango legal a la práctica que los tribunales de justicia ya han realizado, en orden a investigar abusos sexuales que bajo las reglas actuales están prescritos. Mencionó, en ese contexto, el caso de los abusos perpetrados por el ex Obispo Cox en la ciudad de La Serena en la década de 1980, investigados por un juez de letras instructor. Por lo mismo, adhirió a la propuesta enunciada por el Diputado señor Saffirio.

La Honorable Senadora señora Rincón dio cuenta del profundo análisis que se dio sobre este tema en el marco de las Comisiones Unidas que analizaron el proyecto en el Senado, incluso a partir de indicaciones de su autoría que les daban carácter retroactivo a las disposiciones de la iniciativa legal. En tal sentido, aunque compartió los postulados de quienes abogan por la mantención del artículo transitorio incluido por la Cámara de Diputados y que la remisión a la Convención sobre

los Derechos del niño no es puramente teórica, pues está en línea con el compromiso que asumió el Estado al validar ese instrumento de hacer todo lo posible para proteger a los menores, planteó que la principal dificultad que se verificó fue que la gran mayoría opinaba en un sentido contrario respecto del sentido y alcance de esa convención.

Por tal razón, complementó, arriesgar la eficacia de la imprescriptibilidad sería excesivo, no sólo respecto de lo que en el futuro podría resolver el Tribunal Constitucional, sino que, si la Comisión Mixta no arriba a un acuerdo para reafirmar lo que ya se ha ganado en la tramitación de la iniciativa y se mantiene la divergencia entre el Senado y la Cámara de Diputados, en los hechos no habrá ley. En su opinión, ese es el mayor riesgo al que se enfrentan quienes están convocados a esta instancia legislativa.

Entonces, si bien entiende que la propuesta de retroactividad de la ley de esta ley está encaminada a cautelar los derechos de los niños abusados, se decidió no optar por esa vía en el Senado para no arriesgar el gran avance que representará esta moción parlamentaria una vez concluido el trámite legislativo. Expresó que aceptar esa realidad le provoca dolor, pues ha conocido numerosos casos de abusos sexuales que son develados después de años o décadas de acaecidos y en que parece inexplicable que no se les otorgue la posibilidad de accionar y buscar justicia. Empero, por otro lado, también hay que tener en cuenta que se está a un paso de conseguir un gran logro legislativo que, aunque no es lo ideal, era impensado hace algunos años.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Allamand** hizo mención de tres aspectos que estima relevantes en esta discusión.

El primero de ellos dice relación con la aproximación al principio de la irretroactividad de la ley penal que, pese a estar establecido en todos los ordenamientos constitucionales y en numerosos tratados internacionales, pareciese que en el marco de este debate se trataría de una premisa errónea y una suerte de obstáculo para el proyecto de ley. Por el contrario, adujo que el citado principio debe ser valorado en su real dimensión y, a partir de ello, analizar si una disposición legal concreta -como la que propone la iniciativa- lo transgrede.

De hecho, si ese postulado no estuviese consagrado, el poder político podría incurrir en una serie de abusos contra los ciudadanos, que podrían ser imputados por hechos que a la fecha de su ocurrencia no estaban tipificados.

En resumen, subrayó la defensa y preservación del principio de la irretroactividad de la ley penal, dado su valor en la protección de los derechos de todas las personas.

En seguida, a diferencia de otras voces que indican lo contrario, estimó que claramente en esta discusión se presenta un problema de retroactividad de la ley penal, ya que ese hecho se confirma cuando el efecto de una ley afecta a una situación jurídica existente con anterioridad a su dictación. Entonces, lo que se plantea en la disposición transitoria obviamente posee esa consecuencia, ya que delitos que habían perdido su capacidad de persecución revivirán si se aprueba ese precepto.

Por último, consignó que, en cuanto a la discusión acerca de si la prescripción forma o no parte de la pena, cabe hacer notar que la cita de un fallo del Tribunal Constitucional que hizo el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos está basada en una opinión del tratadista Díez-Picazo quien, además, sostiene que “la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena, propiamente dichos, sino también para todos aquellos elementos de legislación que puedan ser determinantes de la responsabilidad criminal, incluida la prescripción”. En el mismo sentido, sentenció, se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que ha dictaminado que “la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable abarca por igual tanto a los preceptos sustantivos como a los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo”.

En consecuencia, sostuvo que resulta evidente que los aspectos adjetivos que tienen que ver con la responsabilidad deben ser considerados para determinar si la ley es o no desfavorable. Por ello, concluyó, la retroactividad en este proyecto de ley es contraria al ordenamiento constitucional e internacional vigente en Chile.

Seguidamente, **el Ministro de Justicia y Derechos Humanos** manifestó su desazón por el hecho de que no se advierta la real dimensión de la reforma que propone la presente iniciativa, pues el debate acerca de la retroactividad de sus disposiciones parece reducir su relevancia. Incluso, aunque se mostró partidario de los fundamentos humanos que se han aducido para sustentar su pertinencia, explicó que el análisis constitucional desaconseja claramente su establecimiento. Del mismo modo, acotó que, según el razonamiento de sus promotores, también se debería aplicar el efecto retroactivo para todos aquellos delitos deleznable en que sus autores quedan impunes por el paso del tiempo.

Exhortó a los miembros de la Comisión Mixta a concluir el trámite de esta iniciativa con alegría y satisfacción, especialmente

por el hecho de que la gran mayoría de los legisladores se muestra conforme con la instauración de la imprescriptibilidad de este tipo de delitos.

A continuación, reiteró que la Convención sobre los Derechos del Niño manifiesta la voluntad de respetar los derechos de los menores en todos los ámbitos, pero no se refiere a la posibilidad de dar efecto retroactivo a los delitos sexuales cometidos en su contra. Además, esa convención se debe interpretar en armonía con los demás tratados internacionales sobre derechos humanos que establecen uniformemente la irretroactividad de la ley penal, conquista del derecho penal moderno a la cual no se puede renunciar. Por tal razón, el argumento de la consideración de la convención no resulta válida para cambiar el ordenamiento constitucional en vigor.

Finalmente, respecto de la proposición efectuada por el Diputado señor Saffirio, planteó que es efectivo que los tribunales han acogido la posibilidad de investigar hechos que, eventualmente, estarían prescritos por el paso del tiempo. Sin embargo, aclaró que la propuesta no dirime el conflicto existente entre ambas Cámaras. En su opinión, esa materia se debería discutir profusamente en otro proyecto de carácter general, ya que, eventualmente, se constatarían desigualdades en el tratamiento de otros delitos que, siendo de igual o mayor gravedad, no tendrían esa posibilidad de ser investigados.

A su vez, **el Honorable Senador señor Pérez** evocó el arduo trabajo que llevaron a cabo las Comisiones Unidas que analizaron el proyecto en el Senado en que, junto a la participación de académicos de derecho constitucional, penal y civil, se analizaron con detención todos los aspectos involucrados en la persecución penal de delitos tan atroces como los de carácter sexual en contra de menores. Dicha labor concluyó con una decisión política y jurídica altamente valorable, referida a la imprescriptibilidad de tales ilícitos. Esa decisión, que transforma a Chile en pionero en esa materia a nivel internacional, debe ser vista como un paso trascendental para el país.

Seguidamente, realzó el esfuerzo realizado para resolver la situación suscitada a partir de la noción de la retroactividad, que ocupó varias de las sesiones que las Comisiones Unidas le dedicaron al estudio de este proyecto de ley. Al efecto, consignó que, además de las razones constitucionales tantas veces explicadas en el debate parlamentario, se constataron diversas dificultades jurídicas y de orden práctico, tan relevantes como la determinación del tribunal competente para conocer de dichas causas o las diversas modificaciones que han sufrido los tipos penales vinculados con el abuso sexual.

De igual manera, trajo a colación los riesgos advertidos por el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y

Derechos Humanos de prosperar el reemplazo del artículo 369 quáter del Código Penal por una norma que posteriormente podría ser declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional. Asimismo, instó a no instalar dudas acerca de la eventual protección de abusadores por la no instauración de una regla de retroactividad, pues no tiene fundamento alguno.

Reafirmó que la consideración de la eficacia de las disposiciones legales se debe considerar por parte del legislador y, en ese contexto, la dictación de disposiciones que generen expectativas que no tengan aplicación práctica, generará frustración en la población y, principalmente, en las víctimas.

Al finalizar, comentó que durante el estudio de iniciativa conoció casos aberrantes que golpearon su conciencia con fuerza y, en ese entendido, la discusión pretendió la búsqueda de la mejor solución jurídica para satisfacer sus ansias de justicia. Aunque es efectivo que algunos hechos quedarán sin sanción, sostuvo que el Estado puede brindar a las víctimas otros mecanismos de reparación, como las medidas de acompañamiento u otras que procuren su resarcimiento.

Por su lado, **el Honorable Diputado señor Hirsch** reconoció que, al inicio del análisis de esta iniciativa en la Cámara de Diputados, tenía serios reparos acerca de la disposición de la retroactividad e, incluso, de la imprescriptibilidad. Sin embargo, con el avance de la discusión y con la recepción de diversos testimonios de víctimas y expertos en derecho alcanzó la convicción acerca de la pertinencia de tales medidas, dadas las características especiales de este tipo de delitos y los efectos que provocan en las víctimas y que dificultan su develación.

En particular, sobre la retroactividad, hizo hincapié en la necesidad de innovar jurídicamente en este ámbito, porque, en los hechos, la buena noticia referente a la instauración de la imprescriptibilidad puede ser morigerada por la frustración de las expectativas que se han creado entre las víctimas de abusos sexuales acaecidos varios años atrás. En tal sentido, instó a los demás integrantes de la Comisión Mixta a explorar los caminos que permitan satisfacer de mayor forma las perspectivas de quienes poseen interés en la resolución de este debate legislativo.

De igual manera, hizo presente que el peor escenario es que se mantengan las divergencias entre ambas Cámaras y finalmente no se cuente con la normativa que tanto tiempo ha tardado en su tramitación. Otra complejidad de similar naturaleza sería la eventualidad de declaración de inaplicabilidad de las normas por parte del Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de esa última afirmación, estimó que tal circunstancia no puede inhibir la acción del legislador, pues también se podría estudiar una salida innovadora que atenúe de cierta forma ese riesgo.

A continuación, **el Honorable Senador señor Insulza** consideró atendibles las prevenciones que aconsejan la búsqueda de acuerdos para evitar que finalmente ambas Cámaras mantengan sus discrepancias y, en ese sentido, valoró la propuesta puesta en conocimiento de la Comisión Mixta, referida a la investigación de los delitos acaecidos antes de la entrada en vigor de la ley en debate y a la aplicación de las normas sobre prescripción en la última etapa de ese procedimiento. A su juicio, esta solución no afectaría el principio de irretroactividad de la ley penal, pues mantendría las normas generales sobre prescripción.

Sin perjuicio de lo expuesto, expresó sus dudas acerca de la real posibilidad de indagar con objetividad hechos ilícitos perpetrados hace varios años o décadas, dadas las dificultades probatorias que impone el transcurso del tiempo y el eventual daño a la reputación de las personas imputadas cuando no se cuenta con antecedentes plausibles. Quizás, una forma de solución sería reservar la posibilidad de accionar ante los crímenes de mayor gravedad, sentenció.

Entonces, aunque cualquier solución alternativa requeriría de un estudio acabado sobre sus especificaciones y consecuencias a futuro, consideró riesgoso para la iniciativa que ninguna de las partes encontradas en esta discusión ceda en sus posturas.

Seguidamente, **el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Larraín**, hizo hincapié en que, en la práctica, actualmente los tribunales han incoado procedimientos en numerosos casos para investigar hechos delictivos cuya acción para perseguirlos, a primera vista, estaría prescrita. Por tal motivo, disponer un precepto legal que señale que los órganos jurisdiccionales podrán indagar los delitos sexuales cometidos contra menores se podría interpretar como una cortapisa a que otros hechos delictuales que estén afectados por el paso del tiempo sean investigados.

En efecto, estimó que una regla de esa naturaleza se debería estatuir como una norma que regule de forma general la posibilidad de persecución penal y los efectos de esa decisión como, por ejemplo, la eventual disposición de medidas cautelares durante el curso de la investigación.

Concluido el debate, **el Presidente de la Comisión Mixta, Honorable Senador señor Harboe**, como forma y modo de superar las discrepancias entre ambas cámaras en esta parte del proyecto de ley, sometió a votación el texto del artículo transitorio refrendado por el Senado en el primer trámite constitucional.

La Honorable Senadora señora Rincón se remitió a los argumentos expresados anteriormente para fundamentar su votación.

- La Comisión Mixta, por la mayoría de sus miembros, Honorables Senadores señora Rincón y señores Allamand, Harboe, Insulza y Pérez y Honorables Diputados señores Coloma y Fuenzalida, aprobó esta proposición. Votaron en contra los Honorables Diputados señores Hirsch, Saffirio y Walker.

Acto seguido, se sometió a la consideración de la Comisión Mixta una proposición del **Honorable Diputado señor Saffirio** para incorporar un inciso segundo al artículo transitorio de la iniciativa de ley, del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, respecto de los crímenes y simples delitos, a que se refiere el artículo 94 bis del Código Penal, que hayan sido cometidos desde el 27 de septiembre de 1990; los órganos competentes según la fecha de comisión de los ilícitos, deberán investigar los hechos materia de denuncia o querrela.”.

En torno a esa propuesta, algunos de los miembros de la Comisión Mixta fundamentaron su votación.

En primer lugar, **el Honorable Senador señor Insulza**, a la luz de lo explicitado por el Señor Secretario de Estado de Justicia y Derechos Humanos, en el sentido de que este tipo de delitos están siendo investigados por la acción de los tribunales de justicia, adelantó su voto contrario a la propuesta.

A su vez, **el Honorable Diputado señor Fuenzalida**, reconoció que en una primera instancia la proposición se podría situar como una salida a la no afectación del principio de irretroactividad de la ley penal, promoviendo el rol reparador que posee en las víctimas el acceso a la justicia, aunque finalmente no sea posible imponer una sanción. Sin perjuicio de ello, ante la evidencia de que actualmente los tribunales han cumplido esa tarea, acotó que no se puede desatender las prevenciones manifestadas por el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos, ya que la forma verbal “investigar”, que incluso podría conllevar a la adopción de medidas cautelares en contra de alguien que no podrá ser sancionado posteriormente, requiere de una definición más integral que delimite su aplicación.

En otro orden de ideas, dio cuenta del conocimiento que posee de casos de personas que han recurrido a la justicia para que se investiguen hechos delictuales como los que aborda el presente de ley y que se topan con dificultades luego de que las defensas solicitan el

sobreseimiento definitivo de las causas por estar prescritas las acciones penales respectivas, decisión que tampoco cuenta con pronunciamientos uniformes de los tribunales de justicia. En consecuencia, llamó a tener cuidado de no acrecentar la revictimización de quienes han sufrido abusos sexuales en la minoría de edad, puesto que abrir espacios procesales que aumenten sus expectativas también puede acarrear efectos no deseados.

En virtud de lo expuesto, anunció que votaría en contra de la propuesta.

En la misma línea se pronunció **el Honorable Senador señor Allamand**, pues, de ser aprobada una norma como la que sugiere el Diputado señor Saffirio, se fomentarían las expectativas de las víctimas que, al final de los procesos, se vería frustrada por la aplicación de la prescripción. Incluso, es posible imaginar que se podría enervar rápidamente un proceso investigador mediante la aceptación de la culpabilidad en los hechos por parte de su autor.

En sentido opuesto, **el Honorable Diputado señor Walker** manifestó su apoyo a la propuesta, ya que, en su parecer, el sentido de las comisiones mixtas es la búsqueda de acuerdos que dejen satisfechos a los miembros de ambas Cámaras. Por tal razón, lamentó profundamente que no exista esa voluntad en un proyecto de ley tan emblemático como el que aborda la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores.

Asimismo, manifestó su desazón por la señal que el legislador le entrega a los tribunales de justicia, que ya han resuelto investigar estos casos. En efecto, en el contexto de una Comisión Mixta, se les indica que las investigaciones incoadas tendrán el efecto de revictimizar a los afectados y generarán falsa expectativas.

Concluyó, entonces, que si se rechaza la propuesta en debate, se habrá dado un paso hacia atrás en la búsqueda de justicia para las víctimas.

Se sumó a esas palabras **el Honorable Diputado señor Saffirio**, quien recalcó que esta instancia legislativa no tiene como finalidad convencer a una de las Cámaras sobre las bondades de lo resuelto por la otra, sino que resguardar a las víctimas, particularmente a aquellas que han planteado que, aun no teniendo la factibilidad de alcanzar una sanción para los autores de los hechos delictivos, quisieran tener la posibilidad de accionar para establecer como verdad jurídica el establecimiento de los hechos y la culpabilidad del imputado.

Aunque pidió excusas por la dureza de sus dichos, postuló que se instala una duda sobre algunos parlamentarios respecto de a

quién se busca proteger impidiendo incluso la investigación de los hechos, a sabiendas de que finalmente no se podrán sancionar.

A su turno, **la Honorable Senadora señora Rincón** explicó que, dada la complejidad de la presente discusión, es posible constatar la dificultad de avanzar en ciertos aspectos. De hecho, mencionó que en su oportunidad se solicitó al Ejecutivo la conformación de una Comisión de Verdad y el desarrollo de un programa de acompañamiento a las víctimas, puesto que muchas de ellas no tienen los medios ni las redes para enfrentar el sufrimiento que han vivido en el pasado.

A mayor abundamiento, dio cuenta de los obstáculos para “mover el cerco” y que el Estado se haga cargo efectivamente de las demandas de las víctimas. Si bien los tribunales de justicia se han hecho cargo de la investigación de los delitos, habría sido conveniente concitar mayor apoyo en la propuesta en discusión, para apoyar esa labor, acotó.

Sobre la base de ese razonamiento, anunció su voto favorable a la propuesta.

En último término, **el Presidente de la Comisión, Mixta, Honorable Senador señor Harboe**, connotó que hoy en día están en curso diversas investigaciones judiciales, cuestión sumamente valorable que debería instar a las víctimas a denunciar los abusos padecidos, aun cuando los hechos pudiesen verse afectados por los plazos de prescripción general. En ese marco, el Congreso Nacional tiene la obligación de dar la orientación necesaria para promover esa práctica judicial.

Dicho lo anterior, expuso que la eventual sanción de un texto como el propuesto probablemente dará réditos en la opinión pública para sus promotores, pero la consecuencia jurídica será justamente la desprotección de las víctimas, porque puede implicar la posibilidad de investigar exclusivamente este tipo de ilícitos, situación para la cual no está disponible. A mayor abundamiento, expresó su rechazo al establecimiento de un precepto que excluya la pesquisa de delitos diferentes a los abusos sexuales contra menores.

Agregó que, aunque todos poseen la voluntad de investigar e, idealmente, sancionar delitos tan atroces como los experimentados por menores de edad, esto último no es posible por la existencia de principios de derecho penal internacional y constitucional establecidos en nuestra legislación.

Reafirmó, a diferencia de lo explicitado por el Diputado señor Walker, que la posición contraria a la propuesta en debate no genera incertidumbre, sino que, por el contrario, otorga mayor certeza. De

hecho, resulta injusto aducir que se generarán dudas respecto de la investigación, toda vez que los magistrados ya poseen las atribuciones con ese fin, lo que hace innecesaria una norma como la discutida. Incluso, si se determinase que requieren de un respaldo legal para ejercer actividades indagatorias, se estaría cuestionando su trabajo actual.

Luego, insistió en que esta iniciativa constituye la modificación más relevante del derecho penal en los últimos 50 años, al consignarse la imprescriptibilidad de un conjunto de delitos, en atención a que las víctimas son niños, niñas y adolescentes. Es decir, todos los menores de edad que sufran agresiones sexuales se verán beneficiados por estas normas y nunca más el tiempo será sinónimo de impunidad.

Reiteró que todos los intervinientes en el proceso legislativo habrían querido que las normas del proyecto se aplicaran a quienes ya tienen la calidad de víctimas, pero la preceptiva internacional y constitucional -en cuya génesis no participó- impide la materialización de esa intención.

En virtud de todo lo señalado, afirmó que no es aceptable que en esta instancia legislativa se diga que hay voluntades encubiertas destinadas a proteger a algún tipo de abusador sexual. En efecto, aunque puede tener diferencias con quien lo manifestó, jamás se le ocurriría suponer malas intenciones por la adopción de una determinada postura frente a una iniciativa legal. Eso no es tolerable, por cuanto instala una duda que no es adecuada en un proceso que ha sido sumamente acucioso y en el cual, a partir de diferentes interpretaciones, se buscaron todas las fórmulas que otorga el derecho para indagar la posibilidad de aplicar retroactivamente las disposiciones del proyecto, concluyéndose que no era jurídicamente factible.

Subrayó, por tanto, que la decisión sobre una propuesta formulada en el seno de la Comisión Mixta no puede dejar la sensación que se ha buscado por algunos perjudicar a las víctimas, ya que el objetivo unánime de quienes han participado el proceso legislativo ha sido precisamente su beneficio y protección.

Finalizó su intervención, insistiendo en que su voto contrario a la proposición de redacción se basa en que su eventual aprobación podría generar obstáculos en el acceso a la justicia a aquellas víctimas de delitos sexuales que, no siendo menores de edad al momento de la comisión de los hechos, también reclamen el derecho a que se investiguen sus casos.

- La Comisión Mixta, por la mayoría de sus miembros, Honorables Senadores señores Allamand, Harboe, Insulza y Pérez y Honorables Diputados señores Coloma y Fuenzalida, rechazó

esta proposición. Votaron por la afirmativa la Honorable Senadora señora Rincón y los Honorables Diputados señores Hirsch, Saffirio y Walker.

Para efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, **el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Larraín**, hizo presente que el rechazo de la anterior proposición no se debe interpretar como una prohibición a los jueces respectivos de investigar delitos que en definitiva pueden entender prescritos.

- - -

PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN MIXTA

En mérito de lo expuesto y de los acuerdos adoptados, esta Comisión Mixta tiene el honor de proponer, como forma y modo de salvar las diferencias entre ambas Cámaras del Congreso Nacional, lo siguiente:

Artículo 1°

Número 1)

Apartado 2)

- Rechazar la intercalación acordada por la Cámara de Diputados y que suponía agregar, en el nuevo artículo 94 bis del Código Penal, la mención al artículo 372 bis del mencionado Código.

(Mayoría de votos. 8 votos a favor y 2 votos en contra).

Artículo 2°

Apartado 2)

- Rechazar la intercalación acordada por la Cámara de Diputados, y que suponía agregar, en el artículo 2° de este proyecto de ley, la mención al artículo 372 bis del Código Penal.

(Mayoría de votos. 8 votos a favor y 2 votos en contra).

Artículo transitorio

- Aprobar el texto acordado por el Senado.

(Mayoría de votos. 7 votos a favor y 3 votos en contra).

A título meramente informativo, cabe hacer presente que, de ser aprobada la proposición de la Comisión Mixta, el texto del proyecto de ley queda como sigue:

PROYECTO DE LEY

“Título I

De la imprescriptibilidad de la acción penal

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1) Agrégase el siguiente artículo 94 bis:

“Artículo 94 bis.- No prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad.”.

2) Intercálase, en el inciso tercero del artículo 369, a continuación de la palabra “dispuesto”, la siguiente expresión: “en el artículo 369 quinquies de este Código y”.

3) Suprímese el artículo 369 quáter.

4) Agrégase, a continuación del artículo 369 quáter, el siguiente artículo 369 quinquies:

“Artículo 369 quinquies.- Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, se considerarán delitos de acción pública previa instancia particular y se regirán por lo dispuesto en

el artículo 54 del Código Procesal Penal desde que el ofendido por el delito haya cumplido los dieciocho años de edad, si no se ha ejercido antes la acción penal.”.

Título II De la renovación de la acción civil

Artículo 2°.- Renovación de la acción civil. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, todos del Código Penal, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, la acción civil reparatoria podrá ser deducida por una sola vez, en contra del imputado o del responsable del hecho ajeno, transcurrido el plazo de prescripción establecido en el artículo 2332 del Código Civil, entendiéndose renovada la acción civil, cumpliéndose las condiciones señaladas en los dos artículos siguientes.

Artículo 3°.- Renovación de la acción civil contra el imputado. Se entenderá renovada la acción civil reparatoria en contra del imputado por los delitos señalados en el artículo anterior, si la demanda es interpuesta por la víctima, considerándose por tal sólo aquella establecida en el inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal, en la tramitación del respectivo procedimiento penal, una vez formalizada la investigación y hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral.

Renovada la acción en los términos señalados en el inciso anterior, ésta se tramitará conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal, en particular, las contenidas en el Párrafo 2° del Título III del Libro Primero, en todo lo que no sea modificado en este artículo.

Asimismo, también se entenderá renovada la acción civil reparatoria, si es deducida por la víctima del inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal, respecto del imputado formalizado, cuando el procedimiento penal continuare en conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o que por cualquier causa terminare o se suspendiere sin que sea posible emitir un pronunciamiento acerca de la acción civil, háyase o no interpuesto ésta en el procedimiento penal, siempre que la víctima presente la demanda ante el juzgado de letras con competencia en lo civil en el término de sesenta días contado desde que quede ejecutoriada la resolución que dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que se fije fecha para audiencia preparatoria y transcurra la oportunidad indicada en el inciso

primero, sin que la víctima hubiere interpuesto la demanda civil ante el juzgado de garantía competente, se tendrá por extinguida la acción civil reparatoria de forma definitiva, sin poder renovarse más, ni aún si se fija nueva fecha de audiencia.

A su vez, si se procede en los términos del artículo 390 o del artículo 235, ambos del Código Procesal Penal, la acción civil reparatoria se entenderá renovada si la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente dentro del término de sesenta días siguientes al requerimiento, o a la dictación de la resolución que dispusiere la continuación del procedimiento según las reglas del Título I del Libro Cuarto del Código Procesal Penal, o a la dictación del auto de apertura del juicio oral, según el caso. En esta última situación, la circunstancia de deducirse apelación en contra del auto de apertura del juicio oral no suspenderá el cómputo del plazo señalado.

Cuando se procediere conforme a los incisos tercero o cuarto, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula al demandado, y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 4°.- Renovación de la acción civil contra el responsable por el hecho ajeno. Podrá renovarse la acción civil reparatoria en contra del responsable del hecho ajeno, por los daños derivados de la perpetración de los delitos señalados en el artículo 2°, si se cumplen las siguientes condiciones:

a) Que el tribunal con competencia penal haya dictado sentencia condenatoria en contra del autor del daño por la comisión de alguno de estos delitos y ésta quede ejecutoriada.

b) Que la acción civil sea deducida por la víctima del inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal en contra del responsable del hecho ajeno, por los hechos que fundan la condena penal, ante el juez de letras con competencia en lo civil y dentro del término de sesenta días desde que la sentencia condenatoria penal se encuentre ejecutoriada.

Renovada la acción civil en los términos señalados en este artículo, ésta se tramitará conforme a las disposiciones del juicio ordinario, debiendo acreditarse respecto del demandado todos los presupuestos de la responsabilidad civil por el hecho ajeno.

Título final
De la responsabilidad penal adolescente

Artículo 5°.- De la responsabilidad penal adolescente. Las disposiciones de esta ley no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes, sujetos a la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Artículo transitorio.- Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal.”.

- - -

Acordado en sesión celebrada el día 19 de junio de 2019, con la asistencia de los Honorables Senadores señor Felipe Harboe Bascuñán (Presidente), señora Ximena Rincón González (Francisco Huenchumilla Jaramillo), Andrés Allamand Zavala, José Miguel Insulza Salinas (Alfonso De Urresti Longton) y Víctor Pérez Varela, y los Honorables Diputados señores Juan Antonio Coloma Álamos (Jorge Alessandri Vergara), Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Tomás Hirsch Goldschmidt (Gabriel Boric Font), René Saffirio Espinoza y Matías Walker Prieto.

Sala de la Comisión Mixta, a 1 de julio de 2019.

Rodrigo Pineda Garfias
Secretario