

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO** recaído en
el proyecto de ley, en primer trámite
constitucional, que declara
imprescriptibles los delitos sexuales
contra menores.

BOLETÍN N° 6.956-07

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de presentar su primer informe sobre el proyecto señalado en el epígrafe, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señora Rincón y señor Quintana y de los exsenadores señores Rossi y Walker, don Patricio, con urgencia calificada de “suma”.

A una o más sesiones que celebró la Comisión para estudiar esta iniciativa asistieron, además de sus integrantes, los Honorables Senadores señoras Ximena Rincón y Carolina Goic, y señores Juan Pablo Letelier y Jaime Quintana.

Además, contó con la presencia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín, quien fue acompañado por el Jefe de la División Jurídica, señor Sebastián Valenzuela; el Jefe de Asesoría y Estudios, señor Milton Espinoza, y la asesora del señor Ministro, señora Renata Sandrini.

Durante el estudio de esta iniciativa se escuchó la opinión de los profesores de Derecho Penal, señora María Elena Santibáñez, y señores Juan Pablo Hermosilla, Gabriel Zaliasnik, Nicolás Espejo, Jean Pierre Matus y Pablo Becerra, y los abogados constitucionalistas, señores Fernando Atria y Arturo Fermandois. De igual manera, se recibió en audiencia al médico cirujano, señor James Hamilton y a la psicóloga, señora Vinka Jackson.

Concurrieron, asimismo, el abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, señor Francisco Geisse; el abogado de la Unidad Jurídica y Judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Julio Cortés; la Directora de la Defensoría de la Infancia, señora Patricia Muñoz y su asesora, señora Andrea Bórquez; los asesores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señora María Fernanda González y señor Fredy Vásquez; la asesora de la Dirección de

Presupuestos del Ministerio de Hacienda, señora Lorena Escobar; el asesor del Ministerio Público, señor Maurizio Sovino; el abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor José Tomás Humud; la estudiante de Periodismo de la Universidad de los Andes, señora Angiel Oyarce, y el asesor parlamentario de la Biblioteca del Congreso Nacional, señor Juan Pablo Cavada.

Igualmente, estuvieron presentes, el asesor del Honorable Senador señor Allamand, señor Francisco Bedecarratz; el asesor del Honorable Senador señor Quintana, señor Eduardo Suárez; la asesora del Honorable Senador señor Lagos, señora Leslie Sánchez; el asesor del Honorable Senador señor Letelier, señor José Fuentes; la asesora de la Honorable Senadora señora Rincón, señora Paula Silva; el asesor de la Honorable Senadora señora Goic, señor Jorge Pereira; el asesor del Honorable Senador señor Insulza, señor Nicolás Godoy; los asesores del Comité DC, señoras Paulina Gómez, Constanza González y señor Aldo Rojas; los asesores del Comité PPD, señores Sebastián Abarca y Sebastián Divin, y el periodista señor Gabriel Muñoz; la asesora del Comité PS, señora Melissa Mallega y los periodistas, señora Pía Lecaros y señor Francisco Aedo; los asesores legislativos del Comité UDI, señores Giovanni Calderón y Carlos Oyarzún, la periodista señora Karelyn Lüttecke y el pasante de ese Comité, señor Danilo Carias; el asesor del Comité Revolución Democrática (RD) de la Cámara de Diputados, señor Diego Rochow; y la invitada de la Honorable Senadora señora Rincón, señora Anastassia Cafatti.

-.-.-

No obstante que el proyecto de ley en informe es de artículo único, la Comisión propone discutirlo sólo en general, con el objeto de otorgar a Sus Señorías la oportunidad de precisar y perfeccionar esta iniciativa, con ocasión del segundo informe.

-.-.-

OBJETIVO DEL PROYECTO

Establecer la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir a los responsables de crímenes o simples delitos sexuales, cuando la víctima sea un menor de edad.

ANTECEDENTES

I. De Derecho

Se relacionan directamente con esta iniciativa las siguientes normas:

1. Constitución Política de la República: artículo 19 N° 2, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; el artículo 19 N° 3, que también garantiza que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Asimismo, que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Finalmente, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

2. Código Penal: artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación a la violación, 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis; 366 quáter, 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis, 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando la víctima sea menor de edad.

3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 7.5

4. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 19.1.

II. De Hecho

2.1. Moción

En los fundamentos de esta iniciativa, sus autores recuerdan que el día 31 de agosto del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.207, que estableció que la prescripción de los delitos sexuales contra menores se computará desde el día en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Indican que dicha normativa tuvo su origen en una Moción -Boletín N° 3.786-07- presentada el día 19 de enero de 2005 por diputados miembros de la Bancada de Renovación Nacional, a cuyo trámite legislativo se incorporó otra Moción -Boletín N° 3.799-07-, presentada con posterioridad, el día 3 de marzo de 2005.

Precisan que dichas disposiciones supusieron un avance muy significativo en contra de la pedofilia, ya que muchos de los delitos perpetrados contra menores quedaban en la más completa impunidad, dado que, cuando los menores alcanzaban la mayoría de edad, y podían, en consecuencia, ejercer las acciones penales por sí mismos, sin necesidad de hacerlo a través de sus representantes legales, tales ilícitos se encontraban prescritos y, en consecuencia, extinguida toda responsabilidad de carácter penal y también las acciones civiles.

Seguidamente, manifiestan que la realidad social muestra que, en múltiples ocasiones, las víctimas sólo se atreven a denunciar los delitos de connotación sexual que padecieron muchos años después de haber alcanzado la mayoría de edad, encontrándose, en todos estos casos, prescritas las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad.

Indican que estos delitos son especialmente graves, ya que provocan serios trastornos en la personalidad de la víctima. Agregan que detrás de todo abusador, hay un niño abusado, significando con ello que, probablemente, en un patrón normal de conducta humana, que una persona que ha sido abusada en su niñez, seguramente repetirá tal conducta con otros niños, incluso con los suyos propios. De igual forma, añaden, que aún en el caso de las personas resilientes, el daño que provoca un abuso sexual es inconmensurable, que genera todo tipo de problemas para vivir y desarrollar su sexualidad, con lamentables consecuencias en otros ámbitos de su vida.

Por tales razones, expresan que los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad constituyen acciones tan reprochables que no deberían prescribir una vez que ha transcurrido cierto lapso de tiempo. Agregan que los delitos sexuales contra menores no son los únicos que no deberían prescribir en nuestro sistema.

Explican que la institución de la prescripción se basa en la necesidad de vivir en un estado de paz, subyaciendo en ella la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos, es porque han renunciado a ellos. Esta idea, sin embargo, admite varias e importantes excepciones, como ocurre en el ámbito penal en materia de delitos de lesa humanidad, que, en virtud de su entidad, no prescriben, pudiendo, además, ser perseguidos y juzgados en cualquier parte del mundo.

Señalan que no es razonable entender que una víctima de un delito sexual, cuando era menor de edad, renunció a sus derechos en este ámbito por no haber ejercido la respectiva acción penal una vez haya alcanzado la adultez.

El texto del proyecto se estructura en un artículo único que sustituye el artículo 369 quáter del Código Penal por otro que establece que los delitos previstos en los dos párrafos anteriores (párrafo 5°, de la violación; y 6°, del estupro y otros delitos sexuales del Título VII, del Libro II del Código Penal) serán imprescriptibles.

2.2. Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes.

Antes de iniciarse el estudio de esta iniciativa la Comisión recibió el informe de la Comisión Especial Encargada de Tramitar Proyectos de Ley Relacionados con los Niños, Niñas y Adolescentes, instancia que, junto con aprobar en general y en particular este proyecto, introdujo un conjunto de modificaciones al texto de la moción.

En primer lugar, incorporó al Código Penal un artículo 94 bis, nuevo, que establece que no prescribirá la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de los siguientes delitos: artículo 361: delito de violación propia (o contra un mayor de 14 años de edad); artículo 362: delito de violación impropia (o contra un menor de 14 años de edad); artículo 363: delito de estupro; artículo 365 bis: delito de abuso sexual agravado; artículo 366: delito de abuso sexual propio; artículo 366 bis: delito de abuso sexual impropio; artículo 366 quáter: delito de exposición del menor a actos de significancia sexual; artículo 366 quinquies: delito de producción de material pornográfico con participación de menores; artículo 367: delito de favorecimiento de la prostitución de menores, artículo 367 ter: delito de favorecimiento impropio de la prostitución de menores, siempre que al momento de la perpetración de estos delitos la víctima sea menor de edad.

Asimismo, estableció que tampoco prescribirán la acción penal de los delitos contemplados en el inciso final del artículo 142 del Código Penal (sustracción de menores con violación), y en el numeral 1° del artículo 433 (robo con violencia o intimidación de las personas con violación de un menor de edad).

En segundo lugar, acordó derogar el artículo 369 quáter.

Finalmente, consignó una norma transitoria que establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal contenida en esta iniciativa sólo regirá respecto de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

-.-.-

Antes de iniciarse el estudio de este proyecto por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, S.E el Presidente de la República formuló una indicación para sustituir esta iniciativa por la siguiente:

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

1) Incorpórase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

"Art. 94 bis.- No prescribirá la acción penal de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141 inciso final y 142 inciso final, ambos en relación a la violación; 361; 362; 363; 365 bis; 366; 366 bis; 366 quáter; 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis; 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad."

2) Suprímese el artículo 369 quáter.

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

-.-.-

Durante el análisis de este proyecto de ley, la Comisión acordó solicitar, por escrito, el parecer sobre el mismo a la Excma. Corte Suprema, a la Defensoría Penal Pública y al Ministerio Público.

Se deja constancia que a la fecha de este informe se han recibido los siguientes documentos, cuyo contenido esencial se transcribe a continuación:

INFORME DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Mediante oficio N° 60-2018, de 13 de junio de 2018, el Máximo Tribunal de la República, comunicó, en síntesis a la Comisión, que la consulta formulada exorbita los contornos del informe normado en el artículo 77 de la Carta Fundamental, razón por lo que acordó no emitir pronunciamiento sobre esta iniciativa de ley y de la indicación sustitutiva del señor Presidente de la República.

No obstante lo anterior, el mencionado informe contiene una prevención que señala lo siguiente:

"Acordada con el voto en contra del Presidente señor Brito y de los Ministros señores Dolmestch, Künsemüller y Dahm, quienes estuvieron por informar desfavorablemente el proyecto de ley y la indicación sustitutiva, teniendo presente para ello las razones expresadas en la respuesta al Oficio N° 148-2016 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados –las que se reiteran y se dan por reproducidas- y, además, las siguientes:

1º) Que la declaración de una prescripción de la acción penal o de la pena corresponde a un órgano jurisdiccional, que incluso debe hacerlo de oficio, de acuerdo al artículo 102 del Código Penal. Se trata, en consecuencia, de una materia directamente relacionada con las atribuciones de los jueces y debería, por lo tanto, ser informada por esta Corte;

2º) Que, más allá de las influencias que en el parecer jurídico pudieran ejercer –sin tener que hacerlo– las consideraciones críticas motivadas por determinados casos judiciales u otros, en particular, es menester, tener cuidadosamente presente lo que sigue:

a) La prescripción aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta; ambas tienen una condición común; el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena, perdiendo por ello la sociedad misma el derecho de ejercitar acciones tendientes a uno u otro fin. (Jiménez de Asúa, 1992, 637).

b) La prescripción se inserta en una exigencia de seguridad jurídica, ella está al servicio de la firmeza, de la seguridad de la vida jurídica. El imperativo práctico de hacer factible la convivencia humana, impidiendo una “perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas (Von Liszt, 403) puede que contradiga los requerimientos retributivos y la propia positividad del derecho.” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro I, Editorial Jurídica, 2002, p. 461).

c) Plazos demasiado largos de prescripción o la franca imprescriptibilidad de delitos y penas introducirían en un Código Penal “el mayor defecto que cabe en una ley; el defecto que no se ejecutará y la paz de la comunidad”. (Pacheco, 506)

d) La opinión nacional dominante se pronuncia en los mismos términos, en consonancia con la tradición liberal del penalismo chileno. (Cury II, 430; Etcheberry II, 256; Labatut I, 297; Novoa II, p. 486; Vargas, 118; Yuseff, 33).

e) Mantener a un ciudadano indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, contrasta con la apremiante exigencia de humanidad aspecto de la idea del derecho sobre cuya importancia para el Derecho Penal contemporáneo huelga insistir. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, cit., p. 462);

3º) Que uno de los más connotados especialistas nacionales en las materias del Derecho Penal sexual ha expresado, a propósito del artículo 369 quáter (que inicia el plazo de prescripción desde la mayoría de edad del sujeto pasivo), lo siguiente:

“Varias críticas se han formulado en torno a la disposición que nos ocupa. Entre ellas, que no se aprecia la razón para reducir su ámbito de aplicación únicamente a la criminalidad sexual, en circunstancias que respecto de otros delitos que afecten a menores pueden existir las mismas razones político-criminales que subyacen al precepto del artículo 369 quáter. Tampoco existe ninguna razón para circunscribir una disposición como ésta a los menores de edad, si hay otras personas y situaciones que también merecerían el mismo trato (v. gr., en razón de alguna enfermedad), o para que ella se aplique por igual a delitos que revisten gravedades muy diversas. Todo ello sin contar con que la ampliación de los plazos de prescripción no necesariamente opera a favor de un respuesta investigativa y jurisdiccional eficiente, sino más bien al contrario.” (Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 2ª. edición, Editorial Jurídica, 2014, p. 408).

Estas razones son plenamente aplicables –con mayor intensidad– a la propuesta de imprescriptibilidad;

4º) Que, el precepto del artículo 250 del Código Procesal Penal, que impide el sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles, no resulta un fundamento útil para sostener la propuesta de que se trata, toda vez que actualmente está referido únicamente a los delitos de “lesa humanidad”, de naturaleza y gravedad totalmente distintas a las propias de los ilícitos a que se vinculan las modificaciones propuestas;

5º) Que, la garantía constitucional de igualdad ante la ley se verá lesionada con la aprobación de las normas propuestas, desde que los responsables de delitos de mucha mayor gravedad – atentatorios de la vida humana autónoma e integridad física de las personas (mutilaciones y lesiones gravísimas)– tendrán a su favor la causal extintiva de prescripción de la acción penal y, en cambio, estarán privados de ella los culpables de los ilícitos mencionados en las iniciativas (al menos, los de carácter únicamente sexual).”.

INFORME DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Mediante oficio N° 335, de 15 de junio de 2018, la Defensoría Penal Pública, comunicó a la Comisión, su parecer sobre esta iniciativa de ley. Su texto es el siguiente:

Observaciones al proyecto de ley “que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores” (Boletín 6956-07)

I. Introducción

El presente informe aborda el proyecto de ley “que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores” (Boletín 6956-07), y en particular, el texto del proyecto aprobado en general y en particular por la comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, y la indicación sustitutiva realizada por el Ejecutivo. Lo anterior, como una contribución al análisis de esta iniciativa legislativa, sin perjuicio de los comentarios y observaciones que se puedan realizar durante el desarrollo de su tramitación, si fueren requeridos.

El proyecto, iniciado en una moción del año 2010, tiene como objetivo declarado hacerse cargo de situaciones que no se tuvieron en consideración con la ley 20.207 a propósito de la prescripción de delitos sexuales , tales como aquellas en que personas de avanzada edad, denuncian haber sido víctimas de delitos de connotación sexual mientras fueron menores de edad, pero que debido a la enorme distancia temporal con los hechos, las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad penal se encuentran prescritas.

Si bien se destaca que la Ley 20.207 constituyó un avance contra la impunidad de delitos sexuales en las que víctimas sean menores de edad y que por diferentes circunstancias no podían o no querían denunciar los hechos, esta norma hoy es insuficiente a la luz de casos como los abusos a menores cometidos por algunos miembros de la Iglesia Católica que han sido denunciados por las víctimas 30 años después de ocurridos, pero no han podido ser sancionados producto de la prescripción.

Posteriormente, el Ejecutivo formuló el 3 de mayo de 2018 una indicación sustitutiva en la que se expone que por distintas razones, un gran número de víctimas menores de edad tienden a ocultar el hecho a veces por siempre o ya transcurridos varios años desde la comisión del ilícito, lo que sumado a las dificultades probatorias que caracteriza la investigación de estos delitos, contribuyen a crear condiciones de impunidad para quienes cometen la agresión y a su entorno de protección. La indicación busca a través de una norma de imprescriptibilidad poder conciliar la tutela judicial efectiva con aquellas particularidades subjetivas y personales que afectan a las víctimas. De esta forma, se pretende que la víctima pueda denunciar el hecho cuando se encuentre en condiciones de sobrellevar los procesos psicológicos, emocionales y judiciales, y así, asegurar la persecución de los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad y evitar que el transcurso del tiempo favorezca la impunidad del agresor.

II.- *Texto aprobado e indicación sustitutiva del gobierno.*

1.- *El texto aprobado en general y particular por la Comisión Especial Encargada de Tramitar Proyectos de ley Relacionados con los Niños, Niñas y Adolescentes deroga el artículo 369 quáter del Código Penal e incorpora un nuevo artículo 94 bis, el cual se puede resumir de la siguiente forma:*

a) *Que en determinados delitos sexuales, y en las violaciones cometidas con ocasión o motivo de una sustracción de menores o un robo con violencia o intimidación, la acción penal no prescribirá para la víctima, el autor y Ministerio Público siempre que la víctima al momento de la perpetración del hecho sea menor de 18 años.*

b) *Que el plazo de prescripción de la acción penal del delito de comercialización, distribución y adquisición maliciosa o almacenamiento de pornografía infantil, comenzará a computarse respecto de la víctima, el autor y el Ministerio Público, una vez que la víctima haya cumplido los dieciocho años de edad.*

2.- *Por su parte, la indicación sustitutiva presentada por el Ejecutivo propone en síntesis: a) Suprimir el artículo 369 quáter del Código Penal y, b) agregar un nuevo 94 bis al Código Penal, convirtiendo en imprescriptible la acción penal de crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141 inciso final y 142 inciso final, ambos en relación a la violación; 361; 362; 363; 365 bis; 366; 366 bis; 366 quáter; 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis; 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad.*

III. *Sobre la prescripción de la acción penal.*

Es posible distinguir tres tipos de fundamentos de la prescripción, uno de naturaleza procesal, otro material y, por último, uno de carácter mixto.

Para quienes tratan la prescripción como una institución procesal, lo que suprime el transcurso del tiempo es la acción y no los elementos vinculados con el delito mismo. De acuerdo con este fundamento, la prescripción se justifica por las dificultades probatorias que el distanciamiento temporal entre la comisión del delito y el procesamiento traería aparejadas, situación que podría traducirse en sentencias erróneas. En ese sentido, el profesor Enrique Cury señala que para una parte importante de la doctrina se trata de una institución procesal justificada, porque, con el correr del tiempo, tanto las pruebas de cargo como las de descargo desaparecen o se hacen más difíciles de encontrar, más

imprecisas y, por consiguiente, menos fiables, de modo que la prescripción opera como una garantía de seguridad jurídica y de restricción ante la posibilidad de un error judicial.

El fundamento material califica a la prescripción como institución inherente al derecho penal, porque afecta al delito en sí mismo o a sus consecuencias, y no sólo a la acción que de él deriva para su procesabilidad. Con el transcurso del tiempo la necesidad de la pena va disminuyendo hasta diluirse en pos de la seguridad jurídica y de la paz social. La alarma e inquietud producidas por el delito desaparecen, por otro lado, el delincuente no ha sido sancionado y sin embargo no ha incurrido en reiteración de comportamientos análogos; esto significaría que se ha reinsertado en el ámbito social, lo que hace aconsejable no modificar ese estado de cosas.

El fundamento estaría entonces, en que luego de transcurrido un período de tiempo más o menos prolongado, la exigencia de retribución fundada en la culpabilidad por el injusto y la necesidad de imponer o ejecutar la pena para servir a la prevención general se atenúa hasta desaparecer casi completamente. A causa de esto mismo, la necesidad social de castigar se reduce hasta ser inferior a la también apremiante -y en estas circunstancias prevalente- necesidad social de preservar la paz social mediante la consolidación de la situación jurídica.

Por otra parte, un fundamento mixto sostiene que la prescripción tiene naturaleza material y procesal, porque el transcurso del tiempo, junto con afectar a la necesidad de pena, se crean dificultades de orden probatorio. En ese orden de ideas, las dificultades de prueba y defensa que se producen con el correr del tiempo contribuyen, entre otros factores, a determinar la actitud del conglomerado social frente al delito ya medio olvidado. Pero estas consideraciones se inscriben en un todo más amplio, dentro del cual predomina el punto de vista político-criminal relativo a la ineficacia a inoportunidad del castigo tardío.

IV.- Problemas de la imprescriptibilidad.

En primer lugar, el establecimiento de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad implica hacerse cargo de justificar tanto la proporcionalidad de la medida como la necesidad de dar un tratamiento especial a estos ilícitos, a diferencia de otras figuras penales que traen aparejada una mayor sanción, o resultan tanto o más difíciles de investigar, como los femicidios, violencia intrafamiliar, colusión, corrupción, tráfico de drogas o delitos económicos. Actualmente, la figura de la imprescriptibilidad es excepcional y está reservada a delitos de lesa humanidad, tales como el genocidio, los crímenes de guerra y aquellos más graves en el marco de la comunidad internacional cuyo fundamento jurídico y político reside, entre otros, en alcanzar la convivencia y paz social.

En definitiva, en el proyecto no se vislumbran argumentos que expliquen de qué forma los delitos sexuales cometidos contra menores de edad afectan la paz social en términos comparables a los efectos de los delitos de lesa humanidad, ni tampoco se ofrece mayor argumentación acerca del por qué se les debe otorgar un tratamiento diferente a otros ilícitos de difícil develación o de mayor penalidad, de modo que la propuesta queda expuesta a ser calificada de arbitraria y desproporcionada.

El planteamiento del proyecto también suscita problemas a nivel constitucional en relación a la garantía de la "igualdad ante la ley" prevista en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y al principio de proporcionalidad. En efecto, una medida como la propuesta establece un catálogo de tipos penales "beneficiados" con la imprescriptibilidad y sin atender a la necesidad concreta de cada caso, produciéndose un desbalance respecto a otros delitos de gravedad. Asimismo, al establecerse la imprescriptibilidad se afecta de forma arbitraria la garantía de todo imputado a ser juzgado en un plazo razonable conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el establecimiento de la imprescriptibilidad genera problemas en relación a la eficacia probatoria y el correcto funcionamiento del sistema de justicia criminal. Teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos sexuales y su dificultad de prueba, el transcurso del tiempo es un factor que diluye la efectividad y la calidad de la evidencia tanto para la defensa como la parte acusadora, de modo que con la introducción de normas que aseguren la imprescriptibilidad, el sistema enfrentará serias dificultades probatorias y un consecuente aumento de sentencias absolutorias y también aumentar la posibilidad de un incremento de las sentencias condenatorias fundadas en evidencia de cuestionable calidad. En este escenario, la propuesta también contribuye a crear en la ciudadanía expectativas desmesuradas sobre lo que se espera del sistema y que luego no se podrán cumplir, con los costos de legitimidad que eso supone.

Al no existir una obligación para el Ministerio Público de mantener y custodiar las evidencias de forma indefinida, si la evidencia es desechada o destruida, la defensa no tendrá acceso ella para preparar su teoría del caso y controvertir la prueba de cargo en caso que se inicie o reactive una investigación criminal tras un largo tiempo.

Si bien el Estado tiene la obligación de ejercer la persecución penal, esa potestad encuentra sus límites en las garantías procesales que configuran el debido proceso. En ese sentido, la prescripción no solo responde a razones de seguridad jurídica, sino que también opera como una forma de garantizar el juzgamiento en un plazo razonable, e impedir la instrumentalización del ejercicio de la acción penal, pues de otro modo, se da cabida a investigaciones donde una persona tendría la calidad

de imputado por una duración indefinida, con las consecuencias e incertidumbres que ello implica en el ejercicio de sus derechos.

V.- Problemas de la imprescriptibilidad respecto de delitos cometidos por adolescentes.

Tanto la indicación sustitutiva, como el texto aprobado por la comisión especial no hacen distinción alguna respecto a si la persona que comete un ilícito que se pretende declarar imprescriptible es adulto o adolescente. Esta situación es problemática cuando dicho delito se atribuye a una persona que lo habría cometido siendo adolescente.

Sobre el punto, ya existe doctrina nacional que cuestiona la aplicación del actual artículo 369 quáter del Código Penal a los adolescentes por lo que, a fortiori, dichos argumentos son absolutamente pertinentes para oponerse al proyecto de ley en análisis, especialmente en este caso.

Así, en un trabajo del profesor Juan Pablo Mañalich, se sostiene que los principios de “tolerancia especial” y “celeridad de la materialización de la reacción punitiva” inspiran el sistema penal de adolescentes y que son la ratio, por ejemplo, del artículo 5° de la Ley 20.084 de responsabilidad penal de los adolescentes (LRPA) que establece plazos menores de prescripción para los crímenes y simples delitos cometidos por personas mayores de 14 años y menores de 18.

Sostiene Mañalich, recurriendo a von Hirsch, que el paso decisivo a favor de una auténtica alteración de las convenciones que relacionan gravedad (de los delitos) y severidad (de las penas), en el marco de la configuración de un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad, consiste en asumir el significado de la adolescencia (o “juventud”) como un periodo de experimentación, y más precisamente, como un periodo “para probar límites” y, por ende, “para cometer errores”. Ello tendría que favorecer la adopción de un principio de “tolerancia especial” para con el comportamiento delictivo de menores de edad, cuyo fundamento último no sería otro que una apuesta, a saber: “que muchos o la mayoría de los menores que abusan de tales oportunidades, cuando maduren, aprenderán mejor a vivir en forma autónoma —y no deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas elecciones anteriores”.

Para justificar el tratamiento diferenciado de la criminalidad adolescente, Couso desarrolla una explicación evolutiva y psicosocial, recurriendo a nuevas evidencias surgidas de las neurociencias y a la perspectiva psicoanalítica y psicosocial. Algunos de los aportes desde estas disciplinas se pueden resumir de la siguiente forma:

- Los adolescentes tienen una menor capacidad de auto-administrarse, pues experimentan con mayor frecuencia, y de modo más intenso, cambios en su estado de ánimo, lo que se traduce en una mayor impulsividad y en mayor dificultad de regular tales estados de ánimo, y sus impulsos y comportamientos.

- El hecho de que los adolescentes estén en una fase de desarrollo, en la que su personalidad está todavía en formación, sirve de base para poner en duda la asunción de que su crimen refleja rasgos permanentes de su carácter, sus valores y actitudes ante los demás y la sociedad.

- Las decisiones criminales de un infractor juvenil típico son distintas de las de un adulto no sólo porque la decisión, en sí misma, es deficiente como consecuencia de una inmadurez de juicio, sino también porque la acción criminal del adolescente no es expresiva de un carácter negativo del agente.

- El resultado es que los adolescentes, aun cuando sean capaces de reflexionar y decidir casi como un adulto respecto de determinados asuntos y en ciertos contextos o situaciones que favorezcan un abordaje racional de la decisión y una deliberación relativamente libre de fuertes influencias emocionales o sociales que afecten la capacidad de juicio (como en el caso de decisiones sobre tratamientos médicos o sobre cursos de acción legal, si cuentan con algo de tiempo para ponderar las circunstancias y un adulto con quien discutirlos – médico, asesor legal, padres), tendrán sin embargo dificultad para decidir reflexivamente en relación con otro tipo de asuntos y en otras situaciones que suscitan reacciones impulsivas, que están típicamente caracterizadas por altos niveles de excitación emocional o coerción social, o que no favorecen la discusión previa de la decisión con un experto o alguien con mayor experiencia (como involucrarse en un delito – respondiendo a una ofensa o agresión – o aprovechar una invitación o una oportunidad espontánea que promete satisfacción inmediata – adquirir alcohol o drogas, conducir, tener sexo sin protección, etc.).

Por otra parte, es necesario complementar lo anterior con el “principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva” a la cual puede quedar sometido un menor de edad. Este principio se deja entender como una implicación del hecho de que la sanción penal susceptible de ser impuesta sobre un adolescente tenga que constituir una respuesta punitiva adecuada a la culpabilidad expresada en el hecho delictivo a él imputable. De acuerdo a Mañalich, el principio antes referido se encuentra en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, entre otras manifestaciones, en la fijación de plazos de prescripción de la acción penal y de la pena que resultan considerablemente más breves que aquellos previstos por el Código Penal ; por tal razón, la efectiva vigencia de este

principio se ve radicalmente puesta en cuestión si el art. 369 quater fuese interpretado de modo tal de resultar aplicable para el cómputo de plazos de prescripción establecidos en el art. 5º de la Ley 20.084 , y con mayor razón, si se establece la imprescriptibilidad en los términos expuestos en el proyecto.

El hecho de que los adolescentes estén en una fase de desarrollo, en la que su personalidad está todavía en formación, sirve de base para poner en duda la asunción de que su crimen refleja rasgos permanentes de su carácter, sus valores y actitudes ante los demás y la sociedad. Las decisiones criminales de un infractor juvenil típico son distintas de las de un adulto no sólo porque la decisión, en sí misma, es deficiente como consecuencia de una inmadurez de juicio, sino también porque la acción criminal del adolescente no es expresiva de un carácter negativo del agente.

La evidencia empírica justifica un tratamiento penal diferenciado, aunque parezca contraintuitivo, especialmente respecto de hechos que de ser cometidos por adultos merezcan ser tratados con la mayor severidad. Lo anterior implica que todos los aspectos que conforman la reacción punitiva deben ser menos severos y, entre esos aspectos, se encuentra las normas sobre prescripción. Recordemos también que la prescripción también debe tener en cuenta que “la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo, sobre todo en caso de adolescentes y jóvenes”.

Para que la reacción penal respecto de hechos cometidos por adolescentes sea pertinente (y, por lo tanto, justa) debe ser oportuna, particularmente cercana al hecho cometido, lo que también entra en conflicto irremediabilmente con la imprescriptibilidad que el proyecto de ley propone.

VI.- Sugerencias respecto del texto actual del proyecto.

Lo anteriormente expuesto fundamenta la opinión de la Defensoría Penal Pública contraria a la imprescriptibilidad que propone el proyecto. Sin embargo, en el evento que esta iniciativa legislativa prospere nos permitimos sugerir algunas modificaciones coherentes con su propósito declarado:

1.- La exclusión de los autores adolescentes por la razones expuestas anteriormente.

2.- En razón a que el proyecto busca establecer imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, no resulta coherente con este propósito la inclusión de los delitos de

secuestro con violación (art. 141 del Código Penal) y el de comercialización, distribución y adquisición o almacenamiento malicioso de pornografía infantil (art. 374 bis).

Respecto del delito de secuestro con violación, cabe señalar que la víctima solo puede ser mayor edad, mientras que para los casos en que la víctima sea menor edad existe la figura de sustracción de menores calificada del art. 142 del Código Penal, la cual ya se encuentra incluida en el proyecto.

En cuanto al delito del art. 374 bis ya referido, se debe tener en consideración que quien comercializa distribuye, almacena o adquiere material pornográfico infantil no participa de su producción (delito del art. 366 quinquies ya incorporado al proyecto). En todo caso, declarar la imprescriptibilidad de la adquisición o almacenamiento de material pornográfico (inciso segundo del artículo mencionado) parece absolutamente desproporcionado respecto de las características de la conducta sancionada.

3.- Constituyendo la dificultad en la develación y la gravedad de los hechos los fundamentos centrales de la iniciativa legislativa en comento, se sugiere que al menos para la procedencia de la imprescriptibilidad se establezca la concurrencia de una o varias circunstancias que efectivamente dificulten la develación del hecho, tales como:

a) Cuando el autor, por sentencia ejecutoriada, haya sido condenado, previamente por uno de los delitos que se declararían imprescriptibles.

b) Cuando al momento de la comisión del delito o de cualquiera de los hechos si hay reiteración, la víctima fuera económica, emocional, físicamente o de otro modo semejante, dependiente del ofensor y/o el autor se haya visto favorecido por una asociación u organización que le proporcione impunidad.

c) Cuando se trate de delitos que se declararían imprescriptibles, respecto de los cuales no haya mediado sentencia ejecutoriada, cometidos contra víctimas diversas, por uno o varios autores concertados al efecto.”.

Finalmente, se deja constancia que otros documentos presentados por los invitados a las sesiones de la Comisión se incorporan como documentos anexos al presente informe.

DISCUSIÓN EN GENERAL

Al iniciarse el estudio de esta iniciativa de ley, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, concedió el uso de la palabra al **Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín**, quien en nombre del Gobierno agradeció la invitación a participar en la discusión de este asunto e inició su presentación manifestando que para el Ejecutivo la preocupación por la niñez es una materia central, y por ello ha puesto hincapié en avanzar en varias iniciativas vinculadas a este tema, como las medidas para acelerar los procesos de adopción y el proyecto de ley en estudio.

Manifestó que en los últimos años se ha intensificado el número y gravedad de los abusos sexuales contra menores, y ello obliga a revisar nuestra legislación para encarar esta situación.

Explicó que una cuestión central en esta materia es hasta cuándo se puede perseguir la responsabilidad penal por la comisión de estos hechos. Señaló que en este ámbito ha habido cierta evolución en la legislación. Recordó que hasta el año 2007 la acción para perseguir estos delitos prescribía en los plazos comunes establecidos por el Código Penal para los crímenes y simples delitos. En ese año se dictó la ley N° 20.207, que introdujo en el Código Penal el artículo 369 quáter. Esta disposición introdujo una excepción al sistema general de la prescripción de la acción penal, estableciendo que para el caso de los delitos sexuales cometidos contra menores el plazo se contará desde que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad.

Hizo presente que este avance legislativo ha resultado insuficiente, pues las circunstancias demuestran que comúnmente el victimario es una persona cercana a la víctima y mantiene respecto de ella una relación de dependencia o subordinación.

Añadió que el Ministerio que dirige ha recopilado mucha información sobre el tema, consultando a especialistas e informándose sobre la regulación comparada, y propone avanzar introduciendo la regla de imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir los delitos sexuales contra menores.

Puntualizó que en este ámbito la evidencia científica es útil porque muestra que los menores que han sido víctimas de estos abusos quedan con secuelas que no se resuelven con el mero transcurso del tiempo, por lo que la posibilidad de hacer una denuncia se torna particularmente difícil. En razón de ello, se revisó la legislación comparada, y se detectó que en algunos países existen plazos mayores para

que las víctimas denuncien o, se eliminó todo tipo de limitación temporal para hacerlo.

Indicó que la evidencia también muestra que quienes cometen estos delitos lo hacen en forma reiterada contra varias víctimas, por lo que es necesario que se facilite su detención. En esta misma línea, recordó que no se deben perder de vista las posiciones de poder que comúnmente detectan estos delincuentes respecto de las víctimas pasadas y presentes, lo que también justifica la necesidad de limitar las cortapisas para detener las carreras delictuales de estos victimarios.

Además, recordó que en estas situaciones también está de por medio la responsabilidad del Estado de tutelar los derechos de las personas y la obligación de facilitar el ejercicio de sus prerrogativas. Manifestó que al ordenamiento jurídico no solo le corresponde poner a disposición de todos el acceso a la justicia, sino también proveer paz, entendida como la certeza de las consecuencias de las relaciones sociales, y por ello la prescripción es una institución relevante, ya que subsana las situaciones de hecho que naturalmente se van dando en distintos ámbitos. Explicó que, por ello, incluso en el ámbito penal, la regla general es que las acciones prescriban. Pero en situaciones excepcionales se rompe esta regla debido a que hay ciertos ilícitos que reúnen determinadas condiciones que no deben quedar impunes. Debido a lo anterior, explicó, el Gobierno decidió dar un paso y apoyar esta iniciativa.

Manifestó que originalmente se había considerado proponer una ampliación del plazo actual, pero se optó en definitiva por secundar la idea de la imprescriptibilidad porque es mucho más grave dejar libre a un abusador consecutivo que el posible problema de prueba que probablemente se les presentará a los jueces de la instancia.

Sostuvo que en este momento (mayo del año 2018) hay seis boletines en tramitación en el Congreso Nacional que tratan esta materia, por lo que se optó por reconocer y aprovechar el avance legislativo de uno de ellos, y presentar una indicación a la iniciativa más antigua, que ya tiene un informe previo de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, ofreció el uso de la palabra al **Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señor Sebastián Valenzuela**, quien señaló que la nueva propuesta del Ejecutivo comprende las siguientes figuras delictivas:

- 1.- Secuestro con violación (art. 141 inciso final).

- inciso final).
- 2.- Sustracción de menores con violación (art. 142)
- 3.- Violación (art. 361).
- 362).
- 4.- Violación de persona menor de 14 años (art.
- 5.- Estupro (art. 363).
- 6.- Abuso sexual agravado (art. 365 bis).
- 7.- Abuso sexual (art. 366).
- 8.- Abuso sexual de persona menor de 14 años
(art. 366 bis).
- 9.- Corrupción de menores (art. 366 quáter).
- 10.- Producción de material pornográfico infantil
(art. 366 quinquies).
- 11.- Promoción o facilitación de la prostitución
infantil (art. 367).
- 12.- Obtención de servicios sexuales de menores
de edad (art. 367 ter).
- 13.- Violación con homicidio (art. 372 bis).
- 14.- Comercialización, importación, exportación,
distribución, difusión, exhibición, almacenamiento o adquisición maliciosa de
material pornográfico infantil (art. 374 bis).
- 15.- Robo con violación (art. 433 N°1).

Explicó que la proposición original de la moción consideraba solo los delitos contenidos en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro Segundo del Código Penal. Seguidamente, en la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes se añadió a este listado, el delito de sustracción de menores con violación (art. 141 inciso final), y el robo con violación cuando la víctima fuese menor de edad.

Manifestó que la indicación Ejecutivo propone añadir a lo anterior tres figuras penales extra:

1) El secuestro con violación de un menor de 18 años. Explicó que ello se debe a que la doctrina ha distinguido entre la situación de un menor que es sustraído de una esfera de resguardo, como su hogar familiar o su escuela, del que es secuestrado fuera de ese ámbito, como por ejemplo el caso del niño que estaba previamente abandonado en la calle o perdido.

2) Violación con homicidio, que tampoco está en los dos párrafos citados por la moción original. El funcionario explicó que esta figura es importante porque permitirá perseguir penalmente al autor cuando se descubre un cadáver de un menor de edad 30 años después de su muerte y las pericias tanatológicas muestran que previamente el occiso fue víctima de violación.

3) Comercialización, distribución y actividades anexas vinculadas con la pornografía infantil.

Añadió que la formulación del proyecto suprime para el futuro el artículo 369 quáter introducido en el año 2007 -que actualmente señala que los plazos de prescripción en estos casos se cuentan desde que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad-, pero lo mantiene vigente, en una disposición transitoria, para los delitos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta reforma.

Explicó que este mecanismo busca evitar que un imputado por un hecho anterior a la entrada en vigencia de la ley intente hacer valer en su favor, de forma retroactiva, la derogación del artículo 369 quáter, para salir indemne de una persecución penal iniciada después de que la víctima cumplió 18 años en virtud del estatuto especial del citado artículo.

Finalmente, expresó que en el proyecto despachado por la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, la norma de imprescriptibilidad estaba otorgada sólo para la víctima individualmente considerada, el autor y el Ministerio Público, y no respecto de otros intervinientes del proceso penal como los sucesores de la víctima en caso que ella hubiera fallecido. Manifestó que este problema está enmendado en la indicación del Ejecutivo.

A continuación, hizo uso de la palabra la **Honorable Senadora señora Rincón**, quien agradeció al Ejecutivo su opción de apoyar la moción parlamentaria. Expresó que ello muestra un reconocimiento a la autoría legislativa.

Señaló que en el trámite reglamentario previo se ofició a la Corte Suprema consultando su parecer sobre esta iniciativa, y si

ahora se presenta una indicación sustitutiva que añade nuevas figuras delictivas a la imprescriptibilidad, es necesario reiterar ese oficio.

En otro orden de materias, manifestó que la idea matriz de este proyecto no es un invento de sus autores, sino que presenta una actualización de la legislación penal nacional para dejarla acorde con la regulación internacional en esta materia que considera la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores. Connotó que incluso en Inglaterra esta regla se aplica respecto de todos los delitos sexuales, aun cuando la víctima sea mayor de edad.

Enseguida intervino el **Honorable Senador señor De Urresti**, quien manifestó que este proyecto otorga herramientas para terminar con los delitos sexuales contra menores. Expresó que para el buen despacho de esta iniciativa es necesario que la Comisión escuche a los actores académicos y judiciales más relevantes, y a quienes representan a las víctimas.

Indicó que la discusión de este proyecto tiene lugar en paralelo con la develación del encubrimiento institucional que la Iglesia Católica ha llevado a cabo respecto de estos delitos cuando han estado involucrados eclesiásticos. En este marco, consultó al Ejecutivo que otras iniciativas, además de este proyecto, están en carpeta para afrontar este tema y de otros ámbitos donde habitualmente tienen lugar esos abusos.

A continuación, intervino el **Honorable Senador señor Harboe**, quien expresó que es muy bueno que tenga lugar en el Senado la discusión de un proyecto como este. Indicó que para su mejor despacho la Biblioteca del Congreso Nacional debe preparar un estudio pormenorizado sobre legislación extranjera en esta materia que no solo identifique a los países que tienen una norma como esta en su ordenamiento, sino que además exponga los efectos que esa norma ha tenido en el combate y la reducción de los abusos contra menores de edad. Subrayó que es imprescindible legislar con evidencia empírica y no sobre la base de la pura creencia.

Añadió que para una mejor dilucidación de este asunto debe recabarse la opinión del Fiscal Nacional del Ministerio Público - que según el informe emitido en el trámite reglamentario anterior se excusó de participar en la discusión-, y tiene que escucharse la opinión de la Corte Suprema y no sólo de su Secretario.

Connotó que en este proyecto se debe hacer un esfuerzo técnico especial porque no puede ocurrir que se creen expectativas en la ciudadanía que después no sean cumplidas por la normativa que despache el Congreso Nacional.

Seguidamente, la **Honorable Senadora señora Rincón** manifestó que esta iniciativa se presentó en el año 2010 como respuesta a los abusos contra menores en el seno de la Iglesia Católica, que son de larga data pero respecto a los cuales pocos se atrevieron a opinar o intervenir en su momento. Por ello, expresó que es muy relevante que la Corte Suprema emita su parecer oficial respecto de este proyecto.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Larraín**, quien en respuesta a las inquietudes del Honorable Senador señor De Urresti manifestó que este es uno de los muchos proyectos de ley en tramitación que impulsa su cartera. Señaló que varios de ellos avanzan en la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, y buscan como objetivo común de mejorar el estándar de protección para los menores de edad.

Por otra parte, relató que en el Ministerio que dirige está trabajando una comisión técnica que revisa el proyecto de nuevo Código Penal para introducir en nuestra legislación un sistema de penas efectivo que sancione de manera coherente los ataques sexuales contra menores y evite la impunidad.

Recordó que este proyecto tiene suma urgencia, por lo que solicitó cierta celeridad en su discusión. Observó que sus disposiciones no tratan materias orgánicas o que impliquen nuevas atribuciones para los tribunales de justicia, por lo que la consulta a la Excelentísima Corte Suprema no es obligatoria e incluso ese Máximo Tribunal podría no darla si se la requiere.

Finalmente, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, llamó la atención respecto a la constitucionalidad de esta iniciativa. Recordó que en la legislación chilena no hay una ley común que establezca la imprescriptibilidad de la acción penal, y esa característica sólo está presente en los tratados internacionales de derechos humanos sobre delitos de lesa humanidad que han sido suscritos por nuestro país e ingresaron al ordenamiento jurídico nacional a través de la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República y, por tanto, podría estimarse que tendrían un rango distinto a la ley común.

En razón de lo anterior, solicitó al Ejecutivo que dilucide este asunto para despejar cualquier duda que se pueda levantar y que impida la aplicación futura de esta ley.

En una sesión posterior, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, otorgó, en primer lugar, el uso de la palabra a la **profesora de derecho penal señora María Elena Santibáñez**, quien agradeció la invitación a participar en la discusión de esta iniciativa e inicio su presentación manifestando que su experiencia en la materia se funda, entre otros aspectos, en haber sido la primera directora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en el año 2000, y posteriormente haberse dedicado profesionalmente al tema como abogado querellante, y como profesora universitaria.

Añadió que en el año 2007 participó en la discusión de la ley N° 20.507, que introdujo en el Código Penal el artículo 369 quáter. Relató que en ese trámite se observó la necesidad de establecer una regla especial de prescripción para la acción de la víctima menor de edad, tal como algunos países ya lo habían hecho a esa fecha.

Manifestó que hay varios mecanismos para este fin en la legislación comparada: hay plazos ampliados de prescripción para estos ilícitos, sistemas de suspensión como el que se adoptó por nuestra legislación, e incluso la regla de la imprescriptibilidad.

Expresó que esta modificación supuso introducir un estatuto de duplicidad de plazos de prescripción, lo que ha conllevado algunas dificultades de aplicación práctica. A su turno, la experiencia recopilada en estos años también ha mostrado que las víctimas de estos atentados no están en condiciones de iniciar un proceso penal recién cumplidos los 18 años, y más bien muestra que ello comúnmente tiene lugar cuando la víctima alcanza los 45 años.

Señaló que esta evidencia empírica secunda la idea de la imprescriptibilidad, la que se justifica no por la gravedad del delito sino por la imposibilidad de las víctimas de efectuar la denuncia. Ello no tiene que ver únicamente con haber alcanzado la mayoría de edad ni con salir del ámbito de influencia del agresor, sino con su capacidad psicológica de reconocerse como víctima y perseguir la responsabilidad penal de los responsables.

Por otro lado, manifestó que a su juicio la institución de la prescripción es de carácter penal sustantiva, por lo que rige respecto de ella lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, y según el mandato constitucional solo podrá aplicarse a hechos que tuvieron lugar después de su promulgación.

Refiriéndose al contenido de la indicación sustitutiva del Ejecutivo, manifestó que alguno de los tipos considerados en esta regla especial no se justifican. En primer lugar, la referencia al delito de

secuestro, descrito en el artículo 141 del Código Penal, pues sólo tiene lugar respecto de mayores de 18 años.

En segundo término, también solicitó que se descartara del listado el delito de violación con homicidio, pues en ese caso debería regir la regla general de la prescripción del homicidio.

En tercer lugar, sostuvo que también se debía analizar en detalle la referencia a los ilícitos contemplados en el artículo 374 bis, que incluye el delito de almacenamiento de material pornográfico con menores de edad, pues este tipo penal ha sido objeto de algunas observaciones por la doctrina nacional respecto del bien jurídico tutelado.

En otro orden de materias, llamó la atención sobre la equivalencia del plazo de prescripción de la acción penal y de la pena, lo que a su juicio no tiene justificación alguna.

Finalmente, manifestó que la introducción de una norma como la que se propone va a incrementar a la larga el número de denuncias y procesos por estos delitos, y el Estado debe estar preparado para ello, con recursos apropiados para la investigación y para el sistema judicial.

Seguidamente, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, concedió el uso de la palabra al **profesor de derecho penal señor Gabriel Zaliansnik**, quien manifestó que personalmente no tiene experiencia en tramitación de causas por estos ilícitos, y su aproximación al proyecto es desde el Derecho Penal sustantivo y procesal y no desde los derechos de las víctimas. Desde esa perspectiva el Derecho Penal se erige como una garantía de los ciudadanos, y como contrapeso del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Indicó que no le parecen persuasivas las argumentaciones que se plantean para postular la imprescriptibilidad de los delitos que incluye este proyecto, pues entiende que el Derecho Penal tiene fines distintos al de la reparación del mal sufrido por las víctimas. Lo anterior no implica desconocer el daño que provocan estos ilícitos ni la necesidad de que el Estado provea medios para subsanarlos.

Explicó que acoger una hipótesis de imprescriptibilidad como la que se propone abre la puerta para que en un futuro cercano se planteen reglas similares para otros ilícitos, lo que implicaría una verdadera transfiguración de nuestro ordenamiento penal.

Puntualizó que si las medidas que propone este proyecto se analizan desde la óptica de la gravedad de las figura involucradas, se observan serios problemas de proporcionalidad con las

demás figuras típicas del ordenamiento penal, respecto de las cuales no se predica una regla de imprescriptibilidad, y también con el conjunto de atentados sexuales contra menores que comprende delitos con una valoración muy disímil.

También connotó que las hipótesis de imprescriptibilidad acrecientan las posibilidades de error judicial por el puro efecto del transcurso del tiempo entre la comisión del hecho delictivo y el inicio de la persecución procesal. Esto contrasta con el reconocimiento que hace el Estado de Chile de uno de sus valores fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional: la dignidad de la persona, de lo cual se colige, entre otros, el derecho del imputado por esta clase de ilícitos de acompañar al proceso en su contra pruebas de descargo. Indicó que este derecho se hace más difícil con el paso del tiempo.

Manifestó que el proyecto incluye figuras pluriofensivas en las que el mayor disvalor que implica la agresión sexual, asociada al ilícito principal, no justifica la modificación de la regla de prescripción para la figura base, pues en ella no existen las dificultades especiales para la denuncia del ilícito.

Por otro lado, señaló que el proyecto iguala situaciones muy disímiles, como la que tiene lugar en comunidades tradicionales con fuertes vínculos religiosos donde el victimario es un eclesiástico que ocupa una posición de autoridad ante la víctima, de otros casos en que ninguno de los elementos anteriores existe.

Recordó que el alegato por la prescriptibilidad de la acción penal se basa en la idea de que el Derecho Penal busca resolver conflictos entre el individuo imputado y la comunidad, y no la contienda particular entre víctima y victimario. En esta línea, agregó que el conflicto social que produce el delito disminuye con el paso del tiempo, y el ejercicio de la potestad punitiva del Estado contra el ciudadano después que han transcurrido décadas desde la comisión de los hechos que la motivan puede ser desproporcionada, debido a la dificultad para el ejercicio del derecho de defensa que ello importa, y al aumento de la posibilidad del error judicial. Por lo anterior, argumentó, la doctrina sostiene la limitación temporal de la persecución penal.

A continuación, presentó a algunas estadísticas relevantes para esta discusión, provenientes del tablero penal de la página web del Poder Judicial.

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|---------------------|------|------|------|------|
| Causas formalizadas | 4061 | 3992 | 4058 | 4137 |
| Causas terminadas | 3816 | 2539 | 1396 | 772 |

| | | | | |
|-------------------------------|------|------|-----|-----|
| Causas terminadas con condena | 1356 | 947 | 455 | 208 |
| Causas terminadas sin condena | 2460 | 1592 | 941 | 564 |

Adicionalmente, presentó la desagregación por años de las sentencias sin condena para ese mismo período. Los datos son los siguientes:

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|----------------------------|------|------|------|------|
| Absolución | 448 | 235 | 73 | 12 |
| Sobreseimiento definitivo | 563 | 216 | 81 | 51 |
| Decisión de no perseverar | 737 | 597 | 348 | 188 |
| Principio de oportunidad | 2 | 4 | 2 | 0 |
| Suspensiones condicionales | 708 | 539 | 437 | 313 |
| Acuerdo reparatorio | 2 | 1 | 0 | 0 |

Señaló que esos antecedentes demuestran que con la legislación actual la mayor parte de las causas iniciadas por los delitos que trata esta iniciativa no terminan con una condena para el imputado.

Expresó que estos datos contrastan mucho con la situación de la adopción de la medida de prisión preventiva, que en estos casos sobrepasa el 87% de los formalizados.

Estos números muestran que si levanta la limitación temporal para el inicio de la persecución penal, es esperable que una proporción aún mayor de causas no terminen con una sentencia condenatoria y que se repita la constante de un alto número de medidas cautelares de prisión preventiva contra imputados que, a la larga, no serán condenados, pero con una gran cantidad de formalizados. En relación a este último punto, señaló que la legislación vigente no establece requisitos para que el Ministerio Público lleve a cabo este trámite procesal, pese al estigma social que provoca en el imputado. Añadió que, en parte, la desmesurada proporción entre la cantidad de formalizados por delitos sexuales contra menores y las condenas finales parece estar relacionado con cierto uso instrumental de estas denuncias en el contexto de conflictos familiares.

Enseguida, se refirió a las disposiciones involucradas en esta iniciativa. En primer lugar, observó que no hay una armonización clara entre la iniciativa y lo prescrito en el artículo 369 del Código Penal y el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal. Explicó que la primera norma prevé que no se puede proceder en caso de delitos sexuales sin una denuncia previa de la víctima a la justicia, al

Ministerio Público o a la policía. La segunda establece una excepción a la primera regla: cuando la víctima de estos abusos es menor de edad habrá acción penal pública.

Señaló que el problema del proyecto con estas disposiciones es la situación en que queda el adulto que fue agredido sexualmente cuando aún era menor de edad ¿rige en ese caso la regla general del artículo 369 del Código Penal y entonces no se puede proceder sin la denuncia de la víctima? ¿O se aplica el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal y por tanto se puede iniciar el proceso sin requerir la aquiescencia de la víctima? Observó que esto no es un asunto baladí, porque de por medio está el derecho a la privacidad de la víctima adulta que podría ser profundamente violentada si se inicia en contra de su voluntad una persecución penal pública, por una agresión sexual que presuntivamente habría sufrido en su niñez.

En segundo lugar, connotó que el proyecto extiende la regla de la imprescriptibilidad a casos que no son propiamente violaciones o abusos sexuales, sin una justificación clara para ello. También parece desproporcionada esta regla excepcional a delitos pluriofensivos en los que el bien jurídico principal no es la indemnidad sexual sino, por ejemplo, la propiedad.

El Honorable Senador señor Allamand consultó qué delitos, a juicio del profesor, debería reducirse la aplicación de la regla excepcional que propone la moción.

En respuesta a esta inquietud, **el señor Zaliasnik** expresó que se debería limitar a los tipos establecidos en los artículos 361, 362, 363, 365, 366 y 366 bis del Código Penal. Las otras hipótesis del proyecto no se justifican.

A continuación, se refirió al artículo transitorio de la iniciativa, relativo a la aplicación o no de esta regla excepcional de prescripción con efecto retroactivo.

Señaló que en Alemania se discutió una regla similar a la actualmente vigente en Chile sobre esta materia, que cuenta el plazo de prescripción para perseguir los abusos sexuales contra menores desde que la víctima ha alcanzado la mayoría de edad. En esa discusión se consideró que la regla sobre contabilización de la prescripción tenía una naturaleza adjetiva o procesal, por lo que era perfectamente aplicable con efecto retroactivo. Manifestó que esto permitió reabrir causas pendientes.

Connotó que lo anterior muestra que el punto de la aplicación retroactiva de este proyecto puede ser muy controvertido, incluso aunque la norma transitoria intente zanjar el asunto.

A continuación, se refirió a las posibles alternativas para alcanzar los objetivos que plantea el proyecto.

Observó que, aunque la imprescriptibilidad en principio puede aparecer como una postura más popular, no se debe perder de vista que en el fondo ella aboga por quitar una de las limitaciones del poder punitivo del Estado, permitiendo la persecución penal permanente e ilimitada en el tiempo. Observó que ello equivale a una postura conservadora que puede ser tenida incluso como totalitaria, y que contrasta mucho con la posición liberal garantista que busca limitar y regular el poder punitivo del Estado.

Señaló que hay alternativas a la persecución criminal, que en nuestro caso no es un capricho pues Chile ocupa el cuarto lugar en la OCDE de personas privadas de libertad, en proporción al número total de habitantes, por lo que ya ha llegado la hora de plantearse alternativas a las sanciones de privación de libertad como solución a los problemas que afectan a nuestra sociedad. En razón de lo anterior, sugirió estudiar la posibilidad de establecer la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil para indemnizar los daños provenientes de estos hechos, o considerar un plazo mayor para la prescripción de la acción penal.

Al concluir su intervención, **el profesor señor Zaliasnik** expresó que es necesario ser cuidadosos en esta materia porque si se adopta esta iniciativa además de los problemas anteriormente anotados, se abre la puerta para que otros grupos aboguen por la inclusión de la regla de imprescriptibilidad respecto de otros delitos, lo que a la larga importaría una profunda alteración de los principios liberales tradicionales del Derecho Penal.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, ofreció el uso de la palabra al **profesor de Derecho Penal, señor Juan Pablo Hermosilla**, quien agradeció la oportunidad de participar en esta discusión e inició su presentación relatando que se tituló como abogado en el año 1984, y desde esa fecha le ha tocado litigar en muchas causas de abusos sexuales. Consignó que en paralelo ha desarrollado una actividad académica donde ha estudiado dogmáticamente éste y otros temas relacionados.

Señaló que la experiencia demuestra que la mayor parte de los victimarios de abusos sexuales contra menores ostentan situaciones permanentes de poder sobre las víctimas, como es el caso de padres, profesores y sacerdotes.

Indicó que hasta el año 2007 la inmensa mayoría de los abusos sexuales contra niños y niñas prescribían cuando la víctima

aún era menor de edad y estaba sometido jerárquicamente a su abusador, lo que convertía a estos ilícitos en delitos casi imposibles de perseguir. Esta situación, palmariamente abusiva, jamás fue observada por la doctrina penal nacional, lo que es inexplicable y merece una autocrítica importante de la comunidad académica nacional.

Recordó que el origen del garantismo penal, tal como hoy lo conocemos, nace tras el término de la Segunda Guerra Mundial y la constatación de los horrores del Holocausto. Manifestó que la persecución a las minorías, que tuvo lugar en la Alemania nazi y en la Italia fascista, se ejecutó por medio de las instituciones penales, y por eso el juicio de Nuremberg también fue un juicio contra los jueces del régimen anterior.

Expresó que a partir de este antecedente nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. En ella se obliga a los Estados signatarios a reconocer una serie de prerrogativas a las personas; se señala que esos derechos son anteriores al Estado y por ello operan como límite a sus potestades. Manifestó que este es el origen del garantismo moderno: un conjunto de prerrogativas comunes para todos los seres humanos que no pueden ser invadidos por el ejercicio de las potestades del Estado, y que se erigen como límites a las mismas. Añadió que esta misma Declaración, que es la base de los ordenamientos jurídicos modernos de occidente, establece, en el párrafo 2º de su artículo 25, que los niños tienen derecho a cuidados y asistencia permanente.

Manifestó que en virtud de la disposición antes citada, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por nuestro país en el año 1990. Observó que el artículo 19.1 de ese tratado obliga a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas para proteger a los niños de toda forma de abuso físico o mental -incluido expresamente el abuso sexual- e impetrar la intervención judicial para cuando esos abusos tienen lugar. En consecuencia –continuó- el Estado tiene la calidad de garante directo de dichas prerrogativas y que esta obligación se debe cumplir en el marco del Derecho Penal garantista.

Señaló que la referida Convención establece que los niños requieren un estatuto especial de protección debido a su fragilidad, lo que, entre otras cosas, elimina cualquier posibilidad de expandir estas garantías a otros grupos, e implica que se debe descartar por infundado el temor a que el mecanismo de la imprescriptibilidad se expanda a otros ámbitos.

Observó que ambos cuerpos normativos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Pese a ello la doctrina penal nacional no considera sus contenidos, ni funda en ellos las concepciones teóricas de su doctrina.

En otro orden de materias, señaló que cuando se exponen dogmáticamente los abusos sexuales comunes es fácil notar que los delitos de esta índole los bienes jurídicos comprometidos son la libertad de la autodeterminación sexual y la indemnidad sexual. Pero cuando se cometen estos delitos en contra de menores, también es fácil observar que esos bienes jurídicos no calzan.

Seguidamente, indicó que, aunque no se hace la distinción, la práctica demuestra que hay una diferencia esencial entre un abuso sexual contra un adulto que uno efectuado respecto de un menor de edad. Explicó que el adulto que sufre uno de estos ultrajes no pasa un tiempo prolongado encerrado dentro de sí mismo para intentar dar algún sentido a lo que le pasó, como ocurre con los niños vulnerados.

Manifestó que el adulto que ocupa una posición de poder frente a un niño o niña y logra traspasar sus febles defensas establece un vínculo abusivo que puede dar pie a un sinnúmero de ultrajes sexuales posteriores; por eso el daño es devastador, e importa una suerte de arrasamiento del proyecto de vida del menor, que le impide hacer frente a su abusador hasta que hayan transcurrido mucho tiempo. Por eso, recalcó, los bienes jurídicos antes señalados no encajan en el caso de los abusos sexuales contra menores.

Aseveró que la experiencia demuestra que la mayor parte de los abusos sexuales contra menores tienen carácter reiterado y son cometidos por alguien de su entorno cercano que ejerce una función de resguardo del niño, por tanto el abuso pervierte el vínculo de protección.

Seguidamente, preguntó a quién le interesa que se mantenga la actual regla de prescripción. Desde luego no a la víctima, sobre todo cuando no está en posición de denunciar, ni tampoco a la persona que es imputada falsamente como autora, pues ella quiere recurrir a la autodenuncia y forzar un proceso penal en su contra para lograr la desestimación completa de los cargos que se le formulan. El único que está interesado en la regla de la prescripción es el autor real del ilícito, que por medio de ella pretende sustraerse a la acción de la justicia.

En otro orden de materias, expresó que en la dogmática tradicional comúnmente se señala que la prescripción es un mecanismo que garantiza la seguridad jurídica. Connotó que partiendo de la base que esta moción no busca revisar procesos judiciales concluidos, la única seguridad jurídica que parece que debería prevalecer es la del autor material de estos abusos. Señaló que otra de las argumentaciones que se esgrimen a favor de la prescripción es la de la estabilidad de las relaciones sociales; pero ello sólo significa estabilizar una relación de abuso de la víctima.

Por otra parte, indicó que este proyecto no interfiere de modo alguno con las garantías del imputado, porque nadie ha sugerido que esto implica rebajar la exigencia de la convicción probatoria más allá de la duda razonable para la condena, o que decaiga la presunción de inocencia, o que cedan las garantías del debido proceso. Sobre este último acápite subrayó que el debido proceso penal no considera como prerrogativa reconocida el supuesto derecho a ser juzgado dentro de un plazo cercano a la comisión de los hechos delictivos, tal como lo atestigua la circunstancia de que en el derecho comparado, por regla general, el homicidio es imprescriptible. Añadió que el Estado ejerce el *ius puniendi* cuando tiene noticia *criminis*, y mientras ello no ocurre no hay afectación alguna al debido proceso por el solo transcurso del tiempo

Seguidamente, manifestó que el paso del tiempo es una dificultad para la investigación, pero no un impedimento completo, y la criminalística pone a disposición del proceso métodos de investigación especiales que permiten allegar prueba fehaciente. Señaló que, en principio el menor víctima es vulnerado por alguien que deba darle protección, cae en un estado de fuerte confusión -debido al brutal ataque que recibe por quien supuestamente debe protegerlo-, y después se requiere un largo tiempo para procesarlo, en cuyo transcurso las vivencias de la infancia salen a la superficie de forma clara. Como resultado de lo anterior tiene lugar un fenómeno de solidificación de la prueba, depurada de la confusión original. Afirmó que una situación de este tipo no se produce en otros ilícitos y, por eso, el análisis del proceso de develación de la víctima es particularmente útil para verificar la credibilidad de la denuncia. Por ello, y aunque no parezca evidente, el tiempo protege la prueba.

En la misma línea, manifestó que la criminalística demuestra que la prevención general negativa no funciona, o sea, que un aumento de la penalidad de una o más figuras determinadas, no trae aparejada una disminución de la comisión de delitos. Expresó que esta afirmación sólo tiene dos excepciones: los delitos económicos y los abusos sexuales contra menores. Señaló que la posibilidad de comisión de ambos grupos de ilícitos está en función directa de la posibilidad de que el hecho sea llevado a la justicia y de que penda el riesgo cierto de aplicación de una sanción corporal efectiva, debido a que quienes potencialmente pueden cometer estos ilícitos tienen mucho que perder si son sometidos a un juicio público por ello.

Al concluir a su intervención indicó que la pregunta detrás de esta iniciativa es la siguiente ¿cuál es la mejor forma de proteger a los niños y niñas de nuestro país de los abusos sexuales, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre la materia y con pleno respecto de las garantías de las personas? Añadió que, a su juicio, la

respuesta es establecer una regla de imprescriptibilidad para las conductas que ha descrito precedentemente.

A continuación, se ofreció el uso de la palabra a la **profesora señora Santibáñez**, quien se refirió a los datos del profesor de derecho penal señor Zaliasnik mostrando que en la práctica es muy difícil que lograr que un fiscal formalice por este tipo de causas.

Añadió que este proyecto busca erradicar cierta cultura de nuestro foro que mira con suspicacia las denuncias hechas con muchos años de diferencia con la comisión de los hechos. Por otra parte, recordó que el ordenamiento jurídico procesal abre en estos casos la puerta a reconocimientos espontáneos de culpabilidad de los agresores -que no son extraños en este tipo de delitos-, y los procesa por medio de las reglas del juicio abreviado. Esto no es posible si hay una regla de prescripción de por medio.

Expresó que el fundamento de esta iniciativa es la dificultad que tienen las víctimas de esta clase de ilícitos para ejercer sus derechos y, en ese contexto, el alegato de la proporcionalidad o gravedad no corresponde en este caso, pues aunque es evidente que hay otros ilícitos más graves que no contarán con una regla especial de prescripción, la de la imprescriptibilidad se justifica por las características de las víctimas.

Si bien reconoció que puede haber situaciones de denuncias falsas, eso corresponde a otra época. Puntualizó que en los numerosos casos que ha conocido, sólo en ocho oportunidades pudo comprobar que la denuncia presentada tenía otra finalidad.

En otro orden de materias, manifestó que coincidía con el abogado señor Zaliasnik respecto de la necesidad de dejar fuera de este proyecto los ilícitos de violación con homicidio y de robo con violación, especialmente la figura asociada al robo que no tiene nada que ver con estos delitos. En todo caso, debiera mantenerse la violación contra menores, que justifican una regla especial de imprescriptibilidad.

Puntualizó que este proyecto no se hace cargo de la situación del agresor sexual una vez que termina el proceso en su contra. Relató que otros ordenamientos jurídicos se han planteado medidas de seguridad severas, tratándose de sujetos peligrosos para la sociedad. En este punto, recordó la discusión acerca de la inculpatión como finalidad de la pena. Planteó que en Chile esta situación sólo tiene lugar cuando se aplica la inhabilidad absoluta y perpetua para desempeñarse en ámbitos educacionales. Por lo mismo se preguntó ¿qué hacemos con los sujetos muy peligrosos cuando han cumplido la pena?

Finalmente, sostuvo que no es una verdadera solución a este problema plantear como alternativa la imprescriptibilidad civil para reclamar perjuicios, porque se trata de asuntos de difícil prueba, y sobre todo porque alimenta un tipo de defensa que comúnmente alega motivaciones gananciales de las víctimas.

A continuación, se volvió a ofrecer la palabra al **profesor de derecho penal señor Zaliasnik**. En primer lugar, manifestó que la exposición del profesor Herмосilla es sociológicamente convincente, pero no lo es penalmente. Observó que es un sofisma afirmar que el tiempo protege la prueba, cuando la evidencia muestra, sobre todo en el caso del derecho del imputado a presentar prueba de descargo, que el trascurso del tiempo dificulta la actividad procesal provechosa. Subrayó que esta precariedad de la prueba aumenta la posibilidad de error judicial, además que plantea la pregunta sobre la capacidad institucional que ofrece el sistema procesal penal nacional para satisfacer las expectativas que este proyecto crea.

Manifestó que la única manera de conciliar la pretensión del profesor señor Herмосilla con nuestro sistema procesal es debilitar el estándar de convicción y emplear el Derecho Penal para finalidades que no le son propios, entablando hipótesis abiertas que no conducen a nada.

Añadió que la formulación del proyecto tampoco se hace cargo de asuntos límites, como el caso de un único ataque sexual cometido en contra de un adolescente de 17 años y 11 meses, versus la misma vejación que sufre otra joven con dos meses más de edad.

Indicó que los propulsores de la iniciativa pueden contra argumentar expresando que lo que se tuvo en mente fueron los abusos reiterados cometidos por personas respecto de las cuales el victimario tiene una relación de dependencia o cuidado, pero ello no se desprende del texto del proyecto, que no hace distinción alguna al respecto. Señaló que este asunto podría abordarse, pero partiendo de una retipificación que recoge las peculiaridades de ese tipo de casos.

Finalmente, manifestó que no son pertinentes las alegaciones que hacen equivalente estos ilícitos a las violaciones de derechos humanos, porque en este caso el victimario no es un agente del Estado.

Seguidamente, intervino el **profesor señor Herмосilla**, quien señaló que el punto en discusión es el cumplimiento del contrato social nacional, cuyo contenido jurídico está en la Carta Fundamental, los tratados internacionales vigentes y la legislación interna. Si este cuerpo jurídico no permite proteger adecuadamente a los niños y, en

cambio, asegura la impunidad de quienes cometen estos delitos, no cabe sino concluir que nuestro sistema jurídico fomenta la vulneración de derechos.

Enseguida, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, ofreció el uso de la palabra al **Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Sebastián Valenzuela**, quien señaló que la reflexión previa de los profesores justifica el largo curso de tramitación que ha tenido esta iniciativa.

Expresó que estas exposiciones han denotado la especificidad de situaciones que este proyecto pretende abordar, por lo que no hay riesgo que en base a lo que acá se sostenga se pueda, en el futuro, plantearse otras reglas de imprescriptibilidad para otro tipo de situaciones, pues los delitos considerados no se distinguen por su gravedad sino por las especiales condiciones de las víctimas que los padecen, que necesariamente requieren tiempo para develar lo que les ocurrió.

Manifestó que en su minuto se consideraron soluciones distintas, como un plazo de prescripción más largo, o establecer que el término común para ejercer la acción penal se contaría desde que la víctima estuviera en condiciones de hacer una denuncia. Todo lo anterior se desechó porque implicaba enfrentar otros problemas que sí tenían la potencialidad de afectar las garantías procesales de las partes y, en definitiva, se optó por el texto que se somete a consideración de la Comisión en la indicación sustitutiva.

Señaló que existe un riesgo real de que después de transcurridas décadas de la comisión del ilícito el juicio criminal que se inicie no pueda llegar a puerto por la falta de pruebas, pero se estimó que ello era una posibilidad en base a la cual el Estado no podía fundar una suerte de presunción de derecho que hiciera imposible el juicio. Manifestó que es mejor que en cada caso el juez pueda aquilatar la evidencia que se logre obtener, con pleno respeto a las garantías procesales.

En relación con la objeción de la inclusión del robo con violación de un menor de edad, entre los delitos respecto de los cuales procedería la imprescriptibilidad, indicó que en su minuto se analizó el caso de un suicida que en su carta final develó que había sido víctima de un ilícito de esas características. Ello motivó a que se planteara el debate en la Comisión Especial de Infancia del Senado, la que amplió el concepto de víctima para que los sucesores también pudieran perseguir la responsabilidad penal en ese caso.

Finalmente, señaló que es muy relevante el tema que ya se indicó sobre la necesidad de reestudiar las medidas de seguridad.

Expresó que esa materia excede las ideas de esta iniciativa, y deberían considerarse en un futuro proyecto sobre cumplimiento penitenciario que considere las posibilidades de reincidencia específica.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Allamand**, quien agradeció la claridad de las exposiciones presentadas.

Connotó que hay un núcleo de figuras penales que justifican la regla de imprescriptibilidad que se propone, pero hay otras que parecen no calzar, como es el caso de los delitos de almacenamiento de pornografía. Al respecto, solicitó una aclaración por parte de los invitados sobre este punto.

Puntualizó también que de las exposiciones se ha notado visiones disímiles sobre el efecto del transcurso del tiempo en la disponibilidad y calidad de la prueba. Sobre el punto, solicitó que también haya una exposición más detallada.

En seguida, volvió a hacer uso de la palabra la **profesora señora Santibáñez**. En respuesta a lo observado por el Honorable Senador Allamand manifestó que los tipos que sancionan la producción de material pornográfico con menores de edad son completamente atingentes a esta iniciativa. No así los de comercialización y almacenamiento de estos productos, que son situaciones de agotamiento del ilícito que han sido cuestionados por la doctrina.

En relación con las figuras complejas que se incluyen en el proyecto, postuló que la imprescriptibilidad solo debería considerarse para el componente de abuso sexual contra menores.

Finalmente, manifestó que la experiencia forense demuestra que en estos casos la prueba se consolida con el tiempo, pues el atentado sexual contra un menor genera un daño muy significativo, y eso sí puede acreditarse.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Pérez**, quien también agradeció las exposiciones presentadas. Señaló que de ellas se concluye que el Derecho Penal tradicional no tiene una respuesta adecuada a los casos que trata esta moción, y que no da cumplimiento a la necesidad de establecer un estatuto especial de protección a los niños.

Manifestó que hay varias formas de cumplir con esta obligación, y una de las vías posibles es establecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Añadió que si se opta por esta fórmula es necesario precisar, porque tal como lo explicó de forma clara el profesor Hermosilla,

una regla de imprescriptibilidad tiene sentido cuando se trata de abusos sexuales cometidos de forma reiterada por alguien del entorno cercano a la víctima, y que ocupa ante ella una situación de autoridad y una obligación de cuidado. Debido a lo anterior, observó que la pregunta que cabe es sí la elección de los tipos cubiertos por la regla de imprescriptibilidad que se proponen atañen de forma directa a la situación en la que se quiere intervenir.

A continuación, intervino el **profesor señor Hermosilla**, quien reiteró que en esta materia el Derecho Penal no ha estado a la altura de los tiempos. Manifestó que en otras áreas, como el de las garantías, esta rama del derecho muestra su lado fuerte, y sus deficiencias a la hora de ofrecer una solución a los menores víctimas de estos delitos.

Añadió que la necesidad de un nuevo estatuto penal para estos casos, en cumplimiento de las Convenciones ya mencionadas, no ha sido considerada por la doctrina o por el legislador, y en la práctica, se actúa como si estas obligaciones no existieran.

Manifestó que este déficit no es exclusivo del Derecho Penal y también se nota en la política pública en general, y de ello el SENAME es un trágico y claro ejemplo.

En respuesta a la observación del Honorable Senador señor Pérez, indicó que el derecho penal sustantivo no tiene un tipo especial que sancione al adulto, que abusando de una posición de tutela frente a un menor, le infringe vejaciones sexuales de forma reiterada.

Añadió que Chile debe empezar a cumplir con sus obligaciones internacionales, y este proyecto es un paso en este sentido.

Indicó que en la actualidad su oficina de abogados interviene *pro bono* en más de 50 causas de este tipo en virtud de un convenio firmado con la Fundación para la Confianza. Expuso que a lo menos tres cuartas partes de esas causas están prescritas, y se está apelando a la garantía constitucional de acceso a la justicia para que a lo menos se inicie una investigación en cada caso.

Expresó que si el ordenamiento jurídico nacional impide de forma consistente a las víctimas de este tipo de ultrajes el acceso a la justicia, es de esperar que recurran a vías paralelas de solución al conflicto penal, lo que sería muy complejo y propiciaría la violencia social.

Recordó que el objetivo final del *ius puniendi* es lograr la paz social obteniendo el máximo de protección de los bienes jurídicos con la menor afectación de las garantías de los ciudadanos. En esa línea, y para este caso, el nivel básico de protección del bien jurídico del niño

o niña víctima de abusos sexuales reiterados por parte de un adulto de su círculo social que supuestamente debía cuidarlo, es garantizarle el acceso a la justicia, cuando esté preparado para hacer la denuncia correspondiente, lo que se logra levantando la limitación actual de la prescripción.

En respuesta a la consulta del Honorable Senador señor Allamand, manifestó que acá se presentan situaciones paradójales respecto del paso del tiempo. Relató que, por una parte, cuando hay revelaciones prematuras de estos ilícitos -como por ejemplo cuando el victimario es sometido en flagrancia-, comúnmente la víctima menor de edad está en un estado tal de confusión que no es capaz de aportar a la denuncia. Pero por otro lado, y debido a la brutal conmoción que estos ataques reiterados generan en la psique del menor afectado, se provoca un fenómeno que se llama "huellas némicas", que son impresiones nítidas de los hechos acaecidos, que salen a la luz en los procesos sanos de develación.

A continuación, hizo uso de la palabra el **Honorable Senador señor Huenchumilla**, quien señaló que en Chile, como en el resto de los países del mundo, está sumido en intensos cambios culturales, y en ellos se enmarca la inquietud que motiva este proyecto.

Manifestó que también es atingente la filosofía que sustenta la regla vigente de la prescripción, del indulto y de la amnistía, y por ello consultó a los invitados si los motivos que fundan estos proyectos también alcanzan a esas instituciones.

En respuesta a esta inquietud el **profesor señor Hermosilla** explicó que hasta hace diez años atrás la prescripción como institución era un dogma incuestionable para la doctrina, lo que denotaba una falta de reflexión relevante.

Manifestó que el fundamento histórico de la prescripción de las acciones penales tiene dos fuentes reconocibles. En primer término el derecho romano, que en el contexto de una concepción que mezclaba el derecho público y el privado, pensó la prescripción como una forma de estabilizar las relaciones sociales, pero desde una perspectiva contractual y del derecho de propiedad.

La segunda fuente es la Ilustración. Indicó que en ese período se pensó la institución de la prescripción como una forma de evitar la persecución indefinida del Estado absolutista en contra del ciudadano.

En base a lo anterior, expresó que en la actualidad la prescripción en materia penal se fundamenta en la estabilización de las relaciones sociales y en la seguridad jurídica.

Manifestó que, a su juicio, la prescripción no es una institución del derecho penal sustantivo, sino que tiene carácter netamente procesal, ya que no se discute sobre la configuración del delito sino que sobre su persecución.

Explicó que esta fundamentación se mantiene hasta la actualidad y no ha sido objeto de una apreciación crítica. Señaló que para el caso de este proyecto, y partiendo de la base que no se quiere afectar la intangibilidad de las sentencias firmes, no se observa con claridad cuáles son las relaciones jurídicas que en este caso se quieren o se deben asegurar; además parece evidente que en estas situaciones no hay seguridad jurídica que válidamente se pueda alegar contra una víctima menor de edad que está imposibilitada de dar noticia del abuso del que fue objeto.

Sostuvo que es un error que el Derecho Penal deba imponer una regla de prescripción para evitar las acusaciones falsas, pues los hechos demuestran que son pocas y, además, ante ellas se erigen las garantías penales que evitan que ellas se transformen en condenas.

En relación con la consulta del Presidente de la Comisión sobre el indulto y amnistía, puntualizó que anteriormente había afirmado que los abusos sexuales contra menores de edad se parecen a las violaciones de derechos humanos, no porque detrás de ellos hayan agentes del Estado que atenten contra las personas, sino porque en virtud de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño el Estado es garante y está obligado a adoptar todas las medidas del caso, entre las que se cuentan las de carácter legislativo y judicial, para perseguir los abusos contra menores.

Recordó que el indulto es una institución de la Edad Media europea, y tuvo originalmente por función ser un remedio contra el abuso y el error judicial; pero hoy, en un contexto de debido proceso, puede que haya perdido valor.

A continuación, intervino **el profesor señor Zaliánsnik**, quien explicó que el fundamento de la prescripción del derecho penal va más allá de la simple idea de una suerte de estabilización de las relaciones sociales. Explicó que lo que importa es imponer en la persecución penal lo que el derecho anglosajón llama "*fairness*", que opera como una suerte de límite a los órganos del Estado para evitar el ejercicio abusivo de sus potestades, como sería el caso de investigaciones penales artificialmente alargadas por motivos ajenos al derecho. Explicó que lo anterior supone que la persecución penal estatal no puede ser justa e indefinida a la vez.

Señaló que no tiene elementos para evaluar la afirmación anteriormente vertida en esta Comisión que considera que en estos casos el paso del tiempo refuerza el testimonio y no lo debilita -como en principio se podría pensar-. Con todo, observó que sí es posible sostener que el paso del tiempo debilita de forma notoria la prueba pericial, que es muy relevante para los casos de abuso sexual.

Expresó que nuestro país está sumido en contexto cultural distinto al calvinista del norte de Europa, donde la palabra dada tiene un valor relevante. En cambio, entre nosotros no hay un reproche social relevante cuando los testimonios no se ajustan a la verdad y son utilizados para otros fines. Explicó que lo anterior también se refleja en nuestra cultura jurídica, que históricamente no ha sancionado la litigación maliciosa ni la instrumentalización de los procesos judiciales. Por ello es necesario tener una regla de prescripción penal porque es lo único que puede otorgar a los ciudadanos algún nivel de certidumbre.

Añadió que si en nuestro medio se pone en duda un límite claro como la prescripción, se abre una puerta para que tengan lugar maniobras extorsivas permanentes de sacar a la luz una circunstancia del pasado, incluso contra la propia víctima.

Señaló que hay que ser especialmente cuidadoso con la consideración de una regla como la que se propone, porque ello es ajeno a nuestra tradición jurídica y no tiene en cuenta la manera cotidiana cómo se comportan nuestros operadores del sistema procesal penal.

En la misma línea sostuvo que más allá de las críticas que se tengan al respecto, en nuestra historia la circunstancia de que el Estado renuncia a la persecución de ciertos hechos cuando ya ha pasado un tiempo prudente es parte de nuestro contrato social. Añadió que para el caso de los abusos sexuales contra menores lo anterior puede ser discutible, pero el problema es que en la actualidad (junio del año 2018) hay 17 proyectos de ley pendientes en la Cámara de Diputados que modifican las reglas de prescripción respecto de tipos penales completamente distintos.

Seguidamente, hizo uso de la palabra la **profesora señora Santibáñez**, quien manifestó que la justificación de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad reside en la dificultad de llegar a los culpables y exponer a la luz los delitos que cometieron.

Recordó que en nuestro ordenamiento la víctima tiene derechos, y el principal es el derecho a denunciar, y por ello es que hay que tener especial cuidado con los casos en que la víctima no puede ejercer esta prerrogativa básica, como sucede en los casos de abusos sexuales contra menores de edad. Subrayó que, en este caso, el valor que se tiene

que asegurar es el derecho al proceso, y ello no puede quedar mediatizado por los eventos circunstanciales de debilidad de la prueba.

Puntualizó que este derecho a la imprescriptibilidad de la acción penal sólo debe ser para la víctima, quien tiene el derecho a resguardar su intimidad cuando estando en condiciones de ejercer la acción penal decide no hacerlo. Señaló que ello evita incluso situaciones de extorsión a la propia víctima que no quiere hacer público el abuso que le tocó vivir cuando era menor de edad.

En relación con la conducta sobre el indulto y la amnistía, manifestó que en este caso no deben ensayarse reglas generales, lo que también vale para las salidas alternativas, ya que ellas permiten que incluso en circunstancias de debilidad de la prueba en el proceso se impongan medidas de protección en favor de la víctima.

A continuación, volvió a intervenir el **profesor señor Zaliasnik**, quien expresó que otro problema de esta iniciativa es la situación en la que queda el agresor que también es menor de edad, respecto del cual la ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, prevé una regla de prescripción restringida que tiene plena justificación en vista de la situación especial en la que se encuentran los adolescentes. Observó que este proyecto nada dice sobre esta materia, lo que podría tener efectos muy graves.

En respuesta a esta inquietud, **el profesor señor Hermosilla** recordó que la Convención de los Derechos del Niño también se aplica a los menores infractores de la ley, por tanto, respecto de ellos es válido no aplicar la regla de imprescriptibilidad que promueve este proyecto de ley.

Seguidamente, **la profesora señora Santibáñez** añadió que lo anterior está doblemente justificado porque la práctica también demuestra que a diferencia de los adultos, los agresores sexuales que son menores de edad son rehabilitables. En consecuencia, las normas de imprescriptibilidad no se deben aplicar a los infractores menores de edad.

En una sesión posterior se ofreció el uso de la palabra al **médico cirujano señor James Hamilton**, quien agradeció la invitación a participar en el debate de esta iniciativa.

Manifestó que el eje de su presentación trata de mostrar que el daño que genera el abuso sexual prolongado a niños o adolescentes no es meramente mental o psíquico, sino que también orgánico.

Explicó que la circunstancia que importa no es la señal de alerta que el cuerpo desencadena ante una situación pasajera de peligro, sino cuando se trata de un suceso de alta intensidad que se extiende en el tiempo, como los que viven quienes son víctimas de un cataclismo. Señaló que una situación de estas características genera un fenómeno que se denomina "estupor", que implica graves y permanentes cambios orgánicos a quien lo padece.

Indicó que una vivencia de peligro impacta primeramente la amígdala central, el hipocampo y la hipófisis; enseguida, esa glándula produce la hormona ACTH, que opera sobre el sistema simpático y la glándula suprarrenal. Esta última produce adrenalina y cortisol, que son las hormonas que preparan rápidamente al cuerpo la reacción de alerta.

Sostuvo que en una situación normal cuando pasa el peligro el mecanismo anterior logra retrotraerse y el organismo vuelve a la normalidad. Pero cuando la vivencia de peligro es demasiado intensa y permanente, como ocurre en las situaciones de abuso provenientes de personas que están a cargo del niño víctima, se produce el fenómeno del estupor, que tiene graves consecuencias orgánicas como las siguientes:

1) Se bloquea el mecanismo de desactivación del sistema de alerta.

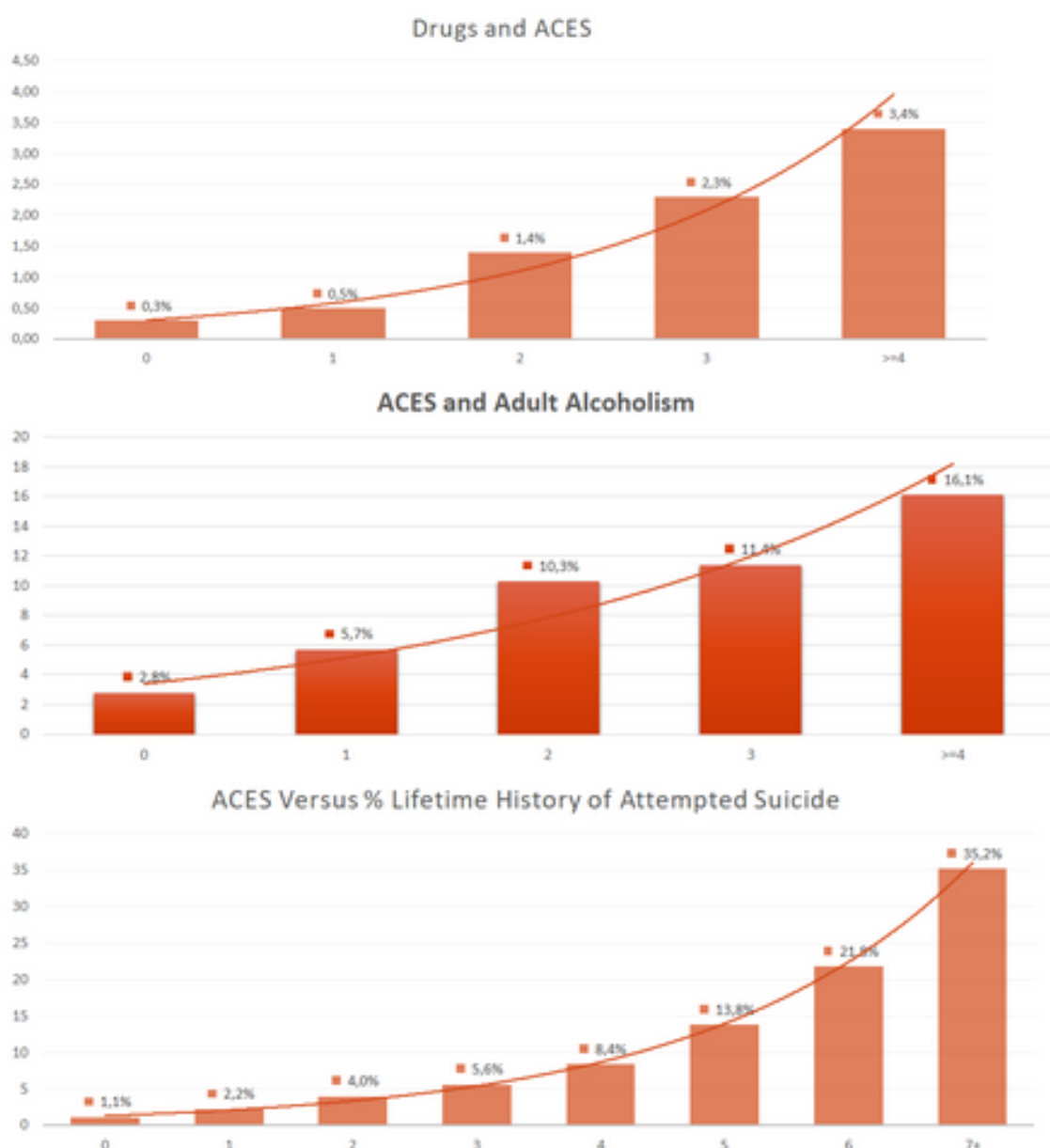
2) Se producen alteraciones epigenéticas que afectan la forma como se expresa la información genética. El médico indicó que este aspecto es particularmente importante, tal como lo muestra el artículo "*Quantitative Analysis of population-scale family trees with millions of relatives*", de Joanna Kaplanis et al, de la revista *Science* de marzo de 2018, que concluyó que la expectativa de muerte depende en más del 70% del ambiente y menos del 30% de la genética original.

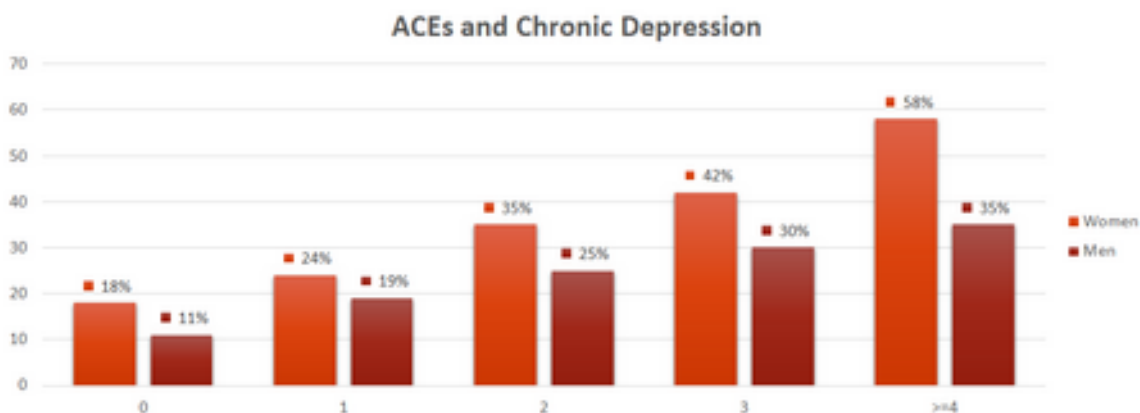
3) Se adelanta y se intensifica la poda neuronal. Explicó que en la infancia el cerebro hace naturalmente una suerte de selección de las conexiones neuronales más utilizadas y descarta las demás. Añadió que en situaciones de abuso este proceso se torna mucho más profundo y violento, y genera una disminución irreversible de las capacidades cognitivas, daño en el hipocampo (vinculado a la memoria tempo-espacial), en la amígdala cerebral (regulación de la respuesta a la alarma) y en la corteza prefrontal (vinculada a la planificación, coordinación y a la regulación de las conductas de riesgo).

Explicó que la alteración de este fenómeno fisiológico en las estructuras cerebrales antes mencionadas genera en el sujeto afectado incapacidad de evaluar la realidad y los roles, confusión acerca de sí unos determinados hechos están ocurriendo o ya ocurrieron, y

en definitiva la incapacidad de la víctima de resistirse o liberarse. Indicó que este fenómeno se llama *stress* post traumático, y se traduce en una serie de conductas por quien lo sufre, que tienen impacto profundo en su calidad de vida, una morbilidad más alta que el resto de la población, y en la generación de situaciones de riesgo social, tal como ampliamente se ha documentado en estudios poblacionales científicamente acreditados.

Expresó que la correlación entre situaciones de abuso infantil (ACEs por sus siglas en inglés) y el abuso de drogas, alcoholismo, intento de suicidio y depresión crónica en la edad adulta, es consistentemente directa, tal como se muestra en las siguientes láminas:





Manifestó que los efectos anteriores se potencian según la edad de la víctima, la repetición del mismo, la violencia asociada, y la situación de dependencia y vínculo entre ella y su victimario.

Explicó que el abuso también provoca modificaciones en la herencia genética, y lamentablemente el efecto nocivo de las experiencias de daño en la madre tiene la potencialidad de traspasarse a los hijos en gestación cuando el impacto es muy fuerte. Expresó que mucho de los niños en riesgo social que actualmente pueblan el SENAME son hijos de estas circunstancias.

Expresó que esta información permite hacer una equivalencia entre los efectos de las situaciones de abuso infantil y la tortura, aunque la víctima sabe porque lo están maltratando y, en general, los episodios de tortura no duran una década como el abuso infantil.

Señaló que cuando recién ha tenido lugar el abuso la víctima entra en un proceso profundo de desconcierto y confusión, se siente culpable de lo que pasó, se recluye, aísla e incomunica. El daño y la confusión que provoca este abuso sólo pueden ser tratados con un proceso largo de reparación y contención, tras el cual se hace recién posible el ejercicio de la acción penal. Subrayó que este proceso es el que debe ser protegido con la regla de la imprescriptibilidad penal, y no el hipotético bien de la justicia.

A continuación, se refirió al tema de la prueba, la memoria y el paso del tiempo. Afirmó que el saber común muestra que, en general, hay un vínculo inverso entre la claridad de los recuerdos y el paso del tiempo. Sostuvo que lo anterior es verdad, pero tiene una importante excepción cuando se trata de situaciones traumáticas que quedan impresas en la memoria de forma nítida e indeleble pese al tiempo. Señaló que ello fue estudiado por el neurocientífico Eric Kandel. El citado autor inició su pesquisa científica problematizando la claridad prístina del recuerdo de infancia de su cumpleaños número 8; esa celebración coincidió con la ocupación Nazi de su

Austria natal, y la expulsión de él y de su familia de su hogar porque eran judíos. El profesor Kandel estudió el efecto orgánico que producen en el cerebro infantil esos sucesos traumáticos y logró desentrañar el proceso bioquímico por el cual estos recuerdos quedan impresos en las neuronas, como un mecanismo de memoria de largo plazo. En virtud de estos descubrimientos el profesor Kandel fue galardonado con el premio Nobel de medicina en el año 2000.

Hizo presente que lo anterior refuerza la evidencia a favor de la credibilidad de los relatos de las víctimas de abusos de gran intensidad y extensión temporal durante la infancia.

En conclusión, aseveró que el abuso sexual infantil y adolescente es un crimen similar a los de lesa humanidad; su sanación y reparación requieren de un proceso para que el relato pueda expresarse y que exista una posibilidad de hacer justicia; y como contrapartida su impunidad, falta de prevención y de opciones para el tratamiento y la intervención de los tribunales de justicia corroen las raíces mismas de nuestra sociedad. En razón de lo anterior, indicó que la ley debe prever para estos casos una regla de imprescriptibilidad para la acción penal.

A continuación, el Presidente de la Comisión ofreció la palabra al **profesor señor Jean Pierre Matus**, quien agradeció la invitación a participar de la discusión de esta iniciativa. Inició su presentación señalando lo siguiente:

1. La justificación del proyecto

Expresó que la lectura de la Moción que lo inicia permite concluir que, para sus autores, respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, en nuestra sociedad existiría “la más absoluta convicción de que este tipo de delitos son especialmente graves, y por ende reprochables, pues su sola comisión desencadena tales trastornos en la personalidad, que difícilmente éstos llegan a superarse en el transcurso de la vida”. Esta convicción se vería reflejada en los cambios en las penalidades de estos delitos ocurridos en las últimas décadas y, respecto de la prescripción, en la introducción del actual artículo 369 quáter, que suspende su cómputo hasta que el menor afectado cumpla 18 años de edad, introducida por la ley N° 20.207, de 31 de agosto de 2007.

Indicó que la Moción añade que, a pesar de esa modificación, la realidad ha puesto de manifiesto que, producto de condicionamientos sociales y psicológicos, algunas víctimas sólo se atreven a denunciar pasados con creces los términos de la prescripción, aun cuando se empieza a contar a partir de su mayoría de edad, como habría sucedido con el caso que mencionan de un hombre de 50 años que solo a esa edad pudo hacerlo.

En cuanto al argumento de la gravedad del hecho, indicó que nuestro sistema efectivamente reserva para los delitos más graves los plazos de prescripción más amplios, a saber, según el artículo 94, tratándose de crímenes castigados con penas de presidio, reclusión o relegación perpetuos, quince años; y tratándose de los demás crímenes, diez. Además, nuestra jurisprudencia había aceptado que, tratándose de crímenes de genocidio, crímenes de guerra y otros delitos de lesa humanidad no existiera plazo alguno de prescripción, tal como posteriormente se estableció en el artículo 40 de la ley N° 20.357 que vino a regular entre nosotros esta clase de delitos. Ello es compatible con el pensamiento liberal clásico, pues como sostiene Beccaria, “aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna a favor del reo que se ha sustraído con la fuga” (De los delitos y de las penas, Cap. 30).

Observó que, sin embargo, la legislación establece sólo para los delitos de violación y estupro penas de crímenes, cuya prescripción podría ser de diez años, desde el momento en que el menor cumple 18 años, tiempo que, efectivamente, en ningún caso, permitiría perseguir un hecho de carácter sexual denunciado por una persona de 29 o más años, ocurrido cuando era menor de edad. Por tanto, si no se estima oportuno y conveniente aumentar la pena de los delitos que se tratan, la justificación del aumento del plazo de la prescripción debería comprender alguna variable adicional. En la discusión norteamericana esta variable es señalada como el carácter oculto del delito: su facilidad de ocultamiento frente a las agencias persecutoras. Y el caso que mencionan los autores de la moción parece apuntar en esa dirección: delitos cometidos en situaciones contumeliosas donde las víctimas están sujetas a presiones psicológicas y sociales que se mantienen en el tiempo.

Indicó que la existencia de estos dos factores conjugados -gravedad y carácter oculto del delito-, parece explicar por qué, con modulaciones locales dentro de cada sistema, los plazos de prescripción en delitos de carácter sexual que involucran a menores de edad han sufrido modificaciones independientes de la gravedad que importa la pena asignada. Así, en la legislación alemana, desde el año 2015, se amplió la suspensión de la prescripción (una regla similar a la de nuestro actual 369 quáter) de los 21 hasta el cumplimiento de los 30 años, tratándose de víctimas de delitos sexuales, generalmente menores de edad. Por su parte, en la española, se mantiene una regla similar a nuestro 369 quáter en el artículo 132.1. de su Código Penal, pero ampliando su ámbito de aplicación a otros delitos diferentes a los de carácter sexual tradicionales: “tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

Por su parte, en el derecho común de los Estados Unidos los estatutos de limitaciones que, por regla general excluyeron el delito de asesinato de la prescripción, también han visto modificaciones importantes a raíz de los ataques descubiertos a menores de edad; según la información proporcionada por la organización *Child USA*, a fines del año 2017, al menos 39 jurisdicciones eliminan del todo la prescripción por estos delitos, en todo caso o, al menos, cuando su pena es equivalente a un crimen en primer grado o existe evidencia de ADN que permita la identificación del perpetrador.

Explicó que en algunos casos, los estatutos de limitaciones toman un camino intermedio -no explorado en el sistema continental-, consistente en suspender la prescripción hasta la denuncia de la víctima: sólo corre el término de prescripción si tras la denuncia no puede probarse la participación del denunciado. Observó que en todos esos casos se trata de limitar la actividad persecutoria del Estado, pero no la pretensión de las víctimas de que ésta se ponga en marcha, precisamente porque sin su intervención los hechos difícilmente o nunca llegarían a conocimiento de las autoridades. Añadió que el sistema federal establece una regla general de no prescripción en casos de sustracción de menores y abusos sexuales en su contra y reglas para el resto de los casos, una regla que hace imprescriptibles todos los delitos contra menores de edad durante la vida de la víctima y hasta 10 años tras su muerte (*18. U.S. Code § 3283 y 3299*), y también hace inaplicable los estatutos de limitaciones en delitos de carácter sexual, con independencia de la edad de la víctima, en caso de contarse con evidencia de ADN (*18. U.S. Code § 3282 y 3297*).

Expresó que entonces -y en términos generales-, es posible considerar que el proyecto en análisis no se encuentra fuera de los marco de las regulaciones de los estados democráticos actuales pues no existe algo así como un derecho humano a la prescripción, sin perjuicio de que, como han declarado las Cortes norteamericanas, los abusos maliciosos de los fiscales en la dilación de los procesos podría afectar otros derechos, como el debido proceso y el de ser juzgado dentro de un plazo razonable, si tales dilaciones impiden la presentación de pruebas y una defensa adecuada del acusado.

2. El contenido del proyecto en su estado actual

A continuación, se refirió al contenido de la indicación sustitutiva del Ejecutivo. Expresó que ese texto simplifica la redacción del anteriormente aprobado en la Comisión Especial de infancia, pues incorpora plenamente el caso del artículo 374 bis a la regulación. Añadió que es muy meritorio que esta reforma se haya trasladado de la regulación específica de los delitos de carácter sexual y asentado en la parte general del Código, con el propósito de escapar de los estrechos márgenes

del Título VII del Libro II del Código Penal, como demuestran las referencias a los Arts. 142 y 433 N° 1 de dicho cuerpo legal.

Con todo, manifestó que parece extraño que siendo general el propósito de proteger a los menores de edad, el homicidio, el parricidio y el asesinato de cualquiera de ellos sí mantengan la regla de la prescripción general. Podrá decirse que en tales casos no hay una motivación de carácter sexual. A su turno, el texto del Ejecutivo introduce una referencia extraña -al inciso final del artículo 141-, que a su juicio no es aplicable directamente a menores de edad.

Indicó que también es debatible que el texto propuesto no amplíe los plazos de prescripción de los delitos de tráfico y trata de personas con finalidades sexuales (artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal).

3. La conveniencia de otorgarle un carácter general del cambio en las reglas de prescripción

Indicó que la Moción contiene, en sus párrafos finales, las siguientes frases esclarecedoras del momento por el que atraviesa en Chile y el mundo la discusión acerca de los plazos de prescripción de determinados delitos:

“El debate, H. Senado, está abierto. No son los delitos sexuales contra menores los únicos que no deberían prescribir en nuestro sistema.

Está también el caso de un homicidio que se descubrió a sólo días de que se cumpliera el plazo de prescripción; y la pregunta que surgió entonces, es que hubiera ocurrido si ese reprochable crimen se descubre dos días después. Creemos que hay crímenes cuyas acciones penales no deben prescribir, y entre ellos, sin dudas, están los de connotación sexual perpetrada contra menores de edad.”

Lo anterior llama a la reflexión pues si la vida es el bien más preciado del que dependen todos los demás, ¿por qué es prescriptible un abuso sexual y no un asesinato? ¿Cómo es que los delitos más atroces, según su penalidad, a saber, secuestros con homicidio, lesiones graves o violación (Art. 141, inc. final); violación con homicidio (Art. 472 bis); y robo con homicidio, lesiones graves o violación (Art. 433 bis), prescribirán si las víctimas tienen más de 18 años cumplidos y no en caso de ser menores?

4. Propuesta de redacción

Teniendo en consideración las observaciones anteriores, sugirió la posibilidad de profundizar la generalización y simplificación de los textos en discusión y, en consecuencia, para evitar lagunas y situaciones desproporcionadas y difícilmente comprensibles, aprobar el siguiente texto sustitutivo:

"Art. 94 bis.- No prescribirá la acción penal de los crímenes y simples delitos cometidos contra menores de edad, cuando esta circunstancia se haya considerado en la ley al establecerlos o sancionarlos. Tampoco prescribirá la de los crímenes contemplados en los artículos 141 inciso final, 372 bis y 433 N° 1, cualquiera sea la edad de la víctima."

A continuación, el Presidente de la Comisión, ofreció el uso de la palabra a **la psicóloga señora Vinka Jackson**, quien agradeció la invitación a participar de esta discusión e inició su presentación manifestando que la discusión de este proyecto tiene lugar al mismo tiempo que la develación del encubrimiento de los abusos a menores que ha realizado la Iglesia Católica en favor de sus clérigos y la irrupción del movimiento feminista. Manifestó que estas circunstancias sociales históricas permiten que afortunadamente no sea necesario dar una justificación mayor de la necesidad del derecho al tiempo para las víctimas.

Señaló que los niños se miran a sí mismos y a su lugar en el mundo con una inocencia que le es propia y que, en general, no está mediatizada por elementos de juicio u otro tipo de filtros, por lo que tiene un acceso más directo a la realidad. Esa característica deja a los niños particularmente indefensos frente al abuso.

Precisó que en Chile dos niños, niñas o adolescentes son abusados cada hora, y ello tiene lugar en un país que no está en guerra ni está sometido al hambre o a otro tipo de calamidades similares. Lamentablemente el abuso infantil y adolescente es una constante en Chile.

Indicó que durante el tiempo que son abusadas las víctimas tienen que lograr estrategias de sobrevivencia que les permitan convivir con sus agresores porque la mayor parte de las veces no tiene forma de escaparse de su control, lo que supone vivir en una situación constante de vigilia y riesgo inminente. Señaló que lo anterior produce un trauma profundo que se arrastra hasta la vida adulta. Expresó que este proceso es propio en cada víctima, y tiene que ver con las circunstancias familiares y sociales en las que se produjo el abuso.

Manifestó que la terapia es una de las herramientas para enfrentar el trauma, pero además de estar poco disponible para todos los afectados por razones de costos, por sí misma no es

suficiente. En resumen, expresó que las víctimas de estas vejaciones enfrentan dos dificultades básicas:

- la complejidad psicológica que implica la elaboración del relato del abuso.

- la dificultad de la reparación.

En seguida, relató que una de sus pacientes víctima de abuso sexual infantil la ha autorizado para leer ante la Comisión una carta en la que relata el peso que carga sobre su existencia a raíz del abuso que sufrió cuando era niña. El texto de la misiva es el siguiente:

"Tengo 37 años y no recuerdo haber vivido un "antes del abuso"... todo lo contrario..., mi primer recuerdo de vida es el azote de un papá enfurecido porque "lloraba y no quería dormir con él". Con ese golpe se acabaron las lágrimas. Tenía no más de 3 años y eso definió todo...a quién debía temer, de quién tenía que cuidarme, a quién no debía hacer enojar, quién era el más fuerte y quién es más débil. Mi mamá, una mujer de poca firmeza y nada de carácter, me recogió en el suelo y llorando me metió en su cama. La pieza donde dormíamos no tenía más de 3 metros cuadrados, sin embargo ello "nunca vio ni escuchó nada". Contradictoria resulta esa necesidad de protección y de desconexión en lo que se refería a mi cuidado.

Hasta los 12 años fui abusada en incontables ocasiones por él y por otros, por muchos otros. El haber vivido abuso sexual desde mi infancia temprana, me predispuso a normalizar la situación y a ser víctima una y otra vez hasta mi primera regla (10 de enero de 1994). De ahí en adelante el infierno siguió con tocaciones, roces, maltrato físico y psicológico, bullying y miedo, mucho miedo. A él no le importaba nada, si estaba enferma o pasando una gran pena....Dormía casi nada y estaba alerta todo el tiempo.

Más adelante, entre mis 15 y 16 años, comenzó a involucrar a dos de mis hermanos menores de 3 y 8 respectivamente, sujetándome y diciéndoles, a modo de jugo, que toqueteen mi cuerpo. Me inmovilizaba mordiendo mis manos, mientras me defendía rasguñándolo y llorando en silencio para que ellos no se asustaran (espero no lo recuerden jamás). ¿Y mi mamá? "nunca vio ni escuchó nada".

No disfruté mi infancia, adolescencia y juventud. Nunca fui a una fiesta, nunca tuve pololo (ni lo he tenido), mis primeros amigos y salidas son de mis años de universidad. Nunca tuve intimidación (y no sé si la tendré), nunca tuve una vida. Llevo años de terapias con distintos

profesionales y recién en los últimos 5 pude dar con los indicados y contar mi historia en todos sus matices.

Las secuelas del abuso en mi vida van desde la ideación e intento de suicidio, pasando por la fibromialgia, estrés postraumático, dispareunia, crisis de pánico, fobia social, depresión aguda, aversión sexual, pero también una gran valentía y fortaleza.

Mi caso está prescrito, pero el trauma no....Duele ver como hace 3 días cumplí 37 años y aún no puedo rehacer mi vida, pese a los incansables intentos de las personas que me acompañan en este proceso. Mi camino es muy lento, sin embargo, pese al dolor, veo mis avances y los celebro. Este es uno de ellos... un día antes de mi cumpleaños decidí escribir mi testimonio a modo de justicia, la única que puedo prodigarme.... Si el día de mañana se abre una ventana para denunciar casos prescritos, lo voy a hacer porque merezco reparación. Porque no voy a pagar las secuelas y con mis recursos económicos algo que no provoqué. Porque me robaron la mitad de mi vida con actos violentos y la otra mitad con un dolor atorado en mi cuerpo. Porque la ley resguarda al victimario y no a la víctima. Porque el dolor no prescribe. Porque recién estoy aprendiendo a vivir.

Por todas esas víctimas que no pudieron seguir viviendo y por las que lo hacemos aunque literalmente duela existir.

María Fernanda, Junio 2018."

Explicó que el relato anterior es fruto de un trabajo psicológico de años que ha permitido que esa víctima verbalice su trauma. Explicó que la enorme mayoría de los niños y niñas que pasan por ese trance no tienen esas herramientas para relatar lo que les pasó porque no logran asimilar el horror al que fueron expuestos.

Manifestó que el entorno tampoco ayuda, porque las víctimas típicamente muestran además problemas de adaptación escolar, por lo que deben lidiar con las etiquetas y discriminaciones en su establecimiento educacional, donde generalmente no hay profesionales capaces para desentramar el drama de base de estos niños, ni tampoco hay quienes se atrevan a hacer las denuncias correspondientes.

Puntualizó que las víctimas tienen que pasar por todos estos escollos vivenciales y sólo un puñado de ellas logra en la edad adulta, tras años de terapia, verbalizar lo que les ocurrió. Y después de esta verdadera odisea existencial, la justicia cierra sus puertas aduciendo que la acción penal está prescrita, lo que se traduce en la percepción de que al sistema judicial no le importan las víctimas.

Expresó que para los pocos casos en que la justicia es posible porque la acción penal aún no está prescrita, la víctima involucrada tiene que entrar en un proceso en el que sufrirá, además, un fuerte descrédito por el victimario y por la sociedad.

Indicó que la reparación no sólo requiere terapia sino también una comunidad disponible para escuchar lo que pasó, que le de crédito a la víctima y solidarice con ellas. Por ello negar a la víctima la posibilidad de acceso a la justicia o dificultarla excesivamente no es sólo una violación de derechos sino además significa imposibilitar su reparación aunque haya tenido lugar una terapia, porque impone la necesidad de vivir callado y hace sentir que el tiempo corre a favor del victimario.

Agregó que la reparación depende del reconocimiento público del daño y del trauma, de la contención y de la solidaridad, y de la acción concreta de la sociedad para asignar responsabilidades mediante la justicia y de esa forma mitigar el sufrimiento y las heridas perdurables o irreversibles de las víctimas.

Manifestó que la preocupación legislativa de esta Comisión ha sido una luz de esperanza para las víctimas, porque significa decirles que el Estado las escucha, que cree en su relato y que está dispuesto a hacer algo para remediar su situación. Añadió que el deber ético de proporcionar cuidado y de garantizar el acceso a la justicia son dos caras de la misma moneda. Expresó que además del acceso a la justicia es imprescindible que la salud pública tome cartas en el asunto y explore la posibilidad de que el tratamiento del trauma por el abuso sexual infantil quede cubierto por el Programa de Garantías Explícitas de Salud.

Expresó que este proyecto supone también una toma de partido por las víctimas. Manifestó que en este tema no hay neutralidad posible, y ante el Congreso está la opción de ponerse del lado de los niños, niñas y adolescentes afectados o mantener la situación actual que beneficia de forma directa a los agresores y asienta al paso del tiempo como refugio de la impunidad y de la no reparación.

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador Huenchumilla** ofreció el uso de la palabra al **abogado señor Nicolás Espejo**, quien también agradeció la posibilidad de participar de esta discusión. Inició su presentación señalando que las exposiciones anteriores muestran la necesidad y pertinencia de este proyecto. A continuación, se refirió a los siguientes aspectos:

1) Datos sobre el abuso sexual en Chile a niños, niñas y adolescentes

Explicó que, según la información recopilada por el Ministerio Público, cerca del 90% de los abusos sexuales denunciados son

cometidos contra menores de edad, y de ellos una parte importante corresponde a víctimas menores de 14 años. Agregó que se considera que la cifra negra de ataques no denunciados sextuplica los ingresos al sistema, que en el año 2016 ascendieron a 17.615 denuncias, por tanto de forma conservadora se puede estimar que al año tienen lugar 100.000 abusos de estas características.

Expresó que la edad promedio de la víctima abusada sexualmente en nuestro país es 8 años y medio.

Respecto del perfil del abusador explicó que el 75% de los victimarios son hombres, el 88,5% son conocidos de la víctima y el 50,4% de ellos son familiares directos. Explicó que estos últimos dos datos hacen aún más complicada para la víctima la posibilidad de revelación.

2) Implicaciones de los delitos de abuso sexual contra menores

Manifestó que se trata de crímenes particularmente graves en razón de la entidad de la agresión (afectación del bien jurídico de indemnidad física, psíquica y moral del niño); por su dinámica caracterizada por la asimetría y el abuso de poder; por su carácter de situación inconfesable que produce terror en la víctima; por el impacto actual y futuro que genera el abuso, y por la impunidad que cubre a estos delitos, tal como lo demuestra la baja tasa de condena.

Frente a ello señaló que la Convención de los Derechos del Niño impone al Estado de Chile la obligación de actuar con la debida diligencia (artículos 19, 34, 35 y 39), lo que en concreto supone el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

Expresó que, ante un fenómeno similar al chileno, el Estado de Australia instituyó la *Royal Commission into Institutional Responses to Child Abuse*, que en el año 2017 consideró la necesidad de asegurar a las víctimas de estos abusos las siguientes garantías relativas al sistema procesal penal:

- a.- Garantizar a las víctimas el acceso a la justicia,
- b.- Proveer seguridad y protección las víctimas, testigos y familiares.
- c.- Garantizar una investigación seria.
- d.- Otorgar a la víctima la posibilidad de dar su testimonio formal y que los hechos se reconozcan como tales independientemente de la sanción que se pueda aplicar.

e.- Declarar como ilícitos los actos de connotación sexual ejercidos sobre un niño.

f.- Sancionar a los responsables.

g.- Enviar una señal preventiva a la sociedad en general y a los abusadores en particular.

A continuación, pasó revista a las principales barreras de acceso a la justicia criminal que han señalado las víctimas de estos ilícitos:

a.- Bajas tasas de detección, develación y denuncia debido a las dinámicas abusivas y el temor a las consecuencias en el que estos abusos comúnmente tienen lugar.

b.- La tardía revelación es especialmente esperable cuando los ofensores son familiares del círculo cercano a la víctima y cuando concurren circunstancias de polivictimización o maltrato físico asociado.

c.- Entre el 30% y el 80% de los abusados develan su situación en la adultez. El plazo de promedio para ello dura más de 20 años, y hay casos que se requieren 40 y 50.

d.- Falta de voluntad de la policía o fiscalía para presentar un caso o tomarlo en serio.

e.- Falta de confianza en la efectividad del sistema de justicia penal para proteger y obtener una sanción.

f.- Experiencias negativas previas de la víctima o de terceros.

g.- Miedo del sobreviviente o víctima de no ser creído o de ser tratado con hostilidad.

h.- Reglas procesales que impiden el acceso al procedimiento penal y a una indemnización de los prejuicios sufridos, una vez que la víctima devela el abuso (prescripción).

En relación con las reglas vigentes de la prescripción, el abogado manifestó que el Comité de Derechos del Niño, en sus observaciones finales a Chile, de 2015, expresó que:

“47. El Comité recomienda al Estado parte que:

Promulgue legislación que penalice los delitos sexuales, entre ellos la explotación sexual, cometidos contra niños, y que especifique que esos delitos no prescriben;”.

Agregó que debido a la gravedad de estos delitos y la naturaleza de las barreras al acceso a la justicia, se les puede hacer equivalente a otros ilícitos graves, como los de lesa humanidad, que imponen la necesidad de la imprescriptibilidad y la prohibición de indultos. Expresó que todo lo anterior supone, evidentemente, la plena vigencia de las demás normas generales como el debido proceso y presunción de inocencia, y la procedencia de la condena, cuando la convicción del juez se forma más allá de toda duda razonable.

Subrayó que por su propia naturaleza el Derecho Penal es una herramienta limitada, y por ello no es posible esperar que sea la única solución para erradicar este abuso, pero sí -y dentro de las garantías que ese estatuto establece-, el Estado debe hacer todo lo posible para enjuiciar y condenar a los victimarios.

A continuación, se refirió a los plazos de prescripción de la acción civil. Recordó que la regla general en nuestro derecho para hacer valer la responsabilidad extracontractual es de 4 años a contar desde el hecho, lo que para este caso muestra que la legislación penal nacional es más extensiva que la civil pese a que en ella la restricción de garantías es más intensa. Indicó que lo anterior es un contrasentido.

Con todo, y en base al texto del artículo 2509 del Código Civil, alguna jurisprudencia de nuestros máximos tribunales ha permitido que se suspenda la prescripción civil en estos casos, mientras el demandante sea menor de edad, pero esta fórmula tiene como tope máximo 10 años, como lo establece el artículo 2520 de ese Cuerpo Legal. Manifestó que esto también es más restrictivo que la norma penal, y por ello si este proyecto avanza en su trámite legislativo, el Senado debería establecer, a lo menos, los mismos plazos de prescripción para la acción civil y la penal, pues la Convención de los Derechos del Niño requiere que en estos casos, además de la sanción correspondiente, la víctima sea reparada. Indicó que esta regulación ha sido recogida en estos términos por el derecho comparado.

Finalmente, planteó dos cuestiones finales. En primer término, abordó el asunto de la irretroactividad del mecanismo de imprescriptibilidad. Al respecto manifestó que, si se considera que el mecanismo que propugnan esta ley sólo puede hacerse valer para el futuro, el deber del Estado de hacerse cargo de las víctimas menores de edad que fueron vejadas sexualmente en el pasado sigue vigente y debe canalizarse por una vía alternativa a la penal.

En segundo término, expresó que el combate al abuso infantil requiere una estrategia integral que no tenga por única respuesta la represión penal, sino también las acciones de prevención y erradicación de la violencia contra los niños. Para ello las Naciones Unidas, con la colaboración de la Organización Mundial para la Salud, ha planteado la estrategia "INSPIRE", que requiere de los Estados signatarios de la Convención una Política Nacional, un Plan de Acción y una Hoja de Ruta para lograr estos objetivos.

A continuación, **el señor Presidente de la Comisión**, ofreció el uso de la palabra al **abogado señor Pablo Becerra**, quien agradeció la posibilidad de participar en esta discusión e inició su presentación manifestando que los antecedentes entregados demuestran que los menores víctimas de abusos sexuales están imposibilitados de hacer la denuncia correspondiente en los plazos que actualmente establece la ley.

Indicó que pese a ello se han levantado argumentaciones variopintas para justificar la mantención de la regla actual de prescripción. Señaló que estas razones se pueden reunir en cuatro grupos:

a1.- Argumentos procesales, de debido proceso y de prueba

Explicó que el argumento central de esta razón es que con el paso del tiempo, y de manera inexorable, la prueba decae o se pierde, lo que dificulta o hace directamente contraproducente la consecución de un proceso penal.

Indicó que la afirmación anterior debe problematizarse, porque las presentaciones anterior han demostrado que en algunos casos el transcurso del tiempo no influye para nada en la disposición de la prueba, por lo que el tiempo no debería levantarse como una objeción general ex-ante, sino como un elemento que tiene que ser considerado en cada caso, como una ponderación inicial en el trámite de admisibilidad de la querrela o en la aquilatación del peso de la prueba que debe hacerse respecto del fondo del asunto en la sentencia.

Por otro lado, destacó que la consideración del tiempo y la prueba no justifica el sistema vigente de prescripción de la acción, que está ordenado únicamente en razón de la pena asignada al delito y no por las dificultades procesales que conlleva su persecución o la viabilidad del proceso penal por razones probatorias.

Manifestó que independientemente del paso del tiempo, cualquier acción penal se sustenta en un mínimo material de evidencia de cargo que justifique el ejercicio de la acción penal. Explicó que esta circunstancia no está en discusión en este proyecto, lo que de paso

permite descartar de plano las objeciones que algunos han levantado respecto de que con esta iniciativa se abre la puerta a condenas sin prueba. Subrayó que no se cambian las reglas generales sobre la formación de la convicción condenatoria en materia penal ni los parámetros generales de valoración de la prueba.

Señaló que también se ha levantado como objeción la posibilidad de condena a inocentes. Sobre el particular explicó que la experiencia internacional ha identificado con claridad las razones de este error judicial, y en ninguna parte se ha observado que se produce por las reglas de prescripción. Indicó que, más bien, se debe a una mala identificación inicial del imputado (por ejemplo errores en el reconocimiento en rueda de presos); actividad débil en la valoración crítica de la evidencia introducida a juicios; y problemas de indefensión que tienen sus propios mecanismos de garantía, entre los cuales no se encuentra la prescripción.

Indicó que otro de los supuestos problemas que se han esgrimido es la posibilidad de dilaciones indebidas del proceso penal. Explicó que la jurisprudencia sobre esta materia siempre ha buscado y encontrado la causa de este problema en el incorrecto funcionamiento del sistema de justicia o en elementos anómalos o externos que han motivado la actividad de los órganos persecutorios, pero no en los casos en que la acción no puede ejercerse porque la víctima estaba imposibilitada de hacerlo.

Finalmente, subrayó que ni la Constitución Política de la República o los tratados internacionales vigentes muestran que existen algo así como un derecho fundamental a la prescripción, o que ella forma parte del catálogo del debido proceso.

2.- Objeciones relativas a la plausibilidad de la pena

Seguidamente, aseveró que históricamente la doctrina penal ha levantado algunas justificaciones doctrinarias para el catálogo de conductas tipificadas y retribuciones asociadas en el ordenamiento jurídico. En este esfuerzo justificativo las reglas sobre prescripción tienen poco que decir, salvo que se sostenga que el puro paso del tiempo es una forma de expiación del delito cometido por la posibilidad que pende sobre el autor de ser objeto de una persecución penal. Observó que lo anterior no es demostrable ni menos justificable como razón para afirmar que el mero transcurso del tiempo equivale retributivamente a una sanción efectiva.

Agregó que desde la perspectiva de la prevención como justificación de la pena el mero transcurso del tiempo tampoco equivale a una sanción penal, pues por sí mismo no tiene efecto resocializador demostrable. Por su parte, observó que la prevención especial siempre presupone que el condenado sea públicamente reconocido en la sentencia

como un partícipe culpable de la acción típica y antijurídica, y sólo desde ahí puede iniciarse un proceso de resocialización. Lo anterior también supone que la única prescripción justificable desde esta perspectiva es la de la pena y no la de la acción penal.

Expresó que algunos han manifestado que este proyecto no apunta al fondo del asunto pues no impide la comisión de nuevos ilícitos. Connotó que lo anterior se puede contestar teniendo en vista que la prescripción tampoco cumple ningún papel preventivo y en cambio actúa como un límite absoluto para la reparación de las víctimas pues para los casos que trata este proyecto está acreditado científicamente que el paso del tiempo no debilita el conflicto social subyacente a este ilícito y, en cambio, aumenta el daño a la víctima.

Por otro lado, observó que la prevención general de las penas se funda en el poder comunicativo que tiene la sentencia y su certeza, y desde esta perspectiva la prescripción ataca la efectividad social del derecho penal, porque justamente evita que la sentencia tenga lugar.

Finalmente, indicó que las reglas de prescripción obedecen a consideraciones político criminales relativas a la mejor forma de enfrentar el fenómeno criminal, y en este caso la evidencia científica demuestra claramente la utilidad de la persecución penal.

3.- Apelación a la idea de la certeza jurídica

Seguidamente explicó que esta perspectiva está ligada al derecho civil, y se vincula a situaciones de incertidumbre de derechos subjetivos. En materia penal ello sólo puede predicarse como justificación en caso de inactividad o negligencia del ejercicio de la acción penal imputable al Estado, y no cuando esa inactividad tiene lugar por la imposibilidad de la víctima de ejercer sus derechos.

4.- Apelación a la idea de por qué estos delitos sí y otros no

Al respecto manifestó que el punto se debe a la gravedad de los delitos para los cuales se predica la regla que se propone, en contraste con los ilícitos que queda fuera de ella.

Finalmente, señaló que la comparación ontológica entre conductas típicas es de suyo difícil más allá de las consideraciones político criminales que se tuvieron en cuenta al construir los marcos penales correspondientes. Añadió que para este proyecto la gravedad del delito no es la justificación principal de la nueva regla de imprescriptibilidad, sino la especial consideración de las víctimas aludidas, que está justificada por la evidencia científica.

- - -

A continuación, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, ofreció el uso de la palabra a los miembros presentes de la Comisión para que formularan observaciones y consultas a los cuatro últimos expositores mencionados.

En primer lugar, intervino **el Honorable Senador señor Harboe**, quien destacó que ante la Comisión se ha exhibido evidencia a favor de la imprescriptibilidad y en contra de la impunidad de las conductas que trata el proyecto.

Expresó que la experiencia internacional es muy positiva en este punto, logrando bajar la impunidad en este tipo de delitos y mejorando consecuentemente la paz social, lo que es el mejor índice de reparación para las víctimas.

Connotó que las normas de la Convención de los Derechos del Niño nos imponen obligaciones como Estados parte, que se traducen en el deber de adoptar medidas legislativas en esta materia.

Observó que también ha quedado claro que la imprescriptibilidad en estos casos no favorece la incerteza jurídica o socava alguna prerrogativa legítima relevante. En razón de lo anterior se mostró partidario de aprobar en general esta iniciativa, para, posteriormente, estudiar en detalle su contenido.

Enseguida, intervino **el Honorable Senador señor De Urresti**, quien se sumó a la idea de votar en general esta iniciativa. Añadió que los antecedentes entregados justifican este proyecto. Agregó que le llamó poderosamente la atención el fenómeno del "estupor" que, a su juicio, es el elemento que mejor caracteriza la necesidad de esta regla, y que acerca este tema a situaciones de la magnitud de las violaciones de los derechos humanos.

Sostuvo que otro asunto relevante para esta discusión es la participación de organizaciones en el encubrimiento de estos hechos.

A continuación, intervino **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, quien señaló que con este proyecto de ley el Congreso Nacional podría alterar una regla general sobre la prescripción y, por eso, interesa tener el máximo de elementos de juicio antes de resolver. Teniendo en vista lo anterior, realizó las siguientes preguntas a los expositores:

- Al señor Nicolás Espejo le solicitó que precise los elementos de responsabilidad extracontractual que le pueden corresponder al Estado, a raíz de su falta de protección a las víctimas de estos abusos.

- Al señor Pablo Becerra le consultó lo siguiente: si no existe un derecho a la prescripción extintiva de la acción penal, ¿se puede concluir que la víctima tiene derecho a la denuncia indefinida?; ¿implica, lo anterior, la posibilidad de incoar procedimientos respecto de hechos acaecidos con anterioridad a esta iniciativa?

- Al señor James Hamilton le planteó si ¿el estudio del "estupor" como fenómeno sólo tiene lugar respecto a la posición de víctima de este tipo de abusos o también lo padecen los niños que son testigos o que sufren otras vejaciones de gravedad similar?; ¿o el "estupor" es un fenómeno particular de las víctimas de abuso sexual infantil?

En respuesta a las inquietudes y cometarios anterior se concedió el uso de la palabra a los expositores.

En primer lugar, intervino **el abogado señor Espejo**, quien señaló que en general para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado debe identificarse un juicio de imputabilidad entre el acto estatal y el daño. Explicó que para el caso de este proyecto lo anterior se configura en dos hipótesis: a) si un funcionario a cargo de niños es quien ejecuta el ataque sexual -por ejemplo un caso de violación contra un menor cometido por un funcionario del SENAME-, o b) cuando el autor, que puede ser un funcionario fuera del ámbito de su competencia o un privado, perpetra el abuso bajo la aquiescencia del Estado, que no intervino debiendo hacerlo. El abogado sostuvo que la segunda hipótesis es la más habitual, pero en ambas hay lugar a indemnización.

En respuesta a la observación del Honorable Senador señor Harboe explicó que la Convención de Derechos del Niño no establece directamente la obligación de la imprescriptibilidad de la acción para el caso de abusos contra menores. Explicó que lo que ha tenido lugar es que el Comité de Derechos del Niño creado en esa Convención, a la luz de las disposiciones de la misma y en vista de las circunstancias particulares de los delitos sexuales contra menores, ha sugerido que Chile integre en su ordenamiento una regla especial que sancione la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

A continuación, intervino **el abogado señor Becerra**, quien se refirió a la aplicación retroactiva de esta ley.

Connotó que el texto despachado en el trámite reglamentario anterior y la indicación sustitutiva del Ejecutivo consideran una regla expresa de aplicación futura y no retroactiva del texto propuesto.

Manifestó que esta idea es discutible, pues por una parte supone que - debido a la dinámica de los abusos sexuales contra menores y al proceso de develación de las víctimas-, habrá que esperar muchos años antes de que se observe un efecto concreto de esta disposición. Por otra, esta idea no mejora en nada la posición de las víctimas actuales.

Relató que en su minuto el Ejecutivo consideró una formulación alternativa, que en vez de la imprescriptibilidad proponía un plazo de prescripción extendido de 30 años, pero estableciendo de forma expresa el efecto retroactivo de la iniciativa.

Sostuvo que, si no se considera una regla sobre retroactividad, se podría discutir si estas disposiciones son de naturaleza procesal o penal. Añadió que alternativamente se podría proponer una regla de retroactividad acotada, que otorgue sólo a las víctimas actuales cuya acción ha prescrito, un plazo excepcional para hacer su denuncia.

A continuación, intervino el **señor James Hamilton**, quien enfatizó que uno de los derechos expresamente reconocidos en nuestra Constitución Política es el derecho a la salud. Expresó que el análisis sobre la retroactividad debe hacerse a la luz del aseguramiento o negación de esa prerrogativa fundamental, y no sólo desde el aspecto jurídico del proceso.

Manifestó que en estos casos el daño inhibe la voluntad de denuncia, y ello explica la amplia cifra negra de no denuncias. Expresó que lo anterior justifica la necesidad de que el Estado tenga herramientas para detectar e intervenir en estos abusos.

Respecto de la observación sobre el fenómeno del estupor, explicó que él se asocia al riesgo vital inminente, según la interpretación de la víctima, y por eso comúnmente se observa en situaciones de catástrofe o de abuso contra niños proferido por quienes están a su cargo.

Expresó que la gravedad del delito no es el elemento relevante, sino el impedimento que tiene la víctima para denunciar.

En seguida, hizo uso de la palabra **la señora Jackson**, quien expresó que el principal problema que produce en las víctimas el abuso sexual infantil es el grado de confusión que deja en las víctimas. Connotó que a las víctimas de estos abusos les cuesta mucho librarse de ese estado y por ello quedan expuestas a situaciones de suicidio mayores a otras que también sufrieron situaciones de violencia.

Finalmente, el **Honorable Senador señor Harboe** puntualizó que lo que está en discusión es la introducción de una regla

excepcional de imprescriptibilidad de la acción penal, respecto de un conjunto acotado de víctimas en una situación de especial vulnerabilidad. Añadió que estos ilícitos equivalen, en el derecho internacional, a los delitos de tortura y de lesa humanidad.

Señaló que lo anterior se debe tener en vista a la hora de ensayar cualquier argumentación respecto de otros ilícitos en los cuales hay grados apreciables de impunidad, pero no las condiciones particulares antes anotadas.

En una sesión posterior, la Comisión recibió el parecer de los profesores de Derecho Constitucional, señores Fernando Atria y Arturo Fermandois.

En primer lugar, intervino **el señor Fernando Atria**, quien comenzó su intervención haciendo algunas precisiones generales acerca de la institución de la prescripción en el ámbito penal.

El tal sentido, expresó que la moción que dio origen a la iniciativa que ocupa a la Comisión aduce que la prescripción se estatuye en la necesidad de vivir en un estado de paz, en la que subyace la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos es porque han renunciado a ellos. Sin embargo, a partir de esa premisa los autores obtienen una justificación para su propuesta de imprescriptibilidad, pues considerar que un menor de edad víctima de un delito sexual que no ejerce las acciones durante un tiempo ha renunciado a sus derechos, es no entender las más elementales nociones de justicia y ni al ser humano en su integridad.

Asimismo, connotó que la Defensoría Penal Pública señaló que en la doctrina la prescripción penal se ha entendido de diversas maneras y se ha justificado de dos modos distintos: primero, en atención a que el transcurso del tiempo hace más difícil la prueba del delito y, segundo, porque con el correr del tiempo la necesidad de la pena va disminuyendo, hasta diluirse en pos de la seguridad jurídica y de la paz social.

Por su parte, agregó, el voto de minoría del informe de la Corte Suprema emitido en relación con el presente proyecto de ley sustenta la prescripción penal en el objetivo de impedir una perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas, ya consolidadas y extendidas; ignorar aquello podría contradecir los requerimientos retributivos y la propia positividad del derecho.

Entonces, afirmó que la idea de que la inacción de la víctima configura una renuncia de sus derechos se debe desechar. En efecto, que la prescripción se funde en una supuesta voluntad presunta del

que tiene derecho a ejercerlo sólo tendría, en principio, plausibilidad en el caso de la prescripción extintiva de los derechos personales o los créditos. No obstante, previno que incluso en esa situación se constata una argumentación demasiado superficial, toda vez que no hay razón para aplicar dicha institución al acreedor que por desconocer el domicilio de su deudor por ocultamiento no ha podido demandar a tiempo. La misma razón se verifica en el caso de la propiedad, en que resulta absurdo indicarle al dueño de una cosa que le han robado y que no la ha reivindicado porque desconocía su paradero, que si aquella aparece después de once años ya no puede reclamarla, dado que se entiende que renunció voluntariamente a esa facultad.

Sostuvo que en materia penal la noción de renuncia es absolutamente inaplicable, por cuanto los delitos, por regla general, son de acción pública. De hecho, aunque la víctima renunciase expresamente a la persecución de la acción penal, esa expresión de voluntad sería inoperante.

Seguidamente, se refirió a la dimensión constitucional de la prescripción penal y, en ese contexto, planteó que las alegaciones que justifican el mecanismo de la prescripción sobre la base de la dificultad progresiva de la prueba, la desaparición de la necesidad de la pena o la perturbación de las nuevas relaciones tienen en común el hecho de que la discusión acerca de la prescripción descansa en un juicio de razonabilidad, oportunidad y prudencia para el cual solamente el legislador tiene competencia. En efecto, corresponde indudablemente al legislador determinar cuándo el tiempo ha afectado tan significativamente la posibilidad de producir prueba fiable que permitir la persecución se transforma en un riesgo inaceptable de error judicial; cuándo deja de haber necesidad en la persecución penal, o cuándo deben respetarse las nuevas relaciones surgidas en el tiempo intermedio.

Adicionalmente, continuó, resulta claro que, así entendida, la prescripción no corresponde a un derecho de las personas que pueda ser exigido constitucionalmente en contra del legislador. Por tanto, a su juicio la tercera explicación que la Corte Suprema efectúa, invocando la autoridad de Von Liszt, es la que mejor provee de orientación respecto de la prescripción; en la especie, ella toma en cuenta el hecho de que la vida de las personas transcurre en el tiempo y que, el paso del mismo, aun cuando es teóricamente irrelevante, constituye algo decisivo en las vidas humanas. A medida que el tiempo pasa, las vidas se van realizando en un sentido o en otro y llega un momento en que el sujeto que es perseguido puede ser suficientemente distinto de su “yo” pasado.

Por cierto, complementó, el derecho en general asume una identidad personal a lo largo del tiempo y, por tal motivo, la prescripción no se instaure como un derecho del individuo. Empero, el

legislador puede declarar que transcurrido cierto tiempo el sujeto penado es suficientemente distinto de quien realizó la acción ilícita y por esa razón se pone un límite temporal a la posibilidad de la persecución penal.

Añadió que los antecedentes precedentemente señalados tienen consecuencias para la realización del análisis constitucional del proyecto de ley en debate.

El primero de ellos, enfatizó, es la determinación acerca del momento en que se justifica esa demostración de humanidad, cuestión que queda enteramente entregada al juicio legislativo, sujeto sólo a límites formales y al régimen constitucional de trasfondo.

Consignó que en este punto resulta relevante hacer referencia a la posible discriminación arbitraria entre los actores de los delitos que se propone declarar imprescriptibles y los otros ilícitos. Al respecto, acotó que una afirmación de ese tipo es equívoca, puesto que el legislador puede estimar razonable que la necesidad de respetar el curso y decurso de las vidas humanas impediría interferir con ellas luego de pasado cierto tiempo, salvo en determinados delitos en los que por razones particulares ese razonamiento no se aplicaría. Así, al tratarse la prescripción como una demostración de humanidad, no se puede pretender que las mismas consideraciones sean atingentes en todos los delitos sin distinción.

Postuló que, en su opinión, la queja de la discriminación arbitraria solo tendría sentido en el evento de una regla que haga más intensa la persecución penal respecto de un grupo identificable y por consideraciones adicionales y anteriores al delito respectivo. Es decir, en la medida en que la clase sea la de los autores de determinados delitos, la queja no tendría asidero. Por el contrario, sería fundamentada sólo si pudiera sostenerse, por ejemplo, que hay una correlación especial entre los delitos de que se trata y una determinada clase social o etnia o un grupo identificable, con prescindencia de su condición de infractores de la ley. No siendo este el caso, el reparo asentado en la eventual discriminación arbitraria no surge, sentenció.

En otro orden de ideas, hizo hincapié en que tampoco afecta la imprescriptibilidad un supuesto derecho al que hizo presente la Defensoría Penal Pública en el informe emitido sobre la presente iniciativa legal, esto es, a ser juzgado en un plazo razonable, que se fundaría en lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho precepto se refiere, como lo hace explícito su texto, al derecho de toda persona detenida o retenida. Así, se configura como una garantía procesal respecto de la duración de un proceso penal que ya ha significado medidas precautorias en contra de un imputado en particular y no como una garantía genérica para toda persona.

De consiguiente, arguyó, resulta evidente que la imprescriptibilidad no perturbaría ese derecho e, incluso bajo el imperio de esa regla, todo imputado retenido o preso seguirá teniendo derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Por lo demás, la Defensoría Penal Pública ha reconocido que se trata únicamente de un derecho del imputado sometido a medidas cautelares.

A mayor abundamiento, puso de manifiesto que aun interpretando el referido derecho de forma amplia, para todo imputado, quedaría claro que se trata de una garantía que no tiene relación con el asunto que aborda el proyecto de ley.

A continuación, observó que la proposición de ley dispone que la nueva regla solo será aplicable a los delitos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, postura que no sería objetable desde una perspectiva constitucional. Sin embargo, pese a lo que hoy parece de sentido común, no habría a su juicio inconstitucionalidad en el establecimiento de una premisa opuesta, 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 bajo cuyo imperio se hubieren cometido. En efecto, a las reglas sobre prescripción de la acción penal o la pena no les es aplicable la garantía de irretroactividad de la ley penal, contenida en el párrafo octavo del ordinal 3° del artículo 19 del Texto Fundamental, que dispone lo siguiente:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”.

Ahondó al respecto y señaló que dicha disposición se refiere a la tipificación legal de una conducta como delito y a la atribución a la misma de una pena determinada. Por su parte, las reglas sobre prescripción no se vinculan con esa materia, por cuanto en cualquiera de sus justificaciones dicha institución procesal no dice relación alguna ni con la caracterización de la conducta punible ni con la magnitud de la pena intimada por la ley. En consecuencia, asumir -como probablemente acaeció en la redacción del proyecto- que una regla como la propuesta no podría regir respecto de los hechos realizados antes de su entrada en vigencia denota una interpretación exagerada y textual y jurídicamente injustificada del texto constitucional.

Por otro lado, mencionó que la moción originalmente explicaba la propuesta de eliminar la prescripción tratándose de los delitos sexuales perpetrados contra menores sobre la base de la especial irreprochabilidad de esos actos. De hecho, los autores señalaban expresamente:

“Estamos convencidos que los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad son acciones tan deleznales, tan reprochables, tan miserables, que no pueden quedar entregadas a la suerte de que transcurrido cierto tiempo, estos delitos sencillamente prescriban.”.

Aseveró que esa racionalidad, sin embargo, no explica la regla especial tratándose de los delitos sexuales contra menores, dado que los ilícitos penales se definen como acciones que, entre todas las otras, se distinguen por ser especialmente atentatorias contra el orden social y, en ese sentido, deleznales. Por tanto, si lo que justifica la moción es la especial reprochabilidad de ciertos actos y la idea de que acciones especialmente reprochables no admitirían la prescripción, carecería de fundamento disponer que no prescribirán los delitos sexuales contra menores. En efecto, la manera en que se identifica a esas conductas particularmente “deleznales” es de acuerdo con la magnitud de la sanción y, por ello, las acciones que son punidas con las penas más altas son las más reprochables.

En definitiva, conforme a esta lógica, resultaría pertinente hacer imprescriptibles los delitos sancionados con las penas más altas. Por lo mismo, explicó que la racionalidad del proyecto se encuentra en otra parte y no en la que plantean sus autores, a saber, en el hecho de que los delitos sexuales contra menores tienen una peculiaridad que los distingue de los demás, toda vez que dadas ciertas consideraciones generales sobre la psicología humana, se trata de ilícitos en que es común que la víctima no se entienda como tal y que reprima el recuerdo de la agresión. En los casos normales, el agredido habitualmente se sabe en esa condición y al menos está dispuesto a colaborar en el sentido mínimo de no negar el delito; empero, respecto de los ilícitos infringidos a menores no resulta extraño que la víctima niegue su calidad y que la asuma sólo después de transcurrido un tiempo considerable.

En síntesis, en estas circunstancias hay algo especial acerca de estos delitos que justifica que las reglas sobre prescripción no se les apliquen como a todos los demás.

Finalmente, dio cuenta de sus observaciones sobre tres asuntos específicos que aborda la iniciativa legal.

En primer término, sostuvo que la remisión a la figura delictiva del secuestro con violación del artículo 141 del Código Penal no se condice con la finalidad de declarar imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores y, en ese contexto, la innovación introducida por la indicación del señor Presidente de la República resulta incoherente. Explicó que el delito contenido en la disposición antes citada tiene en el artículo 142 una figura agravada si se comete en contra de un menor de 18 años, a saber, la sustracción de menores. Consiguientemente,

incluir el secuestro restringiendo la referencia únicamente a los casos en los que dicho delito se ejecuta contra menores de edad es incoherente, porque se trata de un hipótesis vacía, pues si la víctima está en ese grupo etario no hay secuestro propiamente tal, sino que sustracción de menores. Añadió que ese argumento no sería aplicable en el caso del robo con violación, tipificado en el artículo 433 del Código Penal, en el que sí tiene sentido circunscribir la referencia sólo a los casos en que la víctima es menor de edad.

En segundo orden, hizo alusión a la inclusión de la comercialización o distribución de material pornográfico, contenida en el artículo 374 bis del Código Penal. Sobre ese punto, connotó que la moción originalmente hacía referencia al delito contenido en el artículo 366 quinquies, esto es, la producción de material pornográfico con utilización de menores, pero la indicación del señor Presidente de la República incluyó también el delito de comercialización y distribución de material pornográfico. Al respecto, la proposición de enmienda considera una genérica circunstancia limitativa definida por el hecho de que al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad, premisa que en este caso no tiene sentido. En efecto, el “hecho” es la distribución o comercialización de un material en cuya producción el agente no participó -si lo hizo le sería aplicable la regla del artículo 366 quinquies-, por lo que extenderle la regla de imprescriptibilidad y vincularla con la minoría de edad de quien no está directamente involucrado en el hecho delictivo no parece aconsejable.

Por último, aseguró que el proyecto de ley no distingue entre el hechor mayor de edad y el que tiene menos de 18 años, cuestión que en su parecer no parece aconsejable. Consignó que la explicación antes ofrecida para la prescripción, que reconoce por razones de humanidad que sancionar a alguien mucho tiempo después de cometido el ilícito es en alguna medida sancionar a alguien distinto de quien realizó el hecho, es aplicable con muy mayor razón al hechor adolescente. Asimismo, la minoría de edad tiene sentido precisamente porque durante ese período el sujeto no es plenamente responsable de sus acciones.

Seguidamente, hizo uso de la palabra **el académico de Derecho Constitucional, señor Arturo Ferrandois**.

Al comenzar su exposición, reflexionó acerca del fundamento jurídico de la prescripción como institución y señaló que, tal como lo sostuviera Carnelutti, “el precio de la certeza es nada menos que la injusticia”. Así, agregó que la prescripción, en su origen, tiene ese sentido y se configura como una transacción entre dar a cada uno lo suyo y el otorgamiento a la sociedad de certezas para proteger y consolidar las relaciones jurídicas que se crean con el curso del tiempo.

Informó que el tratadista Tinti postuló que la prescripción era “el precio para la paz que se logra al romper la cadena interminable de controversias con la cosa juzgada”. Por tal razón, la tarea del derecho es hacer cada vez menos caro ese precio y acortar la distancia entre la certeza y la justicia.

Desde el punto de vista constitucional, arguyó, no se constata un derecho preciso a la prescripción, pero sí existe el derecho a la certeza jurídica, del cual emanan todas las instituciones que buscan la estabilidad de las situaciones jurídicas. Debido a esa razón, los tribunales constitucionales –incluido el chileno- han discernido sobre el valor de la prescripción penal. En ese escenario, el Tribunal Constitucional español ha señalado:

“La institución de la prescripción encuentra su justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica.....puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y la de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de la relaciones jurídicas.....y que se acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas...”.

Agregó que el numeral 2 del artículo 24 de la Constitución española otorga a sus destinatarios el derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas, garantía que se replica en la Carta Política nacional en el derecho a un justo y racional procedimiento.

En síntesis, puntualizó que en el contexto internacional, el derecho constitucional considera a la prescripción como una herramienta importante para la certeza jurídica, debiendo analizarse con cuidado las circunstancias precisas de las iniciativas que pretenden reducirla o eliminarla, en pos de la búsqueda de la justicia.

Hizo presente que la imprescriptibilidad es una excepción, dado que impide que se alcance un momento en el cual se consolide una determinada situación jurídica. En este caso en particular, dicha circunstancia se justificaría para castigar hechos deleznable, miserables y execrables, como los delitos sexuales cometidos en contra de menores.

Entonces, dado que se trata de una situación excepcional, obliga a una racionalidad calificada para su establecimiento. En ese marco, es preciso identificar qué derechos eventualmente podrían verse afectados.

En primer lugar, mencionó el derecho al procedimiento e investigación justos y racionales. Racionales en el sentido de que persigan cumplir el bien de política pública pretendido y justos en el

afán de retribuir a las personas lo que realmente merecen. Connotó que esa garantía es de una configuración compleja y de alcance pluri conceptual, pero que se relaciona estrechamente con la propuesta que efectúa la moción en debate.

También hizo alusión al derecho a ser juzgado sin dilaciones excesivas, que se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Planteó en el Tribunal Constitucional nacional está en estudio un caso de carácter patrimonial en que se han impuesto ciertos criterios en este sentido, debido a que los juicios eternos o los procedimientos que no tienen una conclusión definida no son del gusto de la Carta Fundamental. En efecto, los procedimientos deben encaminarse a un cierre efectivo.

Un tercer derecho en juego, añadió, es la presunción de inocencia, puesto que quien puede resultar en definitiva inocente de los hechos que se le imputan nunca alcanzaría un estado de certeza y de paz personal.

Por último, citó el derecho a la certeza jurídica, que se extrae del ordinal 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En torno al proyecto de ley y su relación con las disposiciones constitucionales, explicó que la regla general es que el legislador es soberano para determinar la reprochabilidad de un delito, es decir, para crear ilícitos y asignarles penas. No obstante, el principio de proporcionalidad que emana del derecho alemán ha dicho que el legislador debe cuidar la proporcionalidad intrínseca, la que tiene lugar cuando la excesiva severidad de la pena o del marco legal en la que se impone -eventualmente la imprescriptibilidad- resulta desmedida e inidónea para los fines que se buscan.

Observó que esa premisa ha sido seguida por el Tribunal Constitucional en una sentencia que analizó los efectos de la denominada “Ley Emilia”, en que señaló que la imposición del cumplimiento efectivo obligatorio de la sanción de dos años, toda vez que vulnera de esa manera la naturaleza de las penas sustitutivas, resulta incongruente con los principios de proporcionalidad en la aplicación de las penas. En resumen, el Tribunal exige que los castigos penales sean idóneos para el fin perseguido.

Por tal motivo, continuó, la ley no puede usar la imprescriptibilidad –herramienta extrema y severa- si pueden obtenerse los fines con otros medios menos gravosos, menos intrusivos o menos severos. En la misma línea se enmarca lo señalado por la profesora estadounidense Suzette Malveaux, que en su artículo denominado “*Statute of Limitations: a policy analysis*” ofrece cinco herramientas a las que recurre la legislación

comparada para aplicar plazos diferidos de prescriptibilidad. Son las siguientes:

1.- *Accrual*: Consiste en la suspensión del cómputo del inicio del plazo de la prescripción hasta que la persona ofendida esté en situación objetiva de poder demandar y denunciar.

2.- *The discovery rule*: Difiere el inicio del cómputo del plazo de prescripción hasta que se encuentra una prueba que permite acreditar el delito.

3.- *The continuing violatios doctrine*: Se presenta cuando el ofensor continúa delinquiendo, caso en el cual el plazo de prescripción comienza a contarse desde que se comete el último de los ilícitos.

4.- *Equitable Estoppel*: El plazo de prescripción no comienza a correr si el culpable continúa realizando acciones para que la víctima no denuncie.

5.- *Equitable Tolling*: Se difiere el plazo de inicio de la prescripción por razones de equidad.

En definitiva, se trata de combinaciones que posibilitan trabajar en pos de la justicia, pero sin sacrificar completamente la prescripción.

En seguida, subrayó que otro principio que debe resguardarse es el de igualdad y no discriminación arbitraria. En ese contexto, hizo presente que de aprobarse la imprescriptibilidad para los delitos que se individualizan en la iniciativa legal, es necesario especificar algún indicio acerca de su reprochabilidad que permita hacer una ponderación adecuada.

Adujo que actualmente los delitos imprescriptibles son los que instituyó el Estatuto de Roma de 1998, a saber, lesa humanidad, genocidio, agresión y guerra. Por tal motivo, es apropiado preguntarse si el catálogo de delitos imprescriptibles consignado en la indicación sustitutiva formulada por el Ejecutivo salvaguarda el principio de no discriminación arbitraria.

Sostuvo que uno de los indicios para determinar la reprochabilidad es la pena asignada. Sin embargo, en los delitos que aborda la iniciativa no hay un parámetro igualitario en ese sentido e incluso algunos tienen penalidades que comienzan en los 541 días. Entonces, si bien el legislador tiene amplia flexibilidad para disponer sistemas de reprochabilidad

debe seguir alguna pauta uniforme e igualitaria, porque, de lo contrario, se arriesga a que se formulen reparos constitucionales.

En definitiva, recomendó que en el análisis de la iniciativa también se consideren otros instrumentos que con la misma eficiencia permitan obtener la reparación para la víctima y la sociedad que no sea la imprescriptibilidad y así mantener el balance entre certeza jurídica y justicia.

Una vez finalizadas las exposiciones, **el Honorable Senador señor Harboe** explicó que de la intervención del académico señor Atria se desprende la necesidad de argumentar la racionalidad de una medida como la imprescriptibilidad, sobre la base de la falta de conciencia de los menores de su calidad de víctima y de su consiguiente imposibilidad para denunciar el delito. Por otro lado, el académico señor Fernandois planteó que la inclusión de delitos con un castigo bajo podría significar una afectación de principios constitucionales, toda vez que si el legislador ha determinado una pena relativamente baja para un ilícito, no habría razón para sancionarlo también con la imprescriptibilidad.

En ese marco, preguntó a los expositores dónde estaría el límite en cuanto a la pena asignada a los delitos que se declararán imprescriptibles, según los argumentos que han expresado.

A su turno, **el Honorable Senador señor De Urresti** solicitó al profesor Fernandois comentar en un plano práctico la doctrina conocida como *Statute of Limitations*, en relación con sus vinculaciones con aspectos procesales y de técnica investigativa. Manifestó que alguna de las alternativas planteadas por esa línea doctrinaria quizás podría utilizarse en los delitos que poseen un rango de penas más reducido.

Luego, en lo que atañe al desarrollo del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional, señaló que no logra comprender qué punto de referencia utilizan para emitir tal afirmación negativa respecto de la denominada "Ley Emilia". Aludió a una excesiva capacidad creativa del Tribunal, que también se ha evidenciado en el análisis de otras normas de rango legal.

Asimismo, puso de manifiesto que existe consenso social en que las reglas actuales son insuficientes para castigar apropiadamente los delitos de índole sexual cometidos en contra de menores. Por tal razón, adujo que una de las correcciones normativas pertinentes es aquella que intenta evitar que el transcurso del tiempo opere en favor del agresor.

En otro ámbito, preguntó si, desde un punto de vista procesal, la ausencia de una regla particular de retroactividad impedirá que en el corto y mediano plazo la ley tenga real eficacia, en el objetivo de castigar a quienes han abusado de menores. Del mismo modo, consultó a los expositores acerca de la manera de establecer el límite adecuado para la determinación de aquellas figuras delictivas que merecen ser declaradas imprescriptibles. Es decir, cuáles son los parámetros para efectuar esa fijación.

En respuesta a las inquietudes formuladas, **el académico señor Fernandois** expuso que la imprescriptibilidad debe ser estatuida en la preceptiva legal con un sentido de igualdad, es decir, para ilícitos que compartan algún elemento común. Añadió que si bien una pauta a seguir es la entidad de la pena, también es atendible la incorporación de algunas situaciones nuevas, entre las cuales destacó la suspensión del plazo de prescripción por dependencia emocional, aun cuando la víctima alcance la mayoría de edad. La determinación de dicha circunstancia, enfatizó, será materia de la investigación respectiva, aunque, a su juicio, constituye una figura más compatible con el principio de certeza jurídica que la simple declaración de imprescriptibilidad.

Otra alternativa viable, arguyó, es la postergación del inicio del cómputo del término de prescripción hasta el conocimiento del hecho por parte de la policía o de otras autoridades estatales competentes o desde que se interpone denuncia o querrela.

En síntesis, adujo que la eventual imprescriptibilidad debería aplicarse a un conjunto de delitos que compartan una naturaleza matriz. Aunque no es el único, un elemento a considerar es la reprochabilidad que se le ha asignado al ilícito.

Por último, en lo atinente al tratamiento del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional, hizo hincapié en que dicha máxima está en vías de desarrollo y que las sentencias en materias de control de armas y de la denominada Ley Emilia son las primeras aproximaciones hacia una construcción más definitiva. En sentido contrario, si encuentran mayor progreso la determinación de los mandatos de optimización referidos a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente tal, que sirven para evaluar si las medidas limitativas o intrusivas de derechos satisfacen un estándar de racionalidad.

Por su lado, **el académico señor Atria** estimó relevante en la presente discusión ubicar el debate de manera adecuada. Así las cosas, consignó que la prescripción o la imprescriptibilidad no pueden ser analizadas únicamente desde el punto de vista de la entidad de la pena. De hecho, la regla que modifica la prescripción no hace más gravosa la sanción.

De igual manera, no cabe encuadrar una eventual enmienda de la referida institución procesal en la discusión de los beneficios a que puede acceder el hechor. En efecto, la prescripción no se justifica para beneficiar al delincuente que ha sido exitoso en ocultar su delito.

En virtud de lo expuesto, sostuvo que la prescripción penal debe ser entendida de una forma radicalmente distinta de la prescripción civil, pues en esta última hay, por regla general, simetría entre distintas pretensiones sobre una cosa y se hace necesario estabilizar situaciones jurídicas. En la prescripción penal el escenario es distinto y, por lo mismo, no se trata de una institución que exista en todo caso. Incluso es posible y de ocurrencia relativamente ordinaria en la tradición del *common law* que ciertos delitos no prescriban.

Explicó que la prescripción penal también se fundamenta en el problema que significa para el Estado que la pretensión de punición quede abierta y frustrada, pues deslegitima el sistema. En tanto, desde la perspectiva del hechor, la institución procesal se justifica por la constatación de que años después la persona que podría sancionarse es considerablemente distinta de la que incurrió en el ilícito.

En seguida, postuló que no hay razón para señalar que la reprochabilidad, manifestada en la entidad de la pena, tenga relación con la discusión que ocupa a la Comisión. La pregunta que realmente importa es si hay justificación para tratar a los delitos sexuales en contra de menores de edad como una categoría autónoma e independiente para ciertos efectos, cuestión que parece sustentarse en que tal como la establecido la evidencia científica, en este tipo de ilícitos penales es habitual que las víctimas nieguen su condición de tales y repriman el recuerdo del hecho. Entonces, sólo en el momento en que se produce un evento que les permite vencer esa resistencia psicológica se manifiestan como víctimas.

A su juicio, la situación relatada respalda plenamente la declaración de imprescriptibilidad, sin necesidad de atender a la magnitud de la sanción asignada. Sentenció que ese criterio no es el único válido e insistió en que la prescripción no debe ser tratada como parte de la pena.

En torno al principio de proporcionalidad, acotó que es difícil anticipar el desarrollo de su formulación en el Tribunal Constitucional, pues este ente colegiado es sensible en sus decisiones a las diferencias en su composición. De consiguiente, solamente es relevante preguntarse cuál será el estatuto del presente proyecto frente a la Constitución Política de la República.

En lo que atañe a las consideraciones de temporalidad para determinar a qué delitos se aplicará la norma legal,

sostuvo que en su impresión los constitucionalistas tenderán a señalar que una reforma de este tipo estará afectada por el principio de irretroactividad de la ley penal y que, por lo tanto, no podrá imponerse a los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. Juzgó un error esa postura, dado que la prescripción no es parte de la pena y por el hecho de que la Carta Política asegura la irretroactividad en cuanto a descripción del hecho punible y a la pena intimada por la ley. En ese contexto, la normativa legal podría regir *in actum*.

Finalmente, en lo que dice relación con las otras posibilidades regulatorias a las que se ha hecho mención, como aquella que vincula la prescripción con la dependencia emocional de la víctima con el hechor, observó una diferencia importante entre considerar esta cuestión en abstracto o en concreto. Expresó que, en su opinión, la discusión debe hacerse en abstracto, tal como lo hace la iniciativa legal, ya que el interés que está detrás del derecho penal no es el de la víctima. En efecto, la pena existe porque la conducta realizada atenta contra el orden social.

Consiguientemente, no se trata de favorecer la punición para facilitar el interés de la víctima; en la especie, lo relevante en este caso es la determinación del tipo de reacción estatal que se justifica en las circunstancias de los delitos sexuales que afectan a los menores de edad. Por lo tanto, más allá de establecer reglas que otorguen soluciones en concreto, según las condiciones específicas del caso, lo correcto es que la discusión se haga en abstracto, dada la manera en que los delitos sexuales en particular constituyen una agresión a la conformación de la personalidad de los menores.

Con posterioridad, **el Honorable Senador señor Pérez** compartió que la materia en debate debe ser abordada desde la perspectiva de los daños infringidos a un determinado número de personas, en este caso los niños, perjuicios que resultan extremadamente complejos de determinar por el tiempo transcurrido entre la oportunidad en que acontece el acto delictual y el momento en que es denunciado. Al respecto, hay suficiente evidencia científica para afirmar que el menoscabo sufrido se expresa mucho tiempo después de ocurrido el delito, lo cual impone al Derecho Penal la exigencia de dar una adecuada respuesta a las víctimas. En ese contexto se enmarca la propuesta legislativa sometida a la consideración de la Comisión, arguyó.

Luego, pidió mayores opiniones acerca de la eventual retroactividad de la normativa en debate y los problemas constitucionales que una medida de esa naturaleza podría causar.

De igual manera, hizo presente que el país ha suscrito variados instrumentos convencionales internacionales que lo obligan

a contar con normativas propias para el oportuno resguardo de los niños, situación que también debe ser considerada en la discusión.

En otro aspecto, llamó a desestimar las aseveraciones que vinculan estrechamente la posibilidad de la imprescriptibilidad a la entidad de la pena, por cuanto la justificación está dada por la protección de los menores de edad de delitos tan deleznable como los sexuales.

Acto seguido, hizo uso de la palabra **el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Sebastián Valenzuela.**

El personero de Gobierno puntualizó que el fundamento de la indicación del Ejecutivo radica efectivamente en las circunstancias particulares que se detectan en las víctimas y no necesariamente por la gravedad de los ilícitos detallados. Sobre la base de esa argumentación, consultó al académico señor Fermandois si persistirían sus observaciones constitucionales en ese grupo de delitos, más allá de las penas que la ley les ha fijado.

En cuanto a la aplicabilidad inmediata de la preceptiva una vez que entre en vigor, evocó la ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, que posee una norma similar a la disposición transitoria de la indicación sustitutiva del Ejecutivo y que expresamente hace extensible hacia el futuro la imprescriptibilidad. Al efecto, consultó a los académicos expositores si se verificarían reparos de constitucionalidad de aplicarse in actum la regla, especialmente en lo atinente a delitos cuyos plazos de prescripción estarían vencidos con la legislación actual, pero que no hayan obtenido un sentencia declarativa en ese sentido.

Por último, connotó que la consideración de alternativas a la imprescriptibilidad, como la vinculada con la dependencia emocional, en la práctica atentarían contra la seguridad jurídica, toda vez que los juicios sobre delitos sexuales podrían extenderse por la necesidad de determinar el período en que se terminaría esa dependencia, de modo de fijar la oportunidad en que ha comenzado a correr el plazo de prescripción. Ello podría acarrear dificultades para conocer acerca de la efectividad de los hechos ilícitos, por la señalada cuestión previa.

Entonces, si bien en el plano abstracto parece una norma razonable, analizada en concreto surgen observaciones a su respecto.

A continuación, **la Honorable Senadora señora Rincón** expresó que en este ámbito la conjugación del derecho, la medicina

y la psicología resulta compleja. Por lo mismo, instó a los miembros de la Comisión a analizar con minuciosidad la propuesta, a fin de que esa fusión resulte virtuosa para las víctimas.

En ese contexto, relató la experiencia que ha conocido de mujeres de un hogar en la ciudad de Constitución, quienes crecieron creyendo que era normal que abusaran de ellas y que después de mucho tiempo recién comienzan a develar el drama que sufrieron. A partir de esa experiencia, acotó, ha alcanzado la convicción de que en esta situación no es preciso modificar las penas, pero sí sería pertinente enmendar las reglas sobre prescripción y su eventual retroactividad.

Sobre el mismo asunto, hizo notar que al suscribir la moción que dio origen a la iniciativa en discusión no dimensionó el real efecto que podría tener y la enorme cantidad de personas a las que podría beneficiar. Consignó que, en ese entendido, se presenta una oportunidad inmejorable para contar con una buena ley, dado que los casos en los que incidirá así lo ameritan.

Finalmente, hizo hincapié que la institución de la prescripción no debe analizarse en su variante civil, sino que desde la perspectiva de la misión del Estado de cautelar y resguardar los derechos humanos de las personas, con el objeto de impedir que sean conculcados.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla, en primer término, manifestó compartir la postura que indica que las sociedades requieren de certeza jurídica y, en consecuencia, la estabilidad en todo orden de cosas es un objetivo por el cual debe velar el legislador.

Asimismo, estimó atingente tener en consideración que el principio constitucional de igualdad ante la ley admite la posibilidad de que se efectúen diferencias entre los adultos y quienes aún no han alcanzado un grado de desarrollo y capacidad plenos. Por tal razón, se declaró partidario de la instauración de una discriminación positiva respecto de aquellos menores que, sometidos a actos tan deleznable como los delitos sexuales, sufren efectos psicológicos tan profundos que los incapacita para actuar de la misma forma en que lo haría un mayor de edad. De hecho, tal como se ha explicado previamente, en muchos casos la víctima no advierte su condición, dado el profundo deterioro infringido a su personalidad.

En otro aspecto, postuló que si el orden constitucional estableciese el derecho a la prescripción, una iniciativa como la que está en discusión contravendría esa garantía, ya incorporada en el patrimonio jurídico del agresor. No obstante, como ello no se ha dispuesto de esa manera, resulta plausible que una vez que entre en vigor la ley rija in

actum, sin perjuicio de que es probable que origine diversas interpretaciones y controversias constitucionales a futuro. Sobre la base de ese último razonamiento, exhortó a los demás miembros de la Comisión y a las autoridades ministeriales a legislar en la discusión en particular de forma reflexiva y minuciosa, de manera de precaver los eventuales conflictos que una preceptiva como la propuesta en el proyecto de ley puede ocasionar.

Seguidamente, planteó que la esencia del proyecto de ley está representada por la naturaleza específica de la víctima, esto es, el menor, el cual, sujeto a un entorno psicológico particular producto del abuso, no está en iguales condiciones que alguien que ha alcanzado la mayoría de edad. Comentó que razones de similar gravedad han llevado al establecimiento de los delitos de lesa humanidad en el derecho internacional, por la entidad de la afectación que producen a las personas.

De conformidad con los argumentos antedichos puso de manifiesto que la aprobación de la idea de legislar en esta materia apunta en la dirección correcta, sin que en su actual redacción se constaten vicios de constitucionalidad a su respecto.

El académico señor Fernandois indicó que aunque el proyecto en discusión está bien orientado y fundamentado, resta un análisis detallado de su texto para reducir los riesgos constitucionales que, a pesar de las distintas apreciaciones de la doctrina, puede padecer. Lo anterior, en el objetivo de que la norma legal tenga real eficacia en su aplicación.

En esa perspectiva, afirmó que uno de los asuntos que es preciso dilucidar es si la prescripción forma parte del delito. A modo de ejemplo, adujo que si una conducta ilícita tuviese un plazo de prescripción de un día podría dudarse de si posee efectivamente la categoría de delito.

De consiguiente, observó que el establecimiento de la vigencia *in actum* de la ley, rigiendo hechos pasados, ocasionará controversias constitucionales serias.

Expuso que un escenario diverso podría verificarse si se consideraran mecanismos alternativos de cómputos de plazos de prescripción –como los individualizados previamente en el debate-, que tendrían un mejor pronóstico desde el punto de vista de su congruencia con el Texto Fundamental.

En último término, reiteró que la entidad de la pena efectivamente constituye un indicio de reprochabilidad y, en ese sentido, llamó a no perder de vista que una exigencia constitucional es que se verifique una razón de fondo que ligue a los delitos respectos de los cuales se declarará su imprescriptibilidad. En definitiva, la constatación de

una racionalidad calificada, dada la excepcionalidad de la norma en discusión.

Con todo, comentó que ante la ausencia en el proyecto de ley de una construcción sofisticada de esa racionalidad, lo más probable es que el análisis se dirija hacia la reprochabilidad dispuesta en la pena respectiva, a fin de impedir eventuales discriminaciones arbitrarias.

El académico, señor Atria, en lo que atañe a la manifestación tardía del daño en las víctimas de delitos sexuales en la minoría de edad, expresó que si bien se constatan opiniones que tienden a señalar que el derecho no tendría instrumentos para responder convenientemente ante ese problema, no es razonable una interpretación que impida al derecho cumplir la función que le corresponde.

En ese orden de ideas, destacó que parte importante del sentido de la prescripción es impedir que continúe vigente una pretensión de punición que se ha revelado ineficaz, ya que ello desacredita la acción estatal en ese ámbito. Por el contrario, el proyecto en cuestión se fundamenta justamente en un sentido inverso, esto es, que las reglas sobre prescripción han conllevado el surgimiento de casos de alta connotación en que la pretensión punitiva ha quedado en ridículo, deslegitimación que no puede ser irrelevante para el legislador ni para la Constitución.

En torno al debate sobre la temporalidad de la imprescriptibilidad y sin ánimo de predecir lo que pudiere fallar el Tribunal Constitucional al respecto, subrayó que los eventuales problemas constitucionales sólo surgirían al momento de aplicar la normativa y, por esa razón, esa materia no debería ser discutida en sede de control abstracto de constitucionalidad, sino que en términos de inaplicabilidad.

Sostuvo que no es inusual que el legislador estipule reglas de aplicación temporal, territorial o personal de la ley.

Por otro lado, juzgó erróneo que se entienda que la prescripción es parte de la pena y, por lo tanto, está sujeta a su mismo régimen, toda vez que ello redundaría en que habría que precaver la no afectación de las disposiciones sobre irretroactividad de la ley penal.

En su opinión, no hay dificultades constitucionales en el establecimiento de una regla de aplicación *in actum* de la imprescriptibilidad. A pesar de ello, reconoció que esa premisa no es pacífica en la doctrina penal ni constitucional.

Luego, hizo notar su desacuerdo con la postura que afirma que existiría un derecho genérico a la certeza jurídica en la Carta

Política, argumento que, según sus partidarios, sería suficiente para cuestionar la regla de la imprescriptibilidad.

Respecto del examen de otras opciones a la imprescriptibilidad, connotó que una regla en abstracto otorga una solución a todos los casos y, por tanto, todas las personas conocen del régimen de la pretensión punitiva que puede dirigirse en contra de ellos. En dirección contraria, un mandato que atienda a mantención de un estado de dependencia emocional redundaría en que la acción que puede intentarse en contra de alguien esté sujeta a la contingencia y particularidad de cada ser humano.

En virtud de esas consideraciones, se mostró adepto a regular esta materia en forma abstracta, tal como la propone el proyecto de ley, precisamente por consideraciones de certeza jurídica.

Añadió que en la discusión del proyecto que dio origen a la reforma procesal penal también se debatió si regiría *in actum* y finalmente se estipuló una disposición expresa que autorizaba una entrada en vigencia parcelada y que no se aplicaría a los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Si bien una norma de ese tipo se justifica con el fin de hacer eficaz la preceptiva en cuestión, ha tenido el resultado paradójico de que procesados en casos sobre violaciones de derechos humanos han recurrido al Tribunal Constitucional aduciendo la inconstitucionalidad que significa aplicarles a ellos el procedimiento penal antiguo, que se considera más gravoso que el vigente actualmente.

Insistió que si es inconstitucional la idea de legislar en este proyecto, ello significaría que las competencias del legislador en el derecho nacional estarían extraordinariamente reducidas.

El señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos coincidió con la idea de sancionar en general la iniciativa y dejar para la discusión en particular un análisis pormenorizado de sus estipulaciones.

Comentó a continuación que la indicación sustitutiva formulada por el Ejecutivo mantuvo la estructura planteada por la moción. Asimismo, hizo notar que también se planteó la duda acerca de la vigencia temporal de la iniciativa, es decir, si se trataba de una disposición de naturaleza procesal o si era alcanzada por la garantía de irretroactividad de la ley penal. Al respecto, no hubo unanimidad entre los expertos consultados.

En ese escenario, continuó, se decidió estatuir una disposición transitoria expresa para que a aquellos delitos ya cometidos les siguiera rigiendo la regla del artículo 369 quáter. Sin perjuicio de ese resguardo, reconoció que se trata de una materia muy discutida en la

doctrina penal y constitucional y, por esa razón, resultaría pertinente que la Biblioteca del Congreso Nacional informe al respecto y se recabe el dictamen de algunos académicos especializados durante el trámite reglamentario de discusión en particular.

Opinó que, según su parecer, por la relevancia social de la materia discutida, sería deseable que tuviese efecto retroactivo, pero también es deber de las autoridades cautelar la sistematicidad y unidad de conceptos del ordenamiento jurídico. De consiguiente, la adopción de una postura requiere un macizo sustento jurídico, concluyó.

Seguidamente, **el Honorable Senador señor Quintana** resaltó el trabajo de todos los parlamentarios y ciudadanos que han colaborado para impulsar la iniciativa sometida al conocimiento de la Comisión y, en especial, la labor del señor James Hamilton y de la señora Vinka Jackson. De hecho, esta última ha señalado que este proyecto de ley ha resultado ser la mejor terapia para quienes han sufrido vejámenes de este tipo. Agregó que el mérito del presente debate es entender que el derecho es una ciencia viva y que muta y que la dogmática moderna pone a los derechos humanos y a los niños como una preocupación prioritaria en los sistemas legislativos. Consignó, en ese orden de ideas, que la esencia del proyecto es la naturaleza de la víctima.

Hizo notar que tanto esta iniciativa como otras que han sido aprobadas recientemente dan cuenta de un cambio de enfoque en la sociedad, por cuanto todas ellas habrían sido observadas en su constitucionalidad en el pasado.

Estimó valiosas las intervenciones de los expertos y académicos que han comparecido al debate, que ha enriquecido y perfeccionado el texto que posteriormente será sometido a la consideración de la Sala del Senado. Agradeció en ese sentido la disposición mostrada por los representantes del Ejecutivo.

A su vez, **el Honorable Senador señor Harboe** opinó que los problemas y la confrontación de ideas acerca de la retroactividad de la imprescriptibilidad seguirán latente en la discusión en particular. Lo anterior, en el objetivo de compatibilizar el sistema jurídico con las nuevas realidades sociales.

A mayor abundamiento, adujo que será preciso analizar con precaución los escenarios futuros que pueden ocasionarse en la aplicación práctica de la normativa. Por ejemplo, habrá que distinguir entre aquellos grupos de casos en que, habiéndose incurrido en un delito, existe un plazo de prescripción pendiente; un segundo grupo en que se ha vencido el plazo, pero no ha habido una declaración judicial, y un último conjunto de situaciones en que la prescripción ha recibido sanción judicial.

Puntualizó que el debate que se lleve a cabo cobra relevancia por las características actuales del Tribunal Constitucional, que se ha transformado en la práctica en un legislador activo, incluso enmendándole al Congreso Nacional textos aprobados y alterando la voluntad expresa aprobada en esa instancia. Puso como ejemplo la sentencia evacuada a raíz de la preceptiva que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, resolución que derechamente adoptó un carácter legislativo.

En consecuencia, instó a determinar con rigurosidad la forma en que se regulará la imprescriptibilidad porque, de lo contrario, se corre el riesgo de que el Tribunal Constitucional haga un cambio en la redacción que incluso sea peor que las circunstancias actuales de la legislación que persigue los delitos sexuales cometidos contra menores.

Luego, intervino **el académico señor Fernandois**, quien reiteró que en su parecer en el sentido de que la actual redacción del proyecto, con la inclusión del artículo transitorio, no tiene problemas de certeza jurídica ni de constitucionalidad, ya que no establece la retroactividad de su aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó su convencimiento de que el orden constitucional sí consigna un derecho a la certeza jurídica, lo que ha sido confirmado por numerosos fallos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Luego, estimó interesante la distinción de casos que efectuó el Senador señor Harboe y señaló que sólo en el caso de que el plazo de prescripción no se encuentre vencido el legislador podría instaurar algún mecanismo procesal de cómputo especial. En esta situación, arguyó, no habría una situación de certeza consolidada.

Por su lado, **el académico señor Atria** perseveró en que si la prescripción es parte de la pena, extender un plazo que ya ha comenzado a transcurrir sería manifiestamente inconstitucional. Así, una vez cometido el ilícito, el plazo no podría alterarse ni cambiar su base de cómputo.

Si se defiende esa postura, no cabe hacer una interpretación laxa el principio de irretroactividad de la ley penal, arguyó.

Al finalizar el debate, **el Honorable Senador señor Letelier** solicitó tener a la vista, durante la discusión en particular, la proposición de ley que establece la imprescriptibilidad del encubrimiento de delitos sexuales en contra de menores de edad, signada con el boletín N° 11.588-07.

No obstante la pertinencia de la petición, **el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos** precisó que el proyecto en debate no efectúa distinción alguna acerca del grado de participación en el delito que le ha cabido al hechor.

Una vez concluido el debate, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Huenchumilla**, puso en votación la idea de legislar sobre esta iniciativa.

IDEA DE LEGISLAR

- La Comisión, por la unanimidad de sus miembros, Honorables Senadores señores Allamand, De Urresti, Harboe, Huenchumilla y Pérez, aprobó en general este proyecto de ley.

-.-.-

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

ARTÍCULO ÚNICO

Número 1)

Este número agrega al Código Penal un artículo 94 bis, nuevo, el que se dispone que no prescribirá, para la víctima, el autor y el Ministerio Público, la acción penal derivada de la comisión de los delitos consagrados en los artículos, 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 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. Agrega que tampoco prescribirá, para los referidos intervinientes, 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.

Añade que el plazo de prescripción de la acción penal de los delitos consagrados en el artículo 374 bis de este Código, comenzará a computarse, respecto de los intervinientes señalados en el inciso anterior, una vez que la víctima haya cumplido los dieciocho años de edad.

Respecto de este precepto, **S.E el Presidente de la República** presentó una indicación para sustituirlo por el siguiente:

"Art. 94 bis.- No prescribirá la acción penal de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141 inciso final y 142 inciso final, ambos en relación a la violación; 361; 362; 363; 365 bis; 366; 366 bis; 366 quáter; 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis; 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad."

Puesta en votación esta indicación, fue aprobada por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorables Senadores señores Allamand, De Urresti, Harboe, Huenchumilla y Pérez.

NÚMERO 2)

Este número propone derogar el artículo 369 quáter del Código Penal.

Respecto de este apartado, **S.E el Presidente de la República** presentó una indicación que, concordando con el propósito de esta disposición, le introduce una enmienda de forma.

Puesta en votación esta indicación, fue aprobada por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorables Senadores señores Allamand, De Urresti, Harboe, Huenchumilla y Pérez.

ARTÍCULO TRANSITORIO

Este precepto dispone que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal contenida en el artículo único sólo regirá respecto de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

En relación a esta disposición, S.E el Presidente de la República presentó una indicación para sustituir este precepto por otro que establece que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter.

Puesta en votación esta indicación, fue aprobada por la unanimidad de los integrantes de la Comisión, Honorables Senadores señores Allamand, De Urresti, Harboe, Huenchumilla y Pérez.

En conformidad a los acuerdos adoptados precedentemente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de proponer la aprobación, solo en general, del siguiente:

PROYECTO DE LEY:

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

1) Incorpórase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

"Art. 94 bis.- No prescribirá la acción penal de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141 inciso final y 142 inciso final, ambos en relación a la violación; 361; 362; 363; 365 bis; 366; 366 bis; 366 quáter; 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis; 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad."

2) Suprímese el artículo 369 quáter.

Artículo transitorio. Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter."."

-.-.-

Acordado en sesiones celebradas los días 15 de mayo, y 4, 11 y 18 de junio, todas del año 2018, con la asistencia de sus miembros, Honorables Senadores señores Andrés Allamand Zavala; Alfonso De Urresti Longton, Felipe Harboe Bascuñán; Francisco Huenchumilla Jaramillo (Presidente), y Víctor Pérez Varela.

Sala de la Comisión, a 22 junio de 2018.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE DECLARA IMPREScriptIBLES LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES. (BOLETÍN N° 6.956-07)

I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: Establecer la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir a los responsables de crímenes o simples delitos sexuales, cuando la víctima sea un menor de edad.

II. ACUERDO: Aprobar en general y en particular esta iniciativa de ley (Unanimidad 5 x 0).

En todo caso, la Comisión propone a la Sala discutir sólo en general esta iniciativa, con el objeto de otorgar a Sus Señorías la oportunidad de precisar y perfeccionarla, con ocasión del segundo informe.

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO EN GENERAL POR LA COMISIÓN: Se estructura en un artículo único y una disposición transitoria.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: No tiene.

V. URGENCIA: Suma.

VI. ORIGEN DE LA INICIATIVA: Moción de los Honorables Senadores señora Rincón y señor Quintana y de los exsenadores señores Rossi y Walker, don Patricio.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 27 de mayo de 2010.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1. Constitución Política de la República: artículo 19 N° 2, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; el artículo 19 N° 3, que también garantiza que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Asimismo, que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su

perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Finalmente, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

2. Código Penal: artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación a la violación, 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis; 366 quáter, 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis, 374 bis y 433 N° 1 en relación a la violación cuando la víctima sea menor de edad.

3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 7.5

4. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 19.1.

Valparaíso, 22 de junio de 2018.

RODRIGO PINEDA GARFIAS
Secretario

ANEXO

MINUTA DEL ABOGADO SEÑOR FERNANDO ATRIA

MINUTA DE PRESENTACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN,
LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, REALIZADA EL
18 DE JUNIO DE 2018

SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE CIERTOS DELITOS

Se me ha pedido emitir opinión sobre la significación constitucional del proyecto, iniciado en moción de los senadores Quintana y (Patricio) Walker, Rincón y Rossi, que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores.

La exposición se divide en tres partes: en primer lugar, haré algunas consideraciones generales sobre la prescripción penal; luego, me referiré a su dimensión constitucional; por último, haré algunas observaciones sobre el contenido del proyecto.

Para elaborar la presente minuta he tenido especialmente a la vista, además de los documentos directamente aludidos (la moción parlamentaria y la indicación presidencial), el informe de la Corte Suprema y el elaborado por la Defensoría penal, informes que he tenido a la vista.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Hay distintas consideraciones que se han invocado en la discusión de este proyecto de ley para justificar la prescripción de la acción penal. La moción explica una, diciendo que la prescripción se basa en la necesidad de vivir en un estado de paz, y subyace detrás de ella, la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos, es porque han renunciado a ellos.

De esta fundamentación de la prescripción los autores de la moción obtienen lo que ellos creen que es un argumento para justificarlo:

Considerar que una persona víctima de un delito sexual siendo menor de edad, que no ejerce las acciones durante un tiempo es porque ha renunciado a sus derechos, es no entender las más elementales nociones de justicia y es no comprender al ser humano.

La defensoría Penal Pública, por su parte, recuerda que en la doctrina la prescripción penal se ha entendido de diversas maneras, y se ha justificado de dos modos distintos: primero, en atención a que el transcurso del tiempo hace más difícil la prueba del delito; segundo, “con el transcurso del tiempo

la necesidad de la pena va disminuyendo hasta diluirse en pos de la seguridad jurídica y de la paz social”.

El voto de minoría del informe de la Corte Suprema, por su parte, explica la prescripción penal por la finalidad de impedir una “perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas ya consolidada y extendidas”; lo contrario “puede que contradiga los requerimientos retributivos y la propia positividad del derecho”

No es este, por cierto, el espacio para entrar en una discusión académica sobre la prescripción de la acción penal y de la pena. Pero a pesar de eso puede decirse que la idea contenida en la moción no puede ser considerada. Dicha idea (la de que la prescripción se funda en una supuesta voluntad presunta de renunciar del que tiene un derecho) solo tiene un sentido inicialmente plausible en el caso de la prescripción extintiva de los derechos de crédito, e incluso ahí es una explicación demasiado superficial de la prescripción (¿por qué se aplica al acreedor que, por desconocer el domicilio de su acreedor por ocultamiento de éste, no pudo demandarlo a tiempo?). En el caso de la propiedad, es algo absurdo decirle al dueño a quien le han robado una cosa y que no la ha reivindicado porque no conocía su paradero que, cuando la cosa aparece a los 11 años, ya no puede reivindicarla porque se entiende que “renuncia” a su derecho a perseguirla. Y en el caso de la acción penal o la pena, por cierto, esta idea de renuncia es totalmente inaplicable, porque los delitos son de acción pública (al menos por regla general), por lo que incluso si la víctima declara expresa, no presuntivamente, su voluntad de renunciar a la persecución penal, esa renuncia es irrelevante.

SOBRE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL

Las otras explicaciones (dificultad progresiva de prueba/desaparición de la necesidad de la pena/perturbación de nuevas relaciones) tienen en común una dimensión que es especialmente relevante cuando lo que se discute es la dimensión constitucional de una regla como la propuesta en el proyecto: hacen evidente que la decisión sobre la prescripción descansa en un juicio de razonabilidad y oportunidad para el cual solo el legislador tiene competencia. En efecto, corresponde indudablemente al legislador determinar cuándo el tiempo ha afectado tan significativamente la posibilidad de producir prueba fiable que permitir la persecución es un riesgo inaceptable de error judicial, o cuándo deja de haber necesidad en la persecución penal, o cuándo deben respectarse esas nuevas relaciones surgidas en el tiempo intermedio.

Adicionalmente, resulta claro que así entendida la prescripción no corresponde a un derecho de las personas, que pueda ser exigido constitucionalmente en contra del legislador. De hecho, a mi juicio la tercera explicación que la Corte Suprema hace invocando la autoridad de von List, es la que mejor provee de orientación respecto de la prescripción: ella toma en cuenta el hecho de que nuestras vidas transcurren en el tiempo, y que el paso del tiempo, aun cuando es teóricamente irrelevante, es para nuestras vidas humanas algo decisivo. A medida que el tiempo pasa nuestras vidas se van realizando en un sentido o en otro, y llega un momento en que el sujeto que es perseguido puede ser suficientemente distinto de su "yo" pasado. Por cierto, el derecho en general asume identidad personal a lo largo del tiempo, y por eso la prescripción no es un derecho del individuo. Pero el legislador puede declarar que transcurrido cierto tiempo el sujeto penado es suficientemente distinto del sujeto que realizó la acción, y por eso poner un límite temporal a la posibilidad de la persecución penal.

Esto tiene consecuencias constitucionales: la primera es que cuándo se justifica esa demostración de humanidad es una cuestión que queda enteramente entregado al juicio legislativo, sujeto sólo a límites formales (es decir, que debe ser mediante una ley, etc.) y al régimen constitucional de trasfondo. Es importante aquí hacer referencia a la posible discriminación arbitraria entre los actores de los delitos que se propone declarar imprescriptibles y los demás. A mi juicio, esta es una alegación equivocada. El legislador puede razonable entender que la necesidad de respetar el curso y decurso de las vidas humanas impide interferir con ellas pasado cierto tiempo, salvo en el caso de ciertos delitos en los que por determinadas razones ello no es el caso. Como se trata de una demostración de humanidad, no puede pretenderse que las mismas consideraciones de humanidad se han de aplicar a todos los delitos sin distinción. A mi juicio en estas cuestiones la queja de discriminación arbitraria solo tendría sentido cuando se tratara de una regla que hace más intensa la persecución penal

tratándose de un grupo identificable por consideraciones adicionales a l delito respectivo. Es decir en la medida en que la clase sea la de los autores de determinados delitos la queja no tendría asidero, y lo tendría solo en la medida en que pudiera sostenerse, por ejemplo, que hay una correlación especial entre los delitos de que se trata y una determinada clase social, o etnia, etc. No siendo este el caso, la cuestión de la discriminación arbitraria no surge.

Tampoco afecta la imprescriptibilidad un supuesto derecho, que hace presente la Defensoría Nacional, "a ser juzgado en un plazo razonable", que se pretende fundar en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho artículo se refiere, como lo hace explícito su texto, al derecho de "toda persona detenida o retenida". Es una garantía procesal respecto de la duración de un proceso penal que ya ha significado medidas precautorias en contra de un imputado en particular, no una garantía genérica para toda persona. Es evidente que una regla sobre imprescriptibilidad no afecta ese derecho. Incluso bajo esa regla, todo imputado retenido o preso seguirá por cierto teniendo derecho a ser juzgado en un plazo razonable (la Defensoría reconoce que se trata de un derecho "del imputado"; en rigor no es de todo imputado, sino solo del que ha sido sometido a medidas cautelares. Pero incluso interpretándolo como un derecho de todo imputado quedaría claro que se trata de un derecho que no tiene relación con lo que aquí se trata).

Por último, el proyecto dispone que la nueva regla solo será aplicable a los delitos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. 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, contenida en el artículo 19 N° 3 inciso octavo del texto constitucional, que dispone que:

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Como es claro, esta regla se refiere a la tipificación legal de una conducta como delito, y a la atribución a la misma de una pena determinada. Las reglas sobre prescripción no se refieren ni a una ni a otra cosa. En cualquiera de sus justificaciones, la prescripción no dice relación alguna ni con la caracterización de la conducta punible ni con la magnitud de la pena intimada por la ley. Por consiguiente asumir (como tengo la sospecha de que ocurrió en la redacción del proyecto) que una regla como la propuesta no podría

regir respecto de los hechos realizados antes de su entrada en vigencia es, a mi juicio una interpretación exagerada y textual y jurídicamente injustificada de la regla constitucional.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL FONDO DEL PROYECTO

La moción originalmente explicaba la propuesta de eliminar la prescripción tratándose de los delitos sexuales perpetrados contra menores sobre la base de la especial irreprochabilidad de esos actos. En efecto, decían los parlamentarios autores de la moción.

Estamos convencidos que los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad son acciones tan deleznable, tan reprochables, tan miserables, que no pueden quedar entregadas a la suerte de que transcurrido cierto tiempo, estos delitos sencillamente prescriban.

Esta racionalidad, sin embargo, no explica la regla especial tratándose de los delitos sexuales contra menores. Los delitos se definen como acciones que, entre todas las otras, se distinguen por ser especialmente atentatorias contra el orden social (y en ese sentido “deleznable”). Si lo que justifica la moción es la especial reprochabilidad de ciertas acciones, la idea de que cuando se trata de acciones especialmente reprochables no puede admitirse la prescripción, entonces no tiene sentido disponer que no prescribirán los delitos sexuales contra menores. La manera en que se identifica a esas acciones especialmente “deleznable” o “reprochables” es atendida a la magnitud de la pena: las acciones que son punidas con las penas más altas son las más reprochables. La regla, de acuerdo a esta lógica, habría sido hacer imprescriptibles los delitos sancionados con las penas más altas.

Por eso hay que decir que, a pesar de sus autores, la racionalidad del proyecto se encuentra en otra parte. Es que los delitos sexuales contra menores tienen una peculiaridad que los distingue de los demás. Es que dadas ciertas consideraciones generales sobre la psicología humana, se trata de delitos en que es especialmente común que la víctima no se entienda como víctima, y que reprima el recuerdo de la agresión. En los casos normales, la víctima habitualmente se sabe víctima y busca, o al menos está dispuesta a colaborar en el sentido mínimo de no negar, el delito. Pero aquí se trata de delitos respecto de los cuales no es raro que la víctima niegue su condición de víctima, y que pueda asumirla solo después de transcurrido un tiempo considerable de la comisión del delito. En estas circunstancias, hay algo especial acerca de estos delitos que justifica que las reglas sobre prescripción no se apliquen a ellos como a todos los demás.

Dada esta justificación, hay tres observaciones que hacer al proyecto en su estado actual:

1. Secuestro con violación (art. 141). La primera es que en su redacción actual la regla no se condice con la finalidad de declarar imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores. Se trata de innovaciones introducidas por la indicación del presidente de la república que resultan incoherentes. En efecto, la regla de imprescriptibilidad incluye, en el proyecto, al delito de secuestro con violación (art. 141).

El delito contenido en el artículo 141 (secuestro), tiene en el artículo 142 una figura agravada cuando se trata de un menor de 18 años (sustracción de menores). Incluir el secuestro restringiendo la referencia solo a los casos en los que dicho delito se comete contra menores de edad es incoherente, porque se trata de un hipótesis vacía. Si la víctima es menor de edad no hay secuestro (art. 141), hay sustracción de menores (art. 142). Este mismo argumento, por ejemplo, no se aplica al caso del robo con violación (art. 433), en el que si tiene sentido incluirlo restringiendo la referencia solo a los casos en que la víctima es menor de edad.

2. Comercialización o distribución de material pornográfico (art. 374 bis). La moción originalmente hacía referencia al delito contenido en el artículo 366 quinquies (producción de material pornográfico con utilización de menores), y la indicación del Presidente de la República se incluyó también el delito de comercialización y distribución de material pornográfico. La indicación incluye una genérica circunstancia limitativa “cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad”, que en este caso no tiene sentido. En efecto, el “hecho” es la distribución o comercialización de un material en cuya producción el agente no participó (si lo hizo le es aplicable la regla del art. 366 quinquies, por cierto), por lo que extender a su respecto la regla de imprescriptibilidad y vincularla a la minoría de edad de quien no está directamente involucrado en el hecho delictivo no parece aconsejable.

3. Sobre la responsabilidad del hecho menor de edad. El proyecto no distingue entre el hechor mayor de edad y el hechor menor de edad. Esto no parece aconsejable. La explicación ofrecida más arriba para la prescripción, que reconoce por razones de humanidad que sancionar a alguien mucho tiempo después de cometido el hecho es en alguna medida sancionar a alguien distinto de quien realizó el hecho, es aplicable con muy mayor razón al hechor adolescente. Por otra parte, la minoría de edad tiene sentido precisamente porque durante ese período el sujeto no es plenamente responsable de sus acciones.

MINUTA DEL ABOGADO SEÑOR ARTURO FERNANDOIS

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE DECLARA IMPREScriptIBLES LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES Comentario ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado Arturo Fernandois¹

*Profesor Titular de Derecho Constitucional UC
Director del Departamento de Derecho Público, Derecho UC*

1. El Fundamento jurídico de la prescripción como institución.

- La justicia como sacrificio para la certeza en la prescripción.
 - Carnelutti: “el precio de la certeza es nada menos que la injusticia”²
 - Tinti: la prescripción es el precio para “la paz que se logra al romper la cadena interminable de controversias con la cosa juzgada”.³
 - tarea del derecho: hacer cada vez menor la distancia entre certeza y justicia.

- El TC España: Sentencia del Tribunal Constitucional de España n° 157/1990: *“La institución de la prescripción encuentra su justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica.....puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y la de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de la relaciones jurídicas.....y que se acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas...” Cons. Jur. 3.*

- La excepcionalidad jurídica de la imprescriptibilidad.
- Las dudas de política pública de la imprescriptibilidad:
- la falta de incentivo estatal para una persecución eficiente.

2. Los derechos fundamentales que resguarda la prescripción.

- i. Derecho al procedimiento e investigación justos y racionales (art. 19 N°3, inciso 6° CPR Chile);

¹ Esta opinión se emite a título personal.

² Citado en: TINTI, Pedro Leóni y TINTI, Guillermo P., “Prescripción, justicia y certeza del derecho”, EDUCC (2008), p. 14.

³ TINTI, Pedro Leóni y TINTI, Guillermo P. (2008), p. 14.

ii. El derecho a ser juzgado sin dilaciones excesivas “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías” (Art. 24 N°2 de la Constitución de España).

iii. Presunción de inocencia (19 N°3, inciso 8° CPR Chile y 24 N°2 Constitución de España).

iv. El derecho general a la certeza jurídica (19 N°26 CPR Chile). “*la seguridad que los preceptos legales que por mandato de la Constitución.....no podrán afectar los derechos en su esencia*”.

3. El proyecto ante la Constitución. Dos principios constitucionales que limitan la imprescriptibilidad.

i. La proporcionalidad y el principio de proporcionalidad (19 N°2 CPR).

a. La regla general en la Constitución: potestad del legislador asignar la pena a los delitos, según su exclusiva ponderación (19 N°3, inciso 8°).

b. Excepción: falta de proporcionalidad intrínseca. Tiene lugar cuando la excesiva severidad de la pena, o de del marco legal en el que se impone -eventualmente, imprescriptibilidad, por ejemplo- resulta desmedida e inidónea para los fines que se propone el legislador.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol 2.983, de 13 de diciembre de 2016, caso “Ley Emilia”.

El principio de proporcionalidad se traduce aquí en un mandato preciso: la ley no puede recurrir a la imprescriptibilidad –herramienta extrema y severa- si pueden obtenerse los fines que se propone el legislador con otros medios menos gravosos, menos intrusivos, menos severos que la imprescriptibilidad.

¿Cuáles son estos fines?: remover los límites de tiempo cuando éstos sean barreras injustas para que las víctimas o el Estado denuncien estos delitos atroces.

La doctrina comparada: Suzette Malveaux, “Statute of Limitations: a policy analysis”, en *George Washington Law Review*⁴ (2005), revisa diversos mecanismos que limitan la prescripción de las acciones judiciales:

- Accrual: la determinación del momento a partir del cual se puede ejercer una acción, y por tanto empiezan a correr los

⁴ MALVEAUX, Suzette M., “Statutes of Limitations: A Policy Analysis in the Context of Reparations Litigation”, 74 GEO. WASH. L. REV. 68 (2005).

plazos de prescripción.⁵ Existen dos mecanismos para diferir ese momento:

- The Discovery Rule: el plazo de prescripción empieza a correr desde la fecha en que la víctima o demandante descubre o debió haber descubierto la injuria.⁶
- The continuing violations doctrine: Existencia de una serie continúa y conectada de delitos, algunos de los cuales se han cometido dentro del plazo de prescripción, los cuales son tratados como un acto continuo.⁷
- Equitable Estoppel: Prohibición de alegar la prescripción en los casos que el ofensor ha ejecutado una conducta activa y malintencionada con el objeto de evitar que la víctima inicie oportunamente el procedimiento judicial.⁸
- Equitable Tolling: Doctrina que por circunstancias extraordinarias permite a un tribunal suspender el plazo de prescripción por razones de equidad, sin que necesariamente exista una conducta malintencionada del ofensor (por ejemplo, que el tribunal ha permanecido cerrado por un tiempo, o que la víctima desconocía su derecho a litigar).⁹

ii. La igualdad y no discriminación arbitraria (19 N°2, inciso 2°)

- Se traduce en un mandato preciso: la ley debe sancionar con la imprescriptibilidad delitos igualmente graves, que representen la misma reprochabilidad para la sociedad.
- Indicio para identificar la reprochabilidad o la gravedad: la pena.
- Mientras el legislador no provea esa razón más poderosa, es imposible evadir a la gravedad de las penas como el indicio para identificar la reprochabilidad social del delito.

4. Análisis concreto del proyecto:

i. Ante el Principio de Proporcionalidad: ¿Hay otros instrumentos procesales que permitan obtener la reparación para la víctima y la sociedad que no sea la imprescriptibilidad?

⁵ MALVEAUX, Suzette M. (2005), p. 86.

⁶ MALVEAUX, Suzette M. (2005), pp. 86-87.

⁷ MALVEAUX, Suzette M. (2005), p. 88.

⁸ MALVEAUX, Suzette M. (2005), p. 89.

⁹ MALVEAUX, Suzette M. (2005), pp. 89-92.

Se podría añadir al art. 369 quáter del Código Penal las siguientes reformas:

- La postergación del inicio del plazo hasta el conocimiento del hecho:
 - Contabilizar el plazo de prescripción desde que el delito llega a conocimiento de la policía o de otras autoridades estatales competentes, o
 - desde que se interpone denuncia o querrela.

- La suspensión del plazo por dependencia emocional. Consiste en postergar o suspender cómputo del plazo de prescripción durante el tiempo que la víctima fuera económica, emocional o físicamente dependiente del ofensor. En otras palabras, se suspende el plazo de prescripción por el tiempo en que se mantenga la situación de subordinación o dependencia de la víctima, que es lo que impediría que esta inicie un procedimiento penal.

- La suspensión probatoria. Se posterga o suspende cómputo del plazo de prescripción cuando aparecen pruebas que pueden llevar al esclarecimiento de los hechos. Por ejemplo, en los casos que se recoge evidencia de ADN, pero se desconoce a qué individuo pertenece (EE.UU.).

- La extensión prudencial de los plazos de prescripción.

ii. Ante el principio de igualdad:

A) En el Proyecto hay 5 simples delitos, con penas de presidio de entre 541 días y 5 años, que pasarían a ser imprescriptibles.

| Artículo CP | Delito | Pena actual | Pena en años |
|----------------|--|--|--|
| 141 inc. final | Secuestro con violación | presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado | 15 años y 1 día a presidio perpetuo calificado |
| 142 inc. final | Sustracción de menor con violación | presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado | 15 años y 1 día a presidio perpetuo calificado |
| 361 | Violación a persona mayor de 14 años | presidio mayor en su grado mínimo a medio | 5 años y 1 día a 15 años |
| 362 | Acceso carnal a persona menor de 14 años (llamado "violación impropia") | presidio mayor en cualquiera de sus grados | 5 años y 1 día a 20 años |
| 363 | Estupro | presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo | 3 años y 1 día a 10 años |
| 365 bis | Acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello | Dependiendo de las circunstancias, con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado máximo | 3 años y 1 día a 20 años |
| 366 | Acción sexual abusiva distinta del acceso | presidio menor en su grado máximo | 3 años y 1 día a 5 años |

| | | | |
|---------------|---|---|--------------------------|
| | carnal con persona mayor de 14 años, con la concurrencia de alguna de las circunstancias de la violación o del estupro | | |
| 366 bis | Acción sexual distinta del acceso carnal con persona menor de 14 años | presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo | 3 años y 1 día a 10 años |
| 366 quáter | Determinar a una menor a realizar acciones de significación sexual, o realizarlas frente a un menor de edad | Dependiendo del caso, presidio menor en su grado medio a máximo | 541 días a 5 años |
| 366 quinquies | Producción de material pornográfico con menores de edad | presidio menor en su grado máximo | 3 años y 1 día a 5 años |
| 367 | Facilitación de prostitución de menores de edad | Dependiendo del caso, desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado máximo | 3 años y 1 día a 20 años |
| 367 ter | Obtención de servicios sexuales de menor de 18 y mayor de 14 años a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza | presidio menor en su grado máximo | 3 años y 1 día a 5 años |
| 372 bis | Violación con homicidio | presidio perpetuo a presidio | presidio perpetuo a |

| | | perpetuo calificado | calificado |
|-------------|---|---|--|
| 374 bis | Comercialización, importación, exportación, distribución, difusión, exhibición, adquisición maliciosa, almacenamiento malicioso, de material pornográfico con menores de edad | Dependiendo del caso, desde presidio menor en su grado medio a máximo | 541 días a 5 años |
| 433 N° 1 | Robo con violencia o intimidación con violación | presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado | 15 años y 1 día a presidio perpetuo calificado |

Este cuadro comparativo enciende una alerta constitucional, porque aun cuando se sostenga que el plazo de prescripción no es parte de la pena, es innegable que la pena de 541 días revela una reprochabilidad, una gravedad muy inferior a los delitos de la Corte Penal Internacional (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad), como para tratar ambas cosas con la imprescriptibilidad.

B) El proyecto falla la comparación ante la ley N° 20.357 (Corte Penal Internacional). Esta ley tipifica los crímenes de lesa humanidad, de genocidio y de guerra, estableciendo su imprescriptibilidad (art. 40); los cuales incluyen conductas gravísimas y excepcionales como:

- matar o someter a grupos a condiciones de existencia con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal (genocidio, art. 11).

- la comisión de una serie de crímenes (como homicidio, violación, secuestro, castración, lesiones gravísimas, tortura, reducción a la esclavitud, etc.) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y que a su vez responda a una política del Estado o de sus agentes o de ciertos tipos de grupos armados organizados (crímenes de lesa humanidad, art. 1° y siguientes).

5. Conclusiones

- La institución de la prescripción encuentra su justificación constitucional en una serie de derechos fundamentales

- i. Derecho al procedimiento e investigación justos y racionales (art. 19 N°3, inciso 6° CPR);
- ii. El derecho a ser juzgado sin dilaciones excesivas (Art. 24 N°2 de la Constitución de España).
- iii. Presunción de inocencia (19 N°3, inciso 8° CPR Chile).
- iv. El derecho general a la certeza jurídica (19 N°26 CPR Chile).

- Los acusados (especialmente los inocentes), y no solo las víctimas, tienen derecho a la certeza que provee la prescripción.

- La imprescriptibilidad es una institución excepcional, que se encuentra establecida en nuestro ordenamiento jurídico para crímenes gravísimos como los de genocidio y lesa humanidad (ley N° 20.357).

- Para una evaluación de constitucionalidad de imprescriptibilidad para otros delitos, son útiles los principios de proporcionalidad y de igualdad (Art. 19 N° 2 CPR).

- En cuanto al principio de proporcionalidad, existe en el derecho otras fórmulas que permiten obtener los fines de reparación para la víctima y la sociedad, distintas a la extrema medida de la imprescriptibilidad, como por ejemplo añadir al art. 369 quáter del Código Penal:

- Postergación del inicio del plazo de prescripción hasta el conocimiento del hecho por la policía o de otras autoridades estatales competentes, o desde que se interpone denuncia o querrela.
- Suspensión del plazo por dependencia emocional
- Suspensión probatoria, en los casos que se recoge evidencia de ADN, pero se desconoce a qué individuo pertenece.
- Extensión prudencial de los plazos de prescripción.

- En cuanto al principio de igualdad ante la ley, la ley debe sancionar con la imprescriptibilidad delitos igualmente graves, que representen la misma reprochabilidad para la sociedad, lo que se refleja al menos como indicio en la pena que se le asigna. Desde esta perspectiva se puede constatar:

- Que según el proyecto se establecería la imprescriptibilidad para algunos simples delitos con penas de presidio menor de entre 541 días y 5 años.

- Que el proyecto, entonces, falla a la comparación con los crímenes gravísimos y excepcionales de la ley N° 20.357 (genocidio, lesa humanidad), que son imprescriptibles.
- Como conclusión de todo lo anterior, estimo más acorde con la Constitución recoger en la ley otros mecanismos, racionalmente encaminados a obtener la finalidad de permitir a la víctima reclamar judicialmente sin impedimentos injustos del tiempo (como los ya mencionados), antes que establecer una herramienta excepcional como la imprescriptibilidad.

Documento Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional

Impacto de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra personas menores de edad. Experiencia, doctrina y legislación comparada.

El presente informe revisa la experiencia y legislación comparada en relación al impacto en los tribunales de justicia de la eliminación de los plazos de prescripción de la acción penal para perseguir los delitos sexuales contra personas menores de edad

Para ello se revisó la experiencia de dos casos del ámbito del *common law*, donde es común la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos como el homicidio y los delitos sexuales (salvo en EE.UU., pero habría una tendencia en este sentido a nivel estatal).

Ante la preocupación de quienes se oponen a esta medida, RAINN (principal organización contra el abuso sexual en EE.UU.) señala que no habría evidencia disponible para afirmar que la eliminación de la prescripción de la acción penal tenga como consecuencia una judicialización masiva de casos. Las razones estarían dadas por la dificultad probatoria de los casos más antiguos y la histórica tendencia a la baja en la denuncia de este tipo de delitos.

Asimismo, se analizaron dos casos en el derecho comparado: Escocia y Canadá, en los cuales se derogaron las normas de prescripción de delitos sexuales. En Escocia, durante la tramitación del proyecto de ley que derogó el plazo de 3 años para perseguir la responsabilidad civil por abuso infantil (con aplicación retroactiva), el gobierno escocés defendió esta medida por las características únicas que justificarían un régimen especial de prescripción. Se acompañó al proyecto de ley, un cálculo estimado de potenciales casos.

Pero, desde la entrada en vigencia de la mentada reforma la temida “avalancha” de casos no se habría producido. Se ha estimado que ello no ha ocurrido por cuanto se trata de la persecución de la responsabilidad civil (mayor estándar probatorio que en las causas criminales), entre otras razones.

En el caso de Canadá, un estudio analizó las potenciales consecuencias que la señalada derogación podría conllevar en los países que hubieren eliminado la prescripción penal o que estuvieran en proceso de implementarla, a la luz de la experiencia canadiense. Se concluyó que los potenciales casos a presentarse se abrirán camino en el sistema durante los primeros años posteriores a la derogación y en forma paulatina, por razones probatorias y culturales. También dependerá de la actitud de policías y fiscalías en torno a los prejuicios existentes respecto de víctimas-tipo.

Introducción

En el contexto de la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores (boletín n° 6956-07), el presente informe aborda la interrogante referida a las potenciales consecuencias, en el ámbito judicial, de la eliminación de las normas o estatutos penales de prescripción en los casos de delitos sexuales o abuso sexual contra personas menores de edad.

Para dar respuesta a ello, se revisan las recomendaciones de organizaciones sobre la materia y las experiencias en Escocia y Canadá, dado que en países del *common law* la imprescriptibilidad es una institución jurídica con mayor presencia que en los países de derecho civil.

Las traducciones son propias.

I. La prescripción de los delitos sexuales en el *common law*

En el ámbito del *common law*, las normas de prescripción o *Statutes of Limitations* (SOL) establecen el plazo que tiene una persona lesionada (en los casos civiles) o una víctima (en los casos criminales) para demandar judicialmente, y que corre, generalmente, desde la ocurrencia del daño o la comisión del delito (Black's Law Dictionary, 2001).

Los SOL de tipo penal afectan la persecución de los delitos de abuso sexual infantil antiguos o históricos (es decir, que terminaron de ocurrir dos o más años antes de su denuncia) o HCSA¹⁰ por sus siglas en inglés, de modo tal que éstos no puedan ser perseguidos después de un tiempo determinado, a partir de un evento desencadenante (por ejemplo, 10 años después de que el demandante alcanza la mayoría de edad) (**Connolly et al, 2017:168**).

Este tipo de normas son comunes en los Estados Unidos de América (EE.UU.), pero no en otras jurisdicciones de *common law*. Actualmente no habría normas penales de prescripción en Canadá, Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda, Australia y Nueva Zelanda (**Connolly et al, 2017:168**).

Sin embargo, habría una tendencia en EE.UU. hacia derogar la prescripción de la acción para perseguir el delito de abuso sexual infantil en general o para los delitos sexuales más graves contra los niños. En 2007, 11 estados no tenían leyes penales de prescripción respecto de delitos sexuales graves contra niños, los que aumentaron a 23 en 2013, y recientemente, estarían en proceso de hacerlo, al menos, cinco estados: Nueva York, California, Colorado, Pensilvania e Illinois¹¹ (**Connolly et al, 2017:168**).

¹⁰ Traducido del concepto "*Historic child sexual abuse*" o HCSA.

Por su parte, casi todos los estados en EE.UU. contemplan en sus legislaciones normas sobre suspensión de la aplicación de la prescripción (llamada *tolling*), para permitir la presentación, dentro de plazo, de una acción civil mientras la persona que ha sufrido el daño es un menor de edad. Muchos estados también han adoptado extensiones de plazo adicionales, específicamente para casos de abuso sexual infantil (NCSL, 2017).

En este mismo sentido irían las recomendaciones de organismos como RAINN¹², principal organización sin fines de lucro contra el abuso sexual infantil en los EE.UU. Éste señala que quienes se oponen a la extensión o eliminación de los estatutos penales de prescripción, también han expresado el temor de que el cambio conduzca a una “apertura de las compuertas”, inundando los tribunales con nuevos casos (RAINN, 2017:2).

Según RAINN, la evidencia disponible no sería compatible con esta afirmación, pues los estados que han eliminado sus estatutos de prescripción o que los han ampliado no han sufrido una recarga indebida en sus tribunales¹³. Esto tendría sentido por cuanto los fiscales solo perseguirán los casos en los que sea posible cumplir con la alta carga de la prueba. Además, tal recarga en los tribunales es improbable dado que históricamente los índices de denuncia de los delitos sexuales han sido bajos (RAINN, 2017:2).

Es por ello que RAINN recomienda a legisladores y tomadores de decisión de política pública, para garantizar que los estatutos de prescripción estatales sobre delitos sexuales reflejen las mejores prácticas y ofrezcan las mejores oportunidades de acceso a la justicia, que se eliminen tales estatutos respecto de los crímenes sexuales más serios y graves (RAINN, 2017:3).

II. Análisis de casos de eliminación del estatuto de prescripción penal: evaluaciones ex ante y ex post

A continuación se presentan dos casos de análisis sobre el impacto que la derogación de las normas de prescripción de la acción penal en materia de

¹¹ Para conocer el impacto de tales reformas se contactó a Nina Williams-Mbengue, directora del *Child Welfare Project*, de la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (NCSL, por su sigla en inglés), quien señaló no contar con información al respecto.

¹² La Red Nacional de Violación, Abuso e Incesto (RAINN, por su sigla en inglés), creada en 1994, es la organización contra la violencia sexual más grande del país. RAINN creó y opera la Línea Directa Nacional de Agresión Sexual (800.656.HOPE, online.rainn.org y rainn.org/es) en asociación con más de 1.000 proveedores locales de servicios contra la agresión sexual en todo el país y opera la línea de ayuda segura para el Departamento de Defensa. RAINN también lleva a cabo programas para prevenir la violencia sexual, ayudar a los sobrevivientes y garantizar que los perpetradores sean enjuiciados (RAINN, 2018).

¹³ Se contactó por correo electrónico a RAINN para obtener más información que sustente esta afirmación, pero no se recibió respuesta.

abuso sexual infantil pudiera tener en la cantidad de denuncias y el potencial aumento de casos a tramitar ante los tribunales de justicia.

En primer lugar se revisa el caso de Escocia, que analizó la materia en forma previa a su tramitación legislativa, que culminó en la derogación del plazo de prescripción para perseguir la responsabilidad civil por abuso infantil en el año 2017. En segundo lugar, se presenta el caso de Canadá, en el que un estudio del ámbito de la psicología, analiza las potenciales consecuencias que la señalada derogación podría conllevar en los países que ya hubieran eliminado la prescripción penal o que estén en proceso de hacerlo, a la luz de la experiencia canadiense.

1. Caso de Evaluación Ex ante: Escocia

La sección 17 de la ley que regula la prescripción en Escocia, del año 1973 (*Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973*) establecía un plazo de prescripción de tres años para presentar demandas o reclamaciones civiles por daños personales, desde que la persona cumple la mayoría de edad (16 años).

En enero de 2017, el gobierno escocés presentó a discusión parlamentaria el proyecto de Ley de Prescripción del Abuso Infantil (*Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Bill*), que eliminaba dicho plazo de presentación en el caso de lesiones surgidas de un abuso sexual, abuso físico, negligencia y abuso emocional (The Scottish Parliament, 2017-a:1).

En opinión del gobierno, los casos de abuso infantil tendrían características únicas que justificarían un régimen especial de prescripción. Estas características se derivarían de la naturaleza aborrecible del acto, la vulnerabilidad particular de la víctima y el efecto del abuso en los niños (2017:13).

Con el fin de anticipar de algún modo el impacto que la norma tendría a nivel judicial, en el memorando financiero (***Financial Memorandum***) que acompañó al proyecto de ley en comento se realizó un cálculo para poder llegar a una estimación del número de sobrevivientes abusados desde 1964 (ya que serían los casos a los que predominantemente se aplicaría el proyecto de ley) (The Scottish Parliament, 2017-b:2).

Esto proporcionó un total estimado de aproximadamente 40.000 casos de crímenes contra niños denunciados a la policía y para los cuales fuese probable que el proyecto fuese relevante. Esto reflejaba el número de casos de abuso infantil denunciados entre 1964¹⁴ y 2015, eliminando una

¹⁴ Cualquier reclamación derivada de abuso que hubiera tenido lugar antes del 26 de septiembre de 1964 ya habría prescrito en virtud de la Ley de Prescripción y Limitación (Escocia) de 1984 y, por lo tanto, estaría extinta (White, 2017).

proporción estimada de los casos más recientes, que aún no se veían afectados por el período de prescripción de tres años y, por lo tanto, no necesitaban depender de los cambios realizados por el proyecto (The Scottish Parliament, 2017-b:3).

Entendiendo que no todas las víctimas de abuso sexual pretenden demandar civilmente por el delito cometido en su contra (por falta de pruebas, stress de demandar o falta de recursos económicos por parte del demandado), se calculó que entre el 1% y el 10% de los 40.000 casos señalados pudieran entablar acciones civiles una vez que se eliminase la prescripción. Esto resultaría en alrededor de 400 a 4.000 potenciales demandantes (The Scottish Parliament, 2017-b:4).

Con el fin de contrastar esta estimación con otras fuentes de información, se realizaron comparaciones internacionales y se investigaron los datos sobre el número de sobrevivientes que actualmente se encuentran en los servicios sociales en Escocia (The Scottish Parliament, 2017-b:4).

En cuanto a la experiencia extranjera, el gobierno escocés reconoció que existiría una cantidad muy limitada de datos disponibles en otras jurisdicciones sobre demandas presentadas como resultado de la modificación de los plazos de prescripción. Sin perjuicio de lo anterior, se realizó una comparación con algunos estados en los Estados Unidos (The Scottish Parliament, 2017-b:4).

En ciertos estados se ha suspendido el plazo de prescripción para entablar acciones de abuso infantil (denominado "*window legislation*"), y permitir con ello que se presentaran acciones fuera de plazo. En California, Delaware, Hawaii y Minnesota, donde este tipo de normas había estado en vigor durante 1 a 4 años para casos de abuso sexual infantil, surgieron entre 125 y 1.150 demandas por estado, como resultado del levantamiento del plazo de prescripción. Esto sugeriría que tal levantamiento dio lugar a entre 8 y 187 demandas por millón de habitantes en estos estados (The Scottish Parliament, 2017-b:4).

La aplicación de este número a Escocia y la extrapolación para incluir otras formas de abuso infantil sugerirían que entre 100 y 2.400 sobrevivientes se presentarían en los tribunales escoceses una vez que se eliminase el plazo de prescripción. Esto estaría ligeramente por debajo del rango estimado arriba y sugeriría que el número verdadero se encuentra hacia el extremo inferior de este rango de 400 a 4.000. Sin embargo, el memorando financiero aclara que debía tenerse en cuenta que las estadísticas de los estados de EE.UU. se refieren a diferentes jurisdicciones y diferentes tipos de legislación ("legislación de ventanas" en lugar de una derogación de la prescripción). Estas jurisdicciones tienen regímenes de prescripción diferentes a Escocia y probablemente tuvieran diferentes culturas de litigios. Por lo tanto, estos

números debían tratarse con cierta precaución (The Scottish Parliament, 2017-b:4).

En términos de modelamiento, el memorando financiero concluyó un número anticipado inicial de alrededor de 2.200 demandas (que representa el cuello de botella de las demandas que no habrían podido continuarse hasta la fecha debido a las reglas de prescripción vigentes) (The Scottish Parliament, 2017-b:5).

Pero, concluye también que es poco probable que todos los casos se presenten a los tribunales escoceses al mismo tiempo, sino que estos se escalonarían según el tiempo necesario que requieran para reunir pruebas, etc. Algunos casos ya podrían estar en una etapa avanzada en estos términos, pero otros no, y algunos reclamantes podrían querer esperar para ver cómo los tribunales deciden los casos iniciales antes de proceder. Por lo tanto, podrían pasar algunos años hasta que se presentase este grupo inicial de casos. A partir de entonces, el número de casos debiese ser significativamente más pequeño y constante (The Scottish Parliament, 2017-b:5).

De manera crítica, una opinión mayoritaria entre quienes respondieron a la consulta pública realizada por el gobierno escocés, antes de la presentación de la reforma en comento, estimó que, como resultado de la eliminación del plazo de prescripción, se presentarían más acciones (al menos en el corto plazo), más casos llegarían a los tribunales y se resolverían más casos en forma extrajudicial (Social Research - The Scottish Government, 2016:4).

Asimismo, otras opiniones en contrario fueron presentadas durante la tramitación del proyecto de ley. Entre ellas, la del colegio de abogados escocés (*The Faculty of Advocates*)¹⁵, que también estimó probable un aumento en el número de acciones judiciales en caso de aprobarse la medida propuesta. También señaló como probable que estas acciones fuesen complicadas e implicasen dificultades probatorias, todo lo cual implicaría recursos para los tribunales (The Faculty of Advocates, 2017:2).

En el mismo sentido, Daniel Tyler -de la oficina de abogados Hill Dickinson LLP- manifestó, como una de las consecuencias esperadas, era que se generara un gran aumento del volumen de demandas por daños, sobre todo teniendo en cuenta que permitiría a las personas volver a plantear reclamos que se hubieran rechazado en el pasado por motivos de prescripción (Tyler, 2016). Helen **Snowball, Andrew Caplan, y Rory Jackson, del estudio jurídico Kennedys**¹⁶, también alertaron en 2017 que, sin perjuicio que las estimaciones sobre el número de posibles reclamantes varía

¹⁵ *The Faculty of Advocates* es un organismo gremial independiente al que pertenecen los abogados que litigan en Escocia. Ejerce responsabilidades regulatorias en virtud de la Ley de Servicios Legales (Escocia) de 2010 (The Faculty of Advocates, 2018).

enormemente, sea cual fuere el número exacto, creía probable que hubiera un aumento en las reclamaciones (Snowball *et al*, 2017).

Claire White, del estudio de abogados BTO, especialistas en seguros, la estimación del gobierno escocés de los 2.200 casos potenciales derivados del abuso infantil histórico, sería una cifra “conservadora”. Ello, por cuanto es necesario considerar también otras reformas introducidas por el proyecto de ley sobre litigios civiles (*Civil Litigation (Expenses and Group Proceedings) (Scotland) Bill*)¹⁷ que, de implementarse, al disminuir los costos de litigar, eliminaría la mayor parte del riesgo financiero para los demandantes (White, 2017).

El proyecto se convirtió en ley en julio de 2017 (*Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Act 2017*). Luego, en marzo de 2017, la “Law Society of Scotland”¹⁸ realizó un seminario sobre los efectos de la citada ley (Law Society of Scotland, 2018-a). En él expuso Laura Thomson¹⁹, abogada experta en indemnizaciones originadas en casos de abuso sexual. Ante la consulta del impacto de la reforma de 2017, la profesional recalcó que la eliminación del período de prescripción de 3 años sólo se aplicaba a los casos civiles, y no a los penales. Esta distinción es relevante en materia probatoria de potenciales nuevos casos, por cuanto en Escocia, la prueba en casos criminales requiere de “corroboración”, esto es, se exige evidencia proveniente de una segunda fuente para probar hechos esenciales (Thomson, 2018).

Señala que la doctrina de la corroboración²⁰, aunque controvertida [por cuanto afecta desproporcionadamente a las víctimas de delitos donde es poco probable que haya testigos, tales como la violación y el abuso

¹⁶ Bufete de abogados global con 51 oficinas, asociaciones y cooperaciones en las jurisdicciones con presencia las Américas, Asia Pacífico, Europa y Medio Oriente (Kennedys, 2018).

¹⁷ Este proyecto de ley se encuentra aún en tramitación legislativa.

¹⁸ La *Law Society* constituye otra asociación gremial de abogados en Escocia, creada en 19749 y que tiene más de 11.000 miembros (Law Society of Scotland, 2018-b).

¹⁹ Para acceder a las conclusiones del seminario, se contactó telefónicamente y por correo electrónico a la *Law Society of Scotland* así como a dos de los expertos que presentaron en él, Laura Thomson y Simon Di Rollo. Sólo Thomson respondió a las consultas que se le hicieron y la *Law Society of Scotland* señaló no poder enviar informacon relacionada con el seminario.

²⁰ La doctrina de la corroboración es una característica única de la ley penal escocesa. Esta consiste en que se requieran al menos dos fuentes de evidencia, diferentes e independientes, para respaldar cada hecho esencial, antes de que un acusado pueda ser condenado por un delito. Esto significa, por ejemplo, que una admisión de culpabilidad por parte del acusado sería evidencia insuficiente para condenarlo en Escocia, porque esa evidencia necesita ser corroborada por otra fuente. Sin embargo, los testimonios de algunos expertos (peritos), como los médicos forenses o los médicos generales, son aceptados por los tribunales sobre la base de su solo informe, no necesitando corroboración.

doméstico (The Scottish Government, 2014)], es considerada por muchos como una salvaguarda (del principio de inocencia). De este modo, existiría una protección frente a denuncias falsas. En cambio, no existe el requisito para la corroboración en los casos civiles y el estándar de prueba también es menor (equilibrio de probabilidades en lugar de prueba más allá de toda duda razonable) (Thomson, 2018).

Asimismo, Thomson señala que se trataría de una legislación relativamente nueva y que desconoce si se habrían denunciado casos en virtud de la misma, por lo que no se habría observado una “inundación” de casos en los tribunales (como se anticipaba antes de su aprobación) (Thomson, 2018).

Por último, de acuerdo a Sarah Firth, del estudio de abogados BLM del Reino Unido, a seis meses de promulgada la reforma del 2017, los abogados escoceses habrían informado que, en términos de impacto en cuanto al número de demandas, las consecuencias de la Ley aún no se habrían manifestado plenamente. Si bien se cree que hay más de 2.000 demandas potenciales, actualmente habría pocos incentivos para litigar en el corto plazo. En parte, ello se debería -concordando con lo señalado por White (2017)- a que el mencionado proyecto de ley sobre litigios civiles aún se encuentra en tramitación en el parlamento escocés, por lo que los potenciales demandantes estarían esperando su pronta aprobación en el otoño de 2018 antes de proceder. Así, no habría habido oportunidad de tomar decisiones informadas en relación a la nueva legislación (Firth, 2018).

2. Caso de Evaluación Ex post: Canadá

En muchas jurisdicciones de *common law* de todo el mundo, los tribunales penales afrontan o enfrentarán pronto el desafío de juzgar casos de abuso sexual infantil sucedidos en el pasado, a menudo décadas atrás. Así, a nivel internacional, existiría un creciente interés en comprender y responder a las demandas históricas de abuso sexual infantil (HCSA) (**Connolly et al, 2017:166**).

Se destaca que, en 1992, la Corte Suprema de Canadá, en el caso *MK v MH* estableció un precedente sobre la materia, al reconocer la injusticia inherente de prohibir algunas acciones civiles presentadas por adultos sobrevivientes de abusos sexuales, contra sus autores, por no cumplir con el plazo de prescripción. Para ayudar a las víctimas, la Corte permitió a los demandantes basarse en la “doctrina del descubrimiento” (*discoverability doctrine*)²¹ como

²¹ La doctrina del descubrimiento es una herramienta de interpretación del *common law*, utilizada por los tribunales para evaluar cuándo una acción debió haberse presentado de acuerdo a su plazo de prescripción. Está codificado en la sección 5 (1) de la Ley de Prescripción de 2002 (*Limitations Act, 2002*), de Ontario. No acorta ni alarga el plazo establecido por un estatuto de limitaciones, sino que solo suspende el transcurso del mismo hasta que el demandante o una persona en su posición haya tenido conocimiento de la existencia del objeto del reclamo (Mew y Lomaga, 2009:139; Grenier, 2016).

un medio para retrasar transcurso del tiempo y evitar así la aplicación de los plazos de prescripción legal en contra del demandante. Además, la sentencia estableció una presunción legal que transfirió la carga de la prueba al acusado, a quien corresponde probar que el demandante podría haber presentado antes la acción (**Mew y Lomaga, 2009:134**).

Esta sentencia se convirtió en la decisión determinante de los casos de abuso sexual para todo el país, siendo seguida por cada provincia canadiense en reformas a los estatutos de prescripción respectivos (**Mew y Lomaga, 2009:135; 147**).

La larga experiencia canadiense con respecto a la persecución penal de HCSA, de acuerdo a los autores del estudio, permitiría analizar las tendencias a lo largo del tiempo en relación a dichos procesamientos judiciales (**Connolly et al, 2017:166**). Para ello se revisaron 3.035 casos de HCSA tramitados ante tribunales criminales canadienses, entre 1986 y 2012. Sobre la base de los datos recabados, los autores pudieron concluir que las jurisdicciones que recientemente han derogado o que pretenden derogar las barreras al procesamiento de HCSA (como sería la eliminación del plazo de prescripción), pudieran experimentar una acumulación de casos muy antiguos, particularmente de delitos que ocurrieron antes de mediados de la década de 1980, cuando las denuncias oportunas eran prácticamente imposibles de juzgar y condenar (**Connolly et al, 2017:175**).

Los autores citados concluyeron que estos casos sólo podrán perseguirse cuando sea razonablemente posible hacerlo. Pero, aclaran, los tribunales y los legisladores no deberían tomar esto como evidencia de que los primeros se verán “abrumados” con procesos muy antiguos de HCSA. Destacan que ello ya ha sido utilizado como argumento para oponerse a las propuestas de derogación de la prescripción penal en los delitos sexuales contra niños (**Connolly et al, 2017:175**).

En consecuencia, se concluye, en base a la experiencia canadiense, que estos casos se abrirán camino en el sistema durante los primeros años posteriores a la derogación. Además, el tiempo que lleva perseguir criminalmente los casos muy antiguos, dependería de la actitud del sistema hacia las denuncias de abuso sexual infantil ocurridos en el pasado. En Canadá, por ejemplo, habría tomado alrededor de 15 años y una declaración clara e inequívoca de la Corte Suprema en cuanto a reconocer que la lentitud en denunciar nunca puede utilizarse por sí sola para desacreditar a un (víctima) (**Connolly et al, 2017:175**).

En este sentido, **Symone** Shinton (2017:343), tomando el caso de EE.UU., recuerda que policías y fiscales tienen la facultad de no perseguir un delito cuando estiman que no existe suficiente evidencia para ello. Del pequeño número de delitos sexuales contra personas menores de edad reportados a

la policía, un número aún más pequeño (14%) es llevado a juicio por la fiscalía.

Lo anterior se debería, en parte, a la visión del estereotipo que la sociedad, y por tanto también las fuerzas policiales y de persecución del crimen, tienen respecto de la “víctima icónica” (o víctima-tipo) de delito sexual. Este prejuicio determina cómo la víctima debe verse, actuar y escucharse: que la víctima no estaba bajo la influencia del alcohol o las drogas al momento del abuso, que estaba vestida modestamente, que no conocía a su abusador, y que denuncia en forma oportuna y precisa después de ocurrido el delito (Shinton, 2017:343).

Ahora bien, estos prejuicios son difíciles de cambiar y es improbable que la simple eliminación de una barrera legal las purgue, aunque éstas hayan cambiado desde la década de 1980 (**Connolly et al, 2017:175**).

Por supuesto, Connolly y los demás autores reconocen que siempre habrá casos de HCSEA, pues la mayoría de los niños que sufren abuso sexual no lo divulgan de inmediato, y una minoría considerable espera hasta la adultez para revelar el abuso sufrido (**Connolly et al, 2017:175**).

Referencias

Black’s Law Dictionary (2001). Second pocket edition, St. Paul, Minn.

Connolly, D. A., Coburn, P. I., & Chong, K. (2017). *Twenty-six years prosecuting historic child sexual abuse cases: Has anything changed?* *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(2), 166-177. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1037/law0000121> (mayo, 2018).

Firth, Sarah, (2018). *Impact of the Abolition and Amendment of the Law of Limitation in relation to non-recent child abuse – comparative experiences*. BLM Abuse News blog. Disponible en: <https://blmabusenewsblog.com/2018/04/20/impact-of-the-abolition-and-amendment-of-the-law-of-limitation-in-relation-to-non-recent-child-abuse-comparative-experiences/> (mayo, 2018).

Grenier, M. (2106). *The Doctrine of Discoverability*. Grenier Law. Disponible en: <http://www.grenierlaw.ca/2016/02/12/markup-html-tags-and-formatting/> (mayo, 2018).

Kennedys (2018). *About us*. Disponible en: <https://www.kennedyslaw.com/who-we-are/about-us/> (mayo, 2018).

Law Society of Scotland
- (2018-a). *Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Act 2017 Seminar*. Disponible en:

<https://www.lawscot.org.uk/news-and-events/events/limitation-childhood-abuse-scotland-act-2017/> (mayo, 2018).

- (2018-b). *About us*. Disponible en: <https://www.lawscot.org.uk/about-us/> (mayo, 2018).

Mew, G. y Lomaga, A. (2009). *Abusive limits: M. (K.) v. M. (H.) and a comparison of the limitation periods for sexual assault*. *The Advocates Quarterly*, vol. 35 n. 2 . Disponible en: <http://www.suenow.ca/wp-content/uploads/2013/09/Sexual-Assault-Limitation-Periods-Essay.pdf> (mayo, 2018).

National Conference of State Legislatures, NCSL (2016). *State civil statutes of limitations in child sexual abuse cases*. Disponible en: <http://www.ncsl.org/research/human-services/state-civil-statutes-of-limitations-in-child-sexua.aspx#ATNP> (mayo, 2018).

RAINN (2017). *RAINN's Recommendations for Effective Sex Crime Statutes of Limitations*. Disponible en: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol92/iss1/12> (mayo, 2018).

RAINN (2018). *About RAINN*. Disponible en: <https://rainn.org/about-rainn> (mayo, 2018).

Shinton, S. (2017). *Pedophiles Don't Retire: Why the Statute of Limitations on Sex Crimes Against Children Must Be Abolished*. 92 *Chi.-Kent. L. Rev.* 317. Disponible en: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol92/iss1/12> (mayo, 2018).

Snowball, H., Caplan, A., y Jackson R. (2017). *Improving access to justice for survivors of childhood abuse: but at what cost?* *Kennedys*. Disponible en: <https://www.kennedyslaw.com/article/the-impact-of-the-limitation-bill/> (mayo, 2018).

Social Research – The Scottish Government (2016). *Consultation on the Removal of the 3 Year Limitation period from Civil Actions for Damages for Personal Injury for In Care Survivors of Historical Child Abuse: Analysis of Written Responses*. Research Findings 62/2016. Disponible en: <http://www.gov.scot/Resource/0049/00496576.pdf> (mayo, 2018).

The Faculty of Advocates

- (2017). *Response for The Faculty of Advocates to the Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Bill*. Disponible en: <http://www.advocates.org.uk/media/2292/final-faculty-response-13-january-2017.pdf> (mayo, 2018).

- (2018). *FAQs*. Disponible en: <http://www.advocates.org.uk/faqs> (mayo, 2018).

The Scottish Government (2014). *Abolishing the corroboration requirement in criminal trials*. Disponible en: <http://www.gov.scot/Topics/Justice/policies/law-reform/corroboration> (mayo, 2018).

The Scottish Parliament

- (2017-a). *Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Bill - SPICe Briefing*. Disponible en: http://www.parliament.scot/ResearchBriefingsAndFactsheets/S5/SB_17-04_Limitation_Childhood_Abuse_Scotland_Bill.pdf (mayo, 2018).

- (2017-b). *Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Bill - Financial Memorandum*. Disponible en: <http://www.parliament.scot/Limitation%20Scotland%20Bill/SPBill01FMS052016.pdf> (mayo, 2018).

Thomson, L. (2018). *Inquiry from the Chilean National Congress* [correo electrónico]. Recibido: 18-05-2018.

Tyler, D. (2016). *Changes to limitation law in Scotland*. Lexology. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=64b88cfa-5107-42f9-bdf3-093341dcf74e> (mayo, 2018).

White, C. (2017). *New legislation in force today set to increase volume of Childhood Abuse Claims in Scotland*. Disponible en: <http://www.bto.co.uk/blog/new-legislation-in-force-today-set-to-increase-volume-of-childhood-abuse-claims-in-scotland.aspx> (mayo, 2018).

Normativa

Escocia:

Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/52/part/I/crossheading/positive-prescription> (mayo, 2018).

Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Act 2017. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2017/3/introduction/2017-10-04?view=extent&timeline=true> (mayo, 2018).

Limitation (Childhood Abuse) (Scotland) Bill. Disponible en: <http://www.gov.scot/Resource/0049/00496677.pdf> (mayo, 2018).

Civil Litigation (Expenses and Group Proceedings) (Scotland) Bill. Disponible en: <http://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/104998.aspx> (mayo, 2018).

Canadá:

Limitations Act, 2002 (Ontario). Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/02l24> (mayo, 2018).

Jurisprudencia

Corte Suprema de Canadá, M.(K.) v. M.(H.). Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/917/index.do> (mayo, 2018).

Minuta Fundación Amparo y Justicia

CONSIDERACIONES DESDE LA FENOMENOLOGÍA DE LOS DELITOS SEXUALES CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU IMPORTANCIA EN EL DEBATE DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

*El presente documento tiene por objetivo contribuir al debate legislativo y a la toma de decisiones respecto al Proyecto de Ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Su contenido sistematiza la principal y reciente evidencia disponible acerca de la fenomenología de las agresiones sexuales contra menores de 18 años, información que permitirá comprender las razones del **tiempo diferente de develación** que requieren las víctimas de este tipo de delitos.*

Los fundamentos técnicos consignados a continuación, se basan mayormente en información y recomendaciones otorgadas por académicos e investigadores de reconocida trayectoria internacional, quienes han participado en seminarios organizados por Fundación Amparo y Justicia, así como también en el Diplomado “Los Derechos de los NNA Víctimas de Delitos Sexuales y el Sistema Judicial”, que imparte desde 2014 nuestra organización en conjunto con la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Antecedentes

Los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes (NNA) constituyen un tipo de violencia que se caracteriza por una dinámica compleja y que genera profundos efectos en las víctimas. Según UNICEF, una definición que reúne todos los elementos centrales del abuso sexual infantil, es aquella contenida en el *Acta para la Prevención y el Tratamiento del Maltrato Infantil* de los Servicios de Salud y Sociales de Estados Unidos de Norteamérica, los que se refieren al fenómeno como “la utilización, persuasión, inducción, seducción o coerción de un niño o una niña para realizar (o participar de) cualquier tipo de conducta sexual explícita, o la simulación de dicha conducta con el fin de producir una representación visual de ésta”. Se incluye también la ayuda que se pudiera prestar a otra persona para el mismo fin abusivo. La definición incorpora también “la violación, el tocamiento, la prostitución o cualquier forma de explotación sexual de un niño o niña, o el incesto”²².

Los abusos sexuales contra NNA son transversales: existen en todas las culturas y clases sociales, perpetuándose, en muchos casos, por tiempos

²² U. S. Department of Health and Human Services, 2010. En Baita, S., & Moreno, P. (2015). Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia. UNICEF

prolongados.²³ Alguna evidencia nacional e internacional permite caracterizar este fenómeno en Chile y el mundo:

- Según Stoltenborgh et al., a nivel mundial un 18% de niñas y un 7,6% de niños han sido víctimas de delitos sexuales²⁴.
- En la mayoría de los casos, el inicio de los abusos sexuales ocurre entre los 10 a 12 años, siendo el promedio de edad de inicio de las transgresiones los 10 años para las niñas y de 11 para los niños²⁵.
- En un 40% de los casos la agresión ocurre más de una vez, existiendo abusos extendidos en el tiempo. Un estudio del investigador estadounidense David Finkelhor, concluye que en promedio éstos duran siete meses y tres semanas para las niñas. Sin embargo, la misma investigación sostiene que hay casos registrados de abusos que han durado hasta 11 años²⁶.
- En Estados Unidos, más de la mitad de las niñas que señalaron haber sufrido un delito sexual refieren que el agresor habría sido un adulto. De éstas, un 43% refirió que el ofensor fue un miembro de la familia; un 33% habría sido sólo conocido y un 24% sostuvo que el atacante era desconocido. En el caso de los niños, un 70% sostuvo haber sido agredido por un familiar o un conocido²⁷. En Chile, de acuerdo a datos de UNICEF, un 88,5% de los agresores sexuales eran conocidos²⁸.
- De acuerdo a los datos entregados por Ministerio Público en el año 2016, 17.615 denuncias de delitos sexuales contra NNA ingresaron a la institución, representando el 89% del total de delitos de carácter sexual a nivel nacional²⁹. De estas cifras, el grupo de denuncias correspondientes a menores de 14 años, ascienden a más de 11 mil casos.

La dinámica de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes

La dinámica de los delitos sexuales cometidos contra NNA ha sido altamente estudiada y descrita, aportando evidencia que permite comprender por qué la víctima no siempre se defiende, protesta con facilidad ni denuncia la agresión.

Una de las características de la dinámica de estas agresiones es su *carácter abusivo y dispar*, asociado a la *asimetría de poder* entre ofensor y víctima. El

²³ Intebi, I (2008). Abuso sexual infantil: En las mejores familias. Buenos Aires: Granica.

²⁴ Stoltenborgh, M., Van Ijzendoorn, M. H., Euser, E. M., & Bakermans-Kranenburg, M. J. (2011). A global perspective on child sexual abuse: meta-analysis of prevalence around the world. *Child maltreatment*, 16(2), 79-101.

²⁵ Finkelhor, D. (2008). Abuso sexual al menor. Editorial Pax México.

²⁶ Finkelhor, D. (2008).

²⁷ Finkelhor, D. (2008).

²⁸ UNICEF (2012), 4º Estudio de Maltrato Infantil en Chile, Santiago de Chile.

²⁹ Datos Transparencia de Ministerio Público, 2017.

agresor explota la inexperiencia de la víctima, su inmadurez corporal y psíquica, su disponibilidad, confianza, credulidad y temor para satisfacer su sexualidad, transgrediendo de esta forma, los límites más personales e íntimos del menor de edad³⁰. El adulto se vale de su ventaja intelectual y física, de su posición de autoridad y de su supremacía social para desarrollar una dominación en la víctima, quien queda atrapada en una “telaraña relacional que carcome su resistencia y sus posibilidades de oposición”³¹, incluso después de muchos años ocurrido el delito.

Esta incapacidad de resistencia es descrita por los expertos franceses Reynaldo Perrone y Martine Nannini³² como un proceso relacional y comunicacional que desarrolla el agresor, donde la *víctima queda “hechizada”*, a partir de diversas experiencias a las que la somete, y en el que logra dejarla en un estado de perplejidad, agotamiento y abandono. En otras palabras, el abusador logra ejercer una influencia sobre la víctima, sin que ésta lo sepa, para lograr transgredir sus límites corporales, psíquicos y relacionales. El agresor irrumpe en el mundo imaginario del NNA y su poder puede incluso alcanzar a destruir sus tejidos sociales, *fragilizando hasta la aniquilación sus vínculos de confianza con quienes podrían protegerlo o cuidarlo*.

Este estado facilita que la víctima quede *atrapada y adaptada (o normalizada)* a esta situación altamente nociva. Se describe como un “*atrapamiento*”, como si el NNA estuviera en un trance, total y absolutamente vulnerable al ofensor, sin ser consciente de aquello. La *aproximación es sucesiva, paulatina*, donde los límites son transgredidos de forma continua, mermando la confianza del NNA y generando, también, una represalia oculta, donde la víctima asume que cualquier intento por cambiar la situación la perjudicará a ella misma y a su entorno cercano. De esta forma, el agresor no requiere utilizar violencia para cometer sus actos, bastando una mirada o una palabra para cometer el abuso, ya que la víctima internalizó que no tiene elección ni escapatoria, sostienen los expertos Reynaldo Perrone y Martine Nannini³³.

Al generar en un atrapamiento, el agresor *paraliza las capacidades de respuesta de la víctima*. Lo anterior, es logrado con una larga programación, a partir de mensajes contradictorios (el agresor es bueno y malo a la vez), el abusador carece de continuidad en su repertorio de conductas y, por ende, anticipar su comportamiento resulta imposible para el NNA, dificultando que pueda reaccionar de forma tal que evite el delito.

³⁰ Orjuela, L., & Rodríguez, V. (2012). Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación sexual infantil. Guía de material básico para la formación de profesionales. España. Ed. Savethechildren.

³¹ Perrone, R. y Nannini, M. (2014) *Violencia y abusos sexuales en la familia: Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. Buenos Aires: Paidós, página 144.

³² Perrone, R. y Nannini, M. (2014).

³³ Perrone, R. y Nannini, M. (2014).

Asimismo, el *agresor modela un sistema de creencias en la víctima*, haciendo sentir al NNA que tiene la *culpa*, normalizando la situación y logrando dominar su resistencia crítica, *obligándolo finalmente a acomodarse a la circunstancia del delito*.

Otra característica de la dinámica de las agresiones sexuales contra NNA es el completo secreto bajo el cual ocurren. La relación abusiva se transforma en una vivencia inconfesable, en la cual el NNA no tiene palabras para revelarla. El adulto le hace creer a la víctima que es *normal* que las relaciones sean de ese modo y, por medio de artimañas, hace que la víctima se sienta como la única perjudicada, que se sacrifica en pos del bienestar de su círculo íntimo.

El secreto es un rasgo primordial y esencial en la dinámica abusiva, según el especialista norteamericano, Ronald Summit³⁴, quien ya en los años 80 logró describir cinco patrones conductuales que se darían en niños, niñas y adolescentes victimizados: *secreto; desprotección; atrapamiento y acomodación; develación tardía, conflictiva y poco convincente; y retractación*. De estos cinco patrones, el secreto y la desprotección estarían siempre presentes en los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, mientras que los restantes dependerían de otras condiciones propias de la víctima y de su contexto. Summit explica que la mantención del secreto radica en la *fuerza de temor que conlleva el abuso*, la que es transformada en una falsa promesa de seguridad, puesto que si el NNA calla lo sucedido, “todo saldrá bien”³⁵. Pero tiene una doble condición, puesto que, al mantener el silencio, los vuelve *cómplices responsables*. El investigador añade que esta característica de las agresiones sexuales infantiles hace que los NNA queden *desprotegidos e imposibilitados de defenderse*. Es decir, no sólo por la asimetría de poder explicada previamente (bajo la cual la víctima no puede negarse a los pedidos de un adulto), sino que también porque la posibilidad de perder un vínculo, amor o seguridad familiar resulta más atemorizante que cualquier amenaza de violencia. De esta forma, el secreto bajo el cual se dan las agresiones, sumados a los fenómenos de *atrapamiento* (o hechizo) y *acomodación* que generan, explican por qué las víctimas de delitos sexuales no suelen defenderse ni rechazar la agresión. Incluso, se someten³⁶.

³⁴ Summit, R. (1983). The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome. *Child Abuse and Neglect*, Vol. 7, Pp. 177-193.

³⁵ Intebi, I. (2008).

³⁶ Barudy, J. (1998). El dolor invisible de la infancia: una lectura ecosistemática del maltrato infantil. Paidós/berica.

La experta argentina Irene Intebi, coincide con las conclusiones de Summit³⁷, añadiendo, además, que estas conductas rotuladas como patológicas o inentendibles, radican en una reacción natural de un niño, niña o adolescente sano, que se enfrenta a un ambiente profundamente antinatural y enfermo. Por tanto, se acomoda a las experiencias traumáticas mediante comportamientos que le permiten sobrevivir, manteniendo una fachada de “seudonormalidad”. Para conseguir esta fachada, se ponen en marcha mecanismos defensivos que se caracterizan por mantener las experiencias traumáticas y los sentimientos asociados con ellas totalmente separadas del resto de sus otras vivencias habituales³⁸.

Proceso de develación de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales

Lo anteriormente descrito explica la gran cantidad de casos en que las víctimas no revelan lo sucedido. Así también, en el caso de hacerlo, permite comprender su carácter tardío, la escasa consistencia de los relatos y la posibilidad de posterior retractación de las víctimas. Según Summit³⁹ la progresiva adaptación a la situación de abuso de parte de las víctimas y el ocultamiento de sus afectaciones favorecerá la incredulidad de los hechos por parte del entorno adulto del abusado, lo que desincentivará la develación para evitar una reacción desfavorable de los adultos (principalmente en los casos en que los ofensores son familiares o del círculo cercano de la víctima).

La develación podría definirse como el *proceso en que se rompe con el silencio propio de la dinámica de la agresión sexual y otros toman conocimiento sobre la existencia de una transgresión, independiente si ésta conlleva una acción judicial o no*. Múltiples investigaciones indican de forma consistente y sistemática que la mayoría de los NNA retrasan la divulgación por períodos de tiempo significativos. A saber, estudios de Roesler y Weissmann⁴⁰ constataron que sólo un 36,1% de los NNA víctimas de delitos sexuales develaron las agresiones durante su niñez y adolescencia, mientras que un 63,9% lo hicieron en su adultez. En este segmento, pueden identificarse dos grupos de divulgación, según el momento en que se realiza: adultez temprana y tardía.

Las conclusiones de ambos académicos consignan también que, los NNA que logran develar -en general- lo hacen a un familiar. Sin embargo, en un

³⁷ Intebi, I. (2011). *Proteger, Reparar, Penalizar. Evaluación de las sospechas de Abuso Sexual Infantil*. Buenos Aires: Gránica.

³⁸ Intebi, I. (2008).

³⁹ Summit, R. (1983).

⁴⁰ Roesler, T. y Weissmann, T. (1994). Telling the Secret. Adult Women Describe Their Disclosures of Incest. *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 9, N°3, Pp. 327-338.

51,9% de los casos, las agresiones continúan, dada la incredulidad del confidente. Este hallazgo es consistente con otros estudios provenientes de la Universidad de Maryland en Estados Unidos⁴¹ que estiman que menos de la mitad (41,8%) de los cuidadores que reciben la develación de un delito sexual cometido por un familiar contra un NNA le otorga credibilidad y establece medidas para amparar al NNA. En tanto, un 30,8% no lo protege ni cree, y un 27,4% restante tendría una postura ambivalente, en el que se distinguen dos grupos de ese porcentaje: quienes otorgarían credibilidad, aunque sin movilización, y aquellos que a pesar de creer que los hechos serían inverosímiles realizarían acciones de protección. Es importante destacar que en los casos en que el agresor es ajeno a la familia, la prevalencia de creer y otorgar protección a la víctima aumentaría considerablemente⁴².

Otros estudios sobre los patrones de develación, como el de Allagia⁴³, destacan que en los casos de agresiones sexuales ocurridos durante la infancia y cometidos por un familiar, un 58% no devela hasta la adultez, y del 42% restante, sólo la mitad de los casos evidencia una intención por parte de la víctima de señalar lo acontecido.

De los casos de víctimas que develan en la adultez se estima que en promedio pueden llegar a tardar 20 años en divulgar lo sucedido, encontrándose casos en que la dilatación de la revelación puede ser de hasta 49 años después de la última transgresión vivida⁴⁴. En muchos casos, hay víctimas que nunca logran comentar lo sucedido a otra persona, incluso a pesar de la existencia de sospechas o incluso cuando las agresiones hubieran sido descubiertas de otra manera accidental, como a través de enfermedades de transmisión sexual y/o embarazos en niñas y adolescentes⁴⁵.

Es importante destacar, que los estudios realizados en Chile⁴⁶, no difieren mucho de aquellos internacionales antes citados, destacándose que las

⁴¹ Pintello, D. y Zuravin, S. (2001). Intrafamilial Child Sexual Abuse: Predictors of Postdisclosure Maternal Belief and Protective Action. *Child Maltreatment*, Vol. 6, N°4, Pp. 344-352.

⁴² Cañas, K. (2013) Madres incrédulas frente a la agresión sexual de su pareja hacia un hijo: significados construidos en torno a la experiencia de incredulidad. *Praxis. Revista de Psicología*, Año 15 (24), pp. 57-77.

⁴³ Allagia, R. (2004). Many ways of telling: expanding conceptualizations of child sexual abuse disclosure. *Child Abuse & Neglect*, 28, Pp. 1213-1227.

⁴⁴ Jonzon, E. y Lindblad, F. (2004) Disclosure, Reactions and Social Support: Findings from a Sample of Adults Victims of Child Sexual Abuse. *Child Maltreatment*, Vol. 9, N°2, pp. 190-200.

⁴⁵ Paine, M. y Hansen, D. (2002). Factors influencing children to self-disclose sexual abuse. *Clinical Psychology Review*, 22, Pp. 271-295.

⁴⁶ Vega, A., Romo, V., Franco, D., y Pérez, M. (2016). Develación de las experiencias de agresión sexual de presuntas víctimas adultas: una propuesta comprensiva. *Huellas. Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes*, Vol. 2, Pág. 161-184.

agresiones sexuales con un nivel de cronicidad alto y donde la forma de sometimiento es por medio de violencia implícita, son los casos que se relacionan estadísticamente de forma significativa con los indicadores de develación tardía.

Se estima que entre un 30% a un 80% de las víctimas no devela de forma intencionada antes de su adultez las agresiones sexuales acontecidas en su infancia. La diferencia de estos porcentajes radicaría en los siguientes factores⁴⁷: sentimientos de vergüenza y de culpa típicos de la dinámica referida previamente; deseos de la víctima de no herir a su familia; miedo al rechazo familiar e incredulidad por parte de los cuidadores⁴⁸ (por ejemplo de la madre si el padre es el ofensor); creencia de que hablar sobre el abuso será más traumático que guardar silencio; miedo a lo desconocido posteriormente a la divulgación; dependencia emocional y económica del abusador; falta de consciencia acerca de su situación de víctima; otros factores culturales⁴⁹.

El entorno poco favorable para la develación se observa en un ambiente cuestionador y escéptico, que puede ser ejemplificado a través de algunos comentarios que emite la opinión pública en foros de medios de comunicación o en redes sociales, a partir de noticias de casos de abusos sexuales infantiles muy mediáticos: “¿Y por qué ahora?”, es una de las preguntas que más se repite. Otros enjuiciamientos llegan incluso más lejos: “Están buscando fama y plata, ahora recuerdan y creen tener dignidad: ¿Por qué no reclaman antes?”; o “Lo de siempre... evidencias mejor, acusar es fácil... que lo hagan ahora parece venganza⁵⁰”.

Finalmente, es importante destacar que la develación frecuentemente se ha tratado como un evento estático y no como un proceso⁵¹, con factores que lo facilitan u obstaculizan⁵², y que eventualmente restringen la motivación de las

⁴⁷ Alaggia, R. y Kirshenbaum, S. (2005) Speaking the Unspeakable: Exploring the Impact of Family Dynamics on Child Sexual Abuse Disclosures. *Families in Society: The Journal Contemporary Social Services*, Vol. 86, Pp. 227-234.

⁴⁸ Lawson, L. y Chaffin, M. (1992) False negatives in Sexual Abuse Disclosure Interviews: Incidence and Influence of Caretaker's Belief in Abuse Discovery by Diagnosis of STD. *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 7, N°4, Pp. 532-542.

⁴⁹ Fontes, L. y Plummer, C. (2010) Cultural Issues in Disclosures of Child Sexual Abuse. *Journal of Child Sexual Abuse*, 19, Pp. 491-518.

⁵⁰ Comentarios públicos tomados de redes sociales. Véase por ejemplo los comentarios en la noticia siguiente: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/04/28/904293/James-Hamilton-se-reune-con-el-Papa-Francisco.html>

⁵¹ Vega, A., Romo, V., Franco, D., y Pérez, M. (2016). Develación de las experiencias de agresión sexual de presuntas víctimas adultas: una propuesta comprensiva. *Huellas. Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes*, Vol. 2, Pág. 161-184.

⁵² Ciarlante, M. (2007). Disclosing Sexual Victimization. *The Prevention Researcher*, Vol. 14 (2), Pp. 11-14.

víctimas para denunciar. Al respecto, el psicólogo experto en entrevista investigativa a niños, niñas y adolescentes, Michael Lamb, recomienda tener en consideración los siguientes aspectos para ofrecer un espacio favorable a que las víctimas denuncien:

Respecto de la oportunidad, la víctima requiere que el momento sea correcto en términos de privacidad, seguridad y tiempo, por tanto, en un encuentro apresurado, es difícilmente posible que se genere la apertura para algo tan complejo.

Asimismo, se ha visualizado la necesidad de buenas razones o propósito para develar, lo que no debe confundirse con una ganancia secundaria para la divulgación. Muy por el contrario, las víctimas, en especial los niños y niñas, logran encontrar un contexto idóneo para develar cuando anticipan un resultado en que se dañe mínimamente a otros o a su persona. El análisis que haga el niño o niña del daño que podría generar la develación a otros, juega un rol importante en su decisión.

Igual de importante es la existencia de disposición (o conexión) del confidente. El NNA víctima intentará determinar si el confidente posee la atención y disposición suficiente para brindarle apoyo y protección, y si podrá tolerar la información. Respecto de este último punto, algunos autores precisan que justamente ahí radica una de las dificultades propias del *desarrollo evolutivo de las víctimas infanto-juveniles* para develar, ya que esta habilidad para discernir sobre el confidente más apto es una capacidad que se desarrolla mayormente en la adultez⁵³, dificultando la autoconfianza en la víctima, la cual ya viene previamente dañada por el delito, lo que dilata la opción de develar.

Considerando lo anterior, es importante recalcar que la develación de un delito sexual contra un NNA en el entorno íntimo de la víctima no supone necesariamente que el próximo paso sea la denuncia del mismo en el Sistema de Justicia. En efecto, existe una “cifra negra” de abusos sexuales infantiles que nunca son denunciados, los que según algunas estimaciones oscilan entre un 80% y un 90% de los casos⁵⁴.

Daño y trauma en niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos sexuales

Las agresiones sexuales contra NNA generan un *trauma* en las víctimas, que no sólo es de carácter *psicológico*, sino que también *neuronal y cognitivo*. Ante eventos traumáticos como los delitos sexuales, el cortisol hormona

⁵³ Lamb, S. y Edgar-Smith, S. (1994). Aspects of Disclosure. Mediator of Outcome of Childhood Sexual Abuse. *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 9, N°3, Pp. 307-326.

⁵⁴ Unicef (2006). Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal. Santiago: UNICEF.

encargada de prepararnos para el enfrentamiento de situaciones de tensión comienza a *secretarse de manera prolongada en el cuerpo*, puesto que para ese NNA *siempre habrá un contexto de tensión* y eventual riesgo de volver a ser agredido sexualmente. La exposición constante y excesiva a dicha hormona genera daños a corto y largo plazo en órganos cerebrales, que en el caso de NNA son de mayor gravedad, dado que se encuentran en proceso de desarrollo, afectando su memoria y capacidades de estructuración del relato, pudiendo incluso producir *secuelas irreparables al organismo*⁵⁵⁵⁶.

Junto con los efectos a nivel neurológico antes señalados, producto de la vivencia de vulneración sexual por parte de un adulto, los niños, niñas y adolescentes desarrollan problemas emocionales (tales como síntomas de ansiedad y depresión), problemas cognitivos (que en general, se expresan en su desempeño académico), problemas de relación (con una menor cercanía a grupos de amigos, o círculo social cercano), problemas funcionales (ausencia de control de esfínteres y trastornos de alimentación), y problemas conductuales (como conductas disruptivas o sexualizadas)⁵⁷.

La sintomatología antes mencionada, en casos graves o no intervenidos, puede llegar a consecuencias de largo plazo para la víctima, tales como problemas psiquiátricos y trastornos en el vínculo con personas, en donde la confianza y la seguridad en los otros se han perdido⁵⁸. La profundidad del daño que sufren los NNA producto de las agresiones sexuales, dependerá de las características del delito, el vínculo con el agresor, las características personales de la víctima, así como también de la respuesta social (tales como el oportuno acceso a instancias reparatorias o entrega de credibilidad de su relato en el entorno íntimo, la sensibilización social ante este tipo de temas, entre otros)⁵⁹ que reciba ante el conocimiento de estos hechos. Sin embargo, ya se conocen diversas manifestaciones de efectos a corto y largo plazo, como las antes señaladas, a partir de la evidencia científica.

La respuesta social del ambiente íntimo de la víctima también producirá efecto en el NNA durante su adultez. Arboleda, Cantón- Cortés y Duarte⁶⁰ refieren que un entorno donde se estimule la expresión adecuada de las

⁵⁵ Van der Kolk, B. A. (1994). The body keeps the score: Memory and the evolving psychobiology of posttraumatic stress. *Harvard Review of Psychiatry*, 1(5), 253-265.

⁵⁶ Becerra, P., Mora, J., Jackson, V., Hamilton, J., (2018) Derechos al Tiempo. Fundamentos y propuesta para la imprescriptibilidad de la acción penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes. Disponible en: www.abusosexualimprescriptible.cl

⁵⁷ Pereda, N. (2009) Consecuencias psicológicas del abuso sexual infantil. *Papeles del psicólogo*, Vol. 30 (2), pp. 3-13.

⁵⁸ Pereda Beltrán, N., Gallardo-Pujol, N., & Jiménez Padilla, R. (2011). Trastornos de personalidad en víctimas de abuso sexual infantil. *Revisión. Actas españolas de psiquiatría*, ISSN, 1139-9287.

⁵⁹ Woiwod, D. M., & Connolly, D. A. (2017). Continuous Child Sexual Abuse: Balancing Defendants' Rights and Victims' Capabilities to Particularize Individual Acts of Repeated Abuse. *Criminal Justice Review*, 42(2), 206-225.

⁶⁰ Arboleda, M. R. C., Cantón-Cortés, D., y Duarte, J. C. (2011). Consecuencias a largo plazo del abuso sexual infantil: papel de la naturaleza y continuidad del abuso y del ambiente familiar. *Psicología Conductual*, 19(1), 41.

emociones positivas y de logro, como la participación de sus miembros en actividades socio-recreativas, ayuda a un mejor ajuste psicológico de las víctimas potenciando su autoestima, y generando una mayor resistencia a la ansiedad. En casos contrarios, donde existe un ambiente con familiares que no entregan al NNA víctima la posibilidad de expresar normalmente sus emociones, y tienden a minimizar o castigar dichas conductas, existen mayores riesgos de desarrollar *problemas de ansiedad y autoestima*⁶¹, fenómeno que es más prevalente cuando la violencia sexual es ejercida por un familiar^{62, 63}.

Por otra parte, en especial en casos de delitos sexuales infantiles perpetrados por alguien cercano, la relación entre agresor y víctima generará como efecto un tipo de vínculo ambivalente y dañino en el establecimiento de *relaciones interpersonales futuras*, debido a su rol doble y paralelo: agresor y cuidador.

Así, desde dichas dinámicas altamente nocivas que se generan en casos de delitos sexuales contra NNA, las víctimas viven una *desestructuración traumática en diversas esferas*. Autores como Finkelhor y Browne tratan de explicar cómo dinámicas traumatogénicas, que median entre el evento abusivo y el ajuste psicológico posterior, *alteran las orientaciones cognitivas y emocionales* del ofendido hacia el mundo, creando una distorsión en su capacidad afectiva, autoconcepto y visión de mundo. Consecuentemente, las víctimas desarrollan una *sexualización traumática*, dado lo inapropiado y disfuncional de la situación, lo que genera daños en la relación con el propio cuerpo, con otros y con la sexualidad, lo que se puede manifestar de distintas formas: desde una negación de dicha esfera a una compulsión que pueda llegar a conductas de riesgo. Paralelamente, se desarrolla una sensación de aislamiento o *estigmatización* del resto, donde recae una presión permanente por mantener el secreto que le impone el agresor a la víctima, en gran parte, por los poderosos mensajes de vergüenza y culpabilización de lo sucedido.

Por otra parte, la situación de agresión sexual genera el sentimiento de pérdida de figuras significativas, tanto del propio agresor ante la *traición* por el hecho y el aprovechamiento a la confianza, pero también a todos ellos que no pudieron protegerle, dejándolo en una situación de *indefensión* frente a su propia eficacia de evitación del delito y capacidad de controlar su vida⁶⁴.

⁶¹ 40Arboleda, M. R. C., Cantón-Cortés, D., & Duarte, J. C. (2011)

⁶² Cañas, K. (2013) Madres incrédulas frente a la agresión sexual de su pareja hacia un hijo: significados construidos en torno a la experiencia de incredulidad. *Praxis. Revista de Psicología*, Año 15 (24), pp. 57-77.

⁶³ Teubal R. (2010). Las Madres Frente al Abuso Sexual Infantil Intrafamiliar de sus Hijos ¿Son Víctimas?. *Revista Trabajo Social*, (9).

⁶⁴ Finkelhor, D., & Browne, A. (1985). The traumatic impact of child sexual abuse: a conceptualization. *American Journal of Orthopsychiatry*, 55(4), 530.

Independiente de la conceptualización que se utilice para describir la existencia de daño en niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, es posible encontrar una multiplicidad de formas en que el trauma se estructura y manifiesta en quienes sufren este tipo de delitos. Si bien no existe una forma exclusiva en que se expresa, si es posible señalar que existe una amplia evidencia de que el potencial de desarrollo futuro del niño, niña y adolescente se interviene por el delito, generando un impacto profundo y negativo inconmensurables, y en algunos casos, irreversible⁶⁵.

Conclusiones

A lo largo del presente documento es posible evidenciar que la compleja dinámica que se desarrolla en este tipo de delitos genera efectos perniciosos que se extienden en el largo plazo, lo que inhibe la develación de los hechos y su denuncia en el margen de tiempo que permiten los actuales plazos de prescripción. En este sentido, la eliminación de la prescripción promovería el derecho a las víctimas de acceder a la justicia de manera oportuna y en las mejores condiciones posibles^{66, 67}.

La mera posibilidad de comenzar un proceso legal, a pesar del tiempo transcurrido, se consignaría como un paso en la recuperación de la dignidad de la víctima. De esta manera, el sólo hecho que la víctima pueda exigir justicia, independiente de si ésta es finalmente lograda o no, le permite asumir un rol activo logrando desembarazarse de todo lo que ya no le pertenece: vergüenza, responsabilidad, pacto, secreto, erotización y fatalidad; retomando su dignidad, y la pertenencia a un grupo de pares y sociedad, de la que fue excluida, producto de la misma dinámica de victimización y de las posibilidades de defenderse de su ofensa, pudiendo recién así, liberarse del “hechizo” en el que se encontraba⁶⁸.

Ahora bien, en ningún caso significa necesariamente que todas las víctimas de estos delitos quieran o tengan la capacidad de declarar finalmente lo ocurrido frente a las instituciones encargadas de perseguir las agresiones sexuales sufridas. Muchas de ellas puede que, debido a sus procesos y características personales no se sientan nunca preparadas, evitando exponerse a los procesos investigativos y judiciales. No obstante, la

⁶⁵ Oddone-Paolucci, E., Genuis, M. y Violato, C. (2001). A Meta-Analysis of the Published Research on the Effects of Child Sexual Abuse. *The Journal of Psychology*, 135 (1), Pp. 17-36.

⁶⁶ ONU (2015). Concluding observations on the fourth periodic report of Chile. Committee on the Rights of the Child. Advanced Unedited Version.

⁶⁷ Deborah Connolly es académica del Departamento de Psicología de la Simon Fraser University en Canadá y se ha focalizado en la investigación de casos de abuso sexual a menores, las características de su develación y la persecución penal de estos delitos. El argumento acá mencionado puede encontrarse en Connolly, D. (2017). *Twenty-Six Years Prosecuting Historic Child Sexual Abuse Cases: Has Anything Changed?*

⁶⁸ 47 Perrone, R. y Nannini, M. (2014) *Violencia y abusos sexuales en la familia: Una visión sistémica de las conductas sociales violentas*. Buenos Aires: Paidós.

declaración de imprescriptibilidad otorgaría un reconocimiento al tiempo necesario que las víctimas pueden requerir para su revelación, garantizando una debida respuesta del Estado⁶⁹.

Finalmente, cabe mencionar que opciones como la que apertura la imprescriptibilidad, otorga la posibilidad de decisión de quien no estuvo en las condiciones óptimas para realizar una denuncia más oportuna, sin afectar en forma alguna las garantías del debido proceso ni del alto estándar probatorio que exige la justicia penal.

⁶⁹ 48 Becerra, P., Mora, J., Jackson, V., Hamilton, J., (2018) Derechos al Tiempo. Fundamentos y propuesta para la imprescriptibilidad de la acción penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes. Disponible en: www.abusosexualimprescriptible.cl