

INFORME DE LA COMISION ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, 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:

Vuestra Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, tiene el honor de informaros el proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Quintana, Rossi y Walker, don Patricio, y de la ex Senadora señora Rincón.

**DISCUSIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR A LA VEZ
Y REAPERTURA DEL DEBATE**

Se deja constancia que con fecha 4 de abril del año en curso, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 del Reglamento del Senado, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Walker, don Patricio (Presidente), Ossandón y Quintana, decidió reabrir el debate sobre el proyecto de ley en estudio, una vez que esta iniciativa ya había sido aprobada en general, en la sesión de fecha 21 de marzo del año en curso, por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio (Presidente), Honorable Senadora señora Van Rysselberghe y Honorables Senadores señores Letelier, Ossandón y Quintana. Lo anterior, a fin de proceder a la discusión del proyecto de ley en referencia, además, en particular, con el objetivo de acelerar la tramitación de la iniciativa y efectuar los cambios pertinentes en el texto de la misma, antes de su remisión a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de esta Corporación.

En tal sentido, hacemos presente que tal decisión se ajusta a lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de la Corporación, el cual habilita a la Comisión a discutir la iniciativa en general y en particular a la vez, por tratarse de un proyecto de artículo único, acordándose, unánimemente por esta instancia, proponer al Excelentísimo señor Presidente del Senado que en la Sala sea considerado del mismo modo.

- - - - -

Durante el análisis de este proyecto de ley, vuestra Comisión Especial contó con la participación del Jefe de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señor Luis Torres y del Abogado de la misma unidad, señor Maurizio Sovino y de la Abogada de la División de Estudios de dicha Fiscalía, señora Erika Flores; del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo y del Asesor de la misma división, señor Javier Escobar.

Además, fueron especialmente invitadas a exponer sus puntos de vista, las siguientes entidades y académicos:

- El Secretario de la Excelentísima Corte Suprema, señor Jorge Sáez.

- El Abogado especialista en temas de niñez y familia, señor Hernán Fernández.

- La Psicóloga especialista en materias de infancia, señora Vinka Jackson.

- El Médico cirujano, señor James Hamilton.

- La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez.

Excusaron su asistencia, el Fiscal Nacional, señor Jorge Abott y el Académico penalista, señor Gonzalo Medina.

Asimismo, se hace presente que asistieron como oyentes autorizados por el Presidente de la Comisión las siguientes personas:

- De la Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, señora Claudia Amigo.

- De la ONG Infancia Ahora, la señora Jenny Bruna.

De igual modo, se hace presente que asistieron los Asesores del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, señora Natalia Morales; del Consejo Nacional de la Infancia, señoras Daniela González y Jimena Vera y señor Hermes Ortega y la Analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello.

Además, asistieron los Asesores del Honorable Senador señor Letelier, señores José Fuentes y Cristián Durney; del Honorable Senador señor Ossandón, señor Alberto Jara; del Honorable Senador señor Quintana, señor Farid Seleme; de la Honorable Senadora señora Van Rysselberghe, señor Pablo Urquizar; de la Honorable Senadora señora Muñoz, señor Leonardo Estrade-Brancoli; del Comité Demócrata Cristiano, señor Luis Espinoza; del Comité del Partido Socialista, señor Rodrigo Márquez; de la Fundación Jaime Guzmán, señora María Teresa Urrutia y de Segpres, señores Giovanni Semería, Hernán Campos, Esteban Contador, Sergio Valenzuela y Tomás Pascual.

OBJETIVOS DEL PROYECTO

El proyecto en estudio tiene como propósito disponer la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contemplados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, cuando la víctima de tales ilícitos sea un menor de edad.

I.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

Para el debido estudio de este proyecto de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

Código Penal.

Artículos 94, 142, 433 numeral 1°, 374 bis, 369 quáter y párrafos 5 (“De la violación”) y 6 (“Del estupro y otros delitos sexuales”), presentes en el Título VII (“Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”) del Libro II (“Crímenes y simples delitos y sus penas)

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Los autores de la presente Moción explican 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 compute desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Dicha ley, agregan, 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.

Tal normativa, añaden, constituyó 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, (quienes muchas veces por dependencias económicas, emocionales, o bien por simple temor, optaban por callar los abusos) por los delitos de que habían sido víctimas hace más de 10 años, (suponiendo que el abusador sexual estuvo siempre dentro del territorio nacional) tales ilícitos se encontraban prescritos y, en consecuencia, extinguida toda responsabilidad de carácter penal y también las acciones civiles.

No obstante lo señalado, indican 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.

Posteriormente, subrayan que durante las distintas discusiones parlamentarias que han abordado el particular se ha arribado a la convicción de que este tipo de delitos son especialmente graves, ya que su sola comisión desencadena tales trastornos en la personalidad de la víctima, que difícilmente éstos llegan a superarse en el transcurso de la vida. Tal es así, afirman, que expertos en materias conductuales señalan que detrás de todo hombre abusador, hay un niño abusado, significando con ello que, lo más probable, en un patrón normal de conducta humana, es 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, agregan, en el caso de personas resilientes, que no obstante las adversidades del entorno son capaces de superar sus problemas, aun así, el daño que provoca un abuso sexual es inconmensurable, debido a que las personas abusadas encuentran todo tipo de problemas para vivir y desarrollar su sexualidad, con lamentables consecuencias en otros ámbitos de la vida.

Por tales razones, expresan que los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad constituyen acciones tan reprochables que no pueden quedar entregadas a que transcurrido cierto tiempo, estos delitos sencillamente prescriban.

Por otra parte, explican que la prescripción, como institución jurídica, 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, los cuales, en virtud de su entidad, no prescriben, pudiendo, además, ser perseguidos y juzgados en cualquier parte del mundo.

De ese modo, esgrimien que no es razonable entender que una persona víctima de un delito sexual, siendo un menor de edad, ha renunciado a sus derechos en este ámbito por no haber ejercido la respectiva acción penal una vez haya alcanzado la adultez, por lo que el punto merece ser abordado y tratado de modo distinto.

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El proyecto de ley está estructurado sobre la base de un artículo único, configurado en los siguientes términos:

- Se pretende sustituir el actual artículo 369 quáter del Código Penal, a fin de disponer que todos los delitos sexuales contenidos en el **párrafo 5 “De la violación”** y en el **párrafo 6 “Del estupro y otros delitos sexuales”**, presentes en el **Título VII “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”** del **Libro II “Crímenes y simples delitos y sus penas”** de dicho cuerpo normativo sean imprescriptibles.

Cabe hacer presente que los delitos contenidos en tales párrafos son los siguientes:

- **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:** delito de sodomía.

- **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.

DISCUSIÓN EN GENERAL

Exposición de la señora Vinka Jackson

La Psicóloga especialista en materias de infancia, señora Vinka Jackson, comenzó su presentación señalando que, teóricamente, la prescripción como institución tiene la finalidad de ser garantía para el orden y la paz social, otorgando certeza respecto de diversas situaciones jurídicas. Sin perjuicio de ello, agregó, dicho razonamiento, llevado al ámbito de los delitos sexuales, especialmente cuando estos últimos son cometidos contra menores, se torna, por el contrario, como un verdadero obstáculo para la persecución de tales finalidades.

Luego, resaltó el, en su opinión, amplio consenso ciudadano al respecto, no obstante las aprehensiones que sobre el particular se generan en el mundo del derecho, especialmente desde la academia.

Asentado lo anterior, señaló que el proceso psicológico por el que pasa un menor víctima de un delito sexual, por el solo hecho de tratarse de un niño, niña o adolescente, se transforma en una problemática personal altamente compleja, precisamente por ser algo que escapa completamente de lo cotidiano, siendo especialmente complejo para el sujeto pasivo del delito el proceso de entender, ser consciente y comprender la extensión y el mal del acto causado en contra de su persona. Lo anterior, agregó, reforzado por el hecho de que más de un 80% de los victimarios son cercanos a la familia del menor o, es más, son miembros directos de su círculo familiar.

En la misma línea, y en virtud de la diferencia etaria que presentan agresor y ofendido, explicó que en el campo de la psicología se habla de “choque de idiomas”, en tanto lo sexual para el adulto

y para el menor ser una idea completamente distinta, de ahí, resaltó, la complejidad que presenta la víctima para entender completa y acabadamente el acto por él padecido, proceso que, por cierto, lleva una considerable cantidad de tiempo en desarrollarse.

En efecto, subrayó que incluso en los casos en que existe de parte del menor cierta comprensión del mal que sufrió (lo que puede ocurrir en aproximadamente un 20% o 30% de los casos), de igual forma el proceso psicológico integral, de asumir completa consciencia del acto del cual fue víctima, es de larga data, lo que, en cierto modo, puede extenderse aún más debido a la actual tendencia de retardo del proceso de emancipación de parte de los jóvenes (abandonar el hogar de sus padres o familia).

En virtud de lo anterior, agregó, podemos sostener que el complejo proceso de la víctima, de generar un relato que describa lo sucedido acarrea una problemática al enfrentarse con la prescripción en el ámbito penal. Así, añadió, si la denuncia criminal importa que el sujeto pasivo cuente con un relato del hecho, sustentado en su capacidad de generar tal narrativa, es evidente que si esta última demora en desarrollarse se enfrentará al plazo de prescripción de la acción penal, por lo cual dicha institución correrá en contra del complejo proceso psicológico por el cual atraviesa la víctima.

En tal sentido, expresó que, precisamente, siguiendo la lógica antes descrita, existen algunos modelos comparados en donde el criterio para el cómputo de la prescripción penal comienza una vez desarrollada en la víctima la capacidad para efectuar el relato de los hechos por ella padecidos.

Por consiguiente, explicó que el actual escenario que presenta el ordenamiento jurídico nacional en este punto no es favorable, en tanto extender hasta los 28 años de edad (en el caso de que el delito sexual se catalogue como crimen) el período de tiempo máximo para efectuar la respectiva denuncia penal, impidiendo que personas que tomen más allá de dicho tiempo puedan obtener alguna respuesta. En otras palabras, señaló que existen barreras institucionales para el inicio de la operatividad del sistema de justicia penal en tales casos, lo que se encuentra reñido a la ética del cuidado con que se debe abordar dichas situaciones.

Por otra parte, resaltó que el Secretario de la Comisión contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas (ONU)

afirmó que los delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, son asimilables al delito de tortura en el ámbito internacional, por lo que categorías propias de este último ilícito debiesen ser consideradas para la regulación penal de los primeros, como lo es el debate acerca de su imprescriptibilidad. Lo anterior, subrayó, precisamente por el profundo daño que tales ilícitos sexuales generan, el contexto de vulnerabilidad en el que los mismos se desarrollan y el grave proceso psicológico que debe recorrer la víctima para comprender la extensión de los mismos e iniciar su proceso de reparación.

En virtud de lo señalado, prosiguió, es que en muchos Estados de Estados Unidos se ha fijado la imprescriptibilidad de la acción penal, de la acción civil o de ambas, sin perjuicio de que en varios de ellos se han establecido plazos amplios de prescripción. Lo anterior, resaltó, no ha generado un colapso del sistema judicial ni ha ocasionado mayores ingresos de causas en el mismo, ya que sólo un 5% o un 6% del total de víctimas acude efectivamente a la justicia, lo que demuestra el complejo proceso que implica poder develar lo que el sujeto pasivo padeció durante la agresión.

Posteriormente, señaló que, incluso en escenarios en donde hayan transcurrido grandes intervalos de tiempo entre la ejecución del delito y su investigación, es viable la generación de prueba contundente que acredite la agresión, siendo clave el testimonio que la víctima efectúe, el cual, para ser contundente y sustantivo, debe desarrollarse en un contexto en el cual aquélla haya comprendido integralmente el mal padecido. En este punto, resaltó que prueba de lo señalado es que prácticamente existe un 96% de coincidencia entre el relato del pederasta y el de la víctima.

Por todas las razones antes expuestas, abogó por la aprobación de la presente iniciativa, señalando que la misma pretende generar un cambio cultural en la materia, a fin de que se dejen de lado las tergiversaciones y prejuicios existentes en el debate de este punto, concientizando a la ciudadanía sobre la gravedad de tales ilícitos.

Exposición del señor Hernán Fernández

El Abogado especialista en temas de niñez y familia, señor Hernán Fernández, inició su presentación destacando la considerable evolución legislativa que ha experimentado el particular, producto de los avances alcanzados por la criminología y la victimología al respecto.

En efecto, explicó que producto de las dificultades que presenta la víctima menor de edad de un delito sexual, derivadas de su falta de habilidades lingüísticas y psicológicas para entender la extensión del ilícito por ella padecido, la literatura especializada se inclina por sostener que la prescripción en este ámbito obstaculiza el acceso a la justicia y el proceso de reparación de aquélla. Lo anterior, agregó, toda vez que cuando se generan en el sujeto las capacidades necesarias para desarrollar un relato respecto del delito, la acción penal para perseguir la sanción de este último ya se encuentra prescrita.

Tales barreras institucionales, en su opinión, se encuentran reñidas con lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece la obligación de todo Estado parte de disponer de procedimientos eficaces para la prevención, protección y reparación de todo tipo de abuso físico, mental o sexual.

De ese modo, afirmó que, por tales impedimentos, la develación activa de la víctima queda sin ser procesada institucionalmente, generando un óbice en su procedimiento de reparación, acrecentándose el trauma generado por el delito cometido en su contra, en tanto incrementarse con el tiempo la huella psicológica que deja en el sujeto el hecho de haber padecido dicho mal, situación que se agrava en los casos en donde no existe reparación institucional de dicha injusticia.

Así, expresó que en escenarios donde tal reparación no se lleva a cabo, la manifestación del trauma conduce a las personas víctimas de delitos sexuales a muchas veces reproducir tales conductas en sus acciones de vida, generando daños irreparables a personas de su entorno.

Sin perjuicio de lo anterior, destacó la resolución de la Corte de Apelaciones de San Miguel sobre un caso en este contexto, en la cual se hace primar la Convención de los Derechos del Niño por sobre la regla legal de prescriptibilidad penal, subrayando que existen pronunciamientos similares en la Corte de Apelaciones de Santiago, en donde se jerarquiza al derecho al proceso y el derecho a la investigación por sobre dicha regla.

En esa línea, resaltó el caso de Francia, en donde recientemente se amplió el plazo de prescripción de la acción penal de delitos sexuales contra menores hasta veinte años después de que la víctima

haya cumplido los dieciocho años. A su vez, agregó, Inglaterra y Gales derechamente optaron por la vía de la imprescriptibilidad en estos casos.

En seguida, señaló que el debate actual pudiese generar la oportunidad para ampliar la discusión a la imprescriptibilidad de otros delitos, como por ejemplo, el homicidio.

Por otro lado, manifestó que la presente iniciativa debe considerarse como estrechamente vinculada a la contenida en el **Boletín N° 10.052-07**, que excluye la aplicación de la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento en delitos sexuales contra menores. En efecto, aseveró que si bien existe un instructivo del Fiscal Nacional en el mismo sentido, actualmente muchos fiscales desatienden tal mandato y de igual forma optan por dicho mecanismo, el cual conlleva, de cumplirse la condición, al sobreseimiento definitivo del imputado.

De ese modo, resaltó la importancia de abordar tal punto, a fin de que dicha herramienta no se transforme en una ventana para la impunidad. Lo anterior, en tanto al no haber condena, los sujetos no se ven inhabilitados de forma alguna a mantener vínculos con menores de edad.

Luego de las exposiciones antes descritas, los Honorables señores Senadores efectuaron las siguientes observaciones.

El Honorable Senador señor Quintana, indicó que durante la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en donde se trató la iniciativa en examen (16 de noviembre del año 2011), se vertieron similares argumentos en favor de la imprescriptibilidad, tanto desde el punto de vista jurídico como psicológico.

Por otra parte, expresó que actualmente la opinión pública tiene una mayor consciencia sobre el particular, por lo que aboga por el levantamiento de las barreras institucionales para acceder a la justicia en este ámbito, a fin de que los delitos en comento puedan ser investigados en cualquier momento.

En tal sentido, defendió la idea de la imprescriptibilidad por sobre la fijación de un plazo (por muy extenso que el mismo sea), en tanto, en su opinión, puede resultar un tanto arbitrario el poner un límite concreto a la investigación de tales ilícitos, precisamente

porque puede ocurrir que por un par de días un delito de gravedad quede en la más completa impunidad.

Por último, señaló que el proyecto de ley en examen constituye un paso y un avance efectivo en la protección de la niñez.

El Honorable Senador señor Ossandón, respaldó la idea del profesor Fernández de vincular la presente iniciativa con el **Boletín N° 10.052-07**, que excluye la aplicación de la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento en delitos sexuales contra menores, a fin de impedir que existan herramientas que permitan burlar el espíritu del proyecto en examen.

Posteriormente, expresó que la idea de imprescriptibilidad debe ser configurada de modo tal de evitar abusos institucionales bajo dicha figura.

A su vez, abogó por el despliegue de políticas públicas que fortalezcan la familia, en atención a que un alto porcentaje de los delitos en comento ocurren, precisamente, al interior del grupo familiar.

Por último, señaló que debido a la gravedad de los delitos sexuales, y en especial de aquellos cometidos en contra de menores de edad, y al daño que los mismos dejan en la persona de la víctima, es que respalda la idea contenida en la iniciativa en análisis.

El Honorable Senador señor Letelier, manifestó que si bien respalda el proyecto de ley en examen, considera necesario circunscribir la discusión sólo al debate de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores, a fin de facilitar la discusión del particular.

Asimismo, consideró que es necesario diferenciar en este ámbito las agresiones efectuadas en contra de niños y niñas, respecto de las padecidas por adolescentes, en tanto estos últimos tener mayores capacidades para adquirir consciencia de los delitos sufridos, y por consiguiente, para generar el relato respectivo que se requiere en la denuncia. Lo anterior, agregó, en estrecha relación en el desarrollo de la estructura de la personalidad presente en la adolescencia.

A su vez, señaló que la problemática en comento presenta ribetes de gravedad, debiendo ser visibilizada cada vez más a fin de reducir la magnitud actual de la misma.

Por último, expresó que la asimilación de los delitos sexuales contra menores con los delitos de tortura prescritos por el ordenamiento internacional debe efectuarse en perspectiva, teniendo claro que la imprescriptibilidad de los primeros viene dado por un deber del Estado de resguardar la integridad física de las personas sometidas a su jurisdicción frente a cualquier pretensión estatal que se intente perseguir por la vía de la coacción, mientras que el debate sobre la no prescripción de los segundos se relaciona con el contexto de vulnerabilidad en que los mismos ocurren, aparejado al grave daño psicológico que acarrearán y el amplio intervalo de tiempo que importa el proceso de reparación en la víctima.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señaló que si bien la prescripción, como institución, es necesaria para otorgar certeza y seguridad jurídica, enfrentada al caso de los delitos sexuales contra menores, la misma se alza como un verdadero óbice respecto de las implicancias de aquéllos en la persona de las víctimas.

En efecto, añadió, la no autonomía psicológica, económica y de resguardo que presenta el menor, genera un contexto de vulnerabilidad que complejiza y extiende el tiempo en que el mismo se encuentra preparado para generar una capacidad de relato para realizar una denuncia.

Posteriormente, señaló que la propuesta contenida en la iniciativa en análisis no sólo pretende cumplir una finalidad de reparación para la víctima, sino de prevención frente a eventuales futuras agresiones que cometa el pederasta en concreto, en virtud del perfil psicológico de los mismos, que tienden a reiterar sus conductas en el tiempo.

Por último, se manifestó a favor de la asimilación de dichos delitos con los de tortura, en tanto, en su opinión, haber cierto grado de responsabilidad del Estado por omisión en la no persecución de tales ilícitos por fijar barreras de prescripción de la acción penal.

La Psicóloga especialista en materias de infancia, señora Vinka Jackson, concordó con la última aseveración del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, en el entendido de considerar al Estado como corresponsable en aquellas hipótesis en que la prescripción implica un no otorgamiento de auxilio a las víctimas, obstaculizando el

despliegue de medidas de prevención, protección y reparación que el Derecho Internacional establece como deber.

Por otra parte, señaló que si bien los adolescentes presentan mayores capacidades para adquirir consciencia de lo por ellos padecido, en comparación con los infantes, ello no obsta a que por su edad deban atravesar un complejo proceso psicológico para llevar a cabo, de manera plenamente consciente, su relato de lo ocurrido en la respectiva denuncia, precisamente por el contexto de vulnerabilidad en que la agresión sexual se lleva a cabo y a la relación de dependencia en que se encuentran situados.

El Honorable Senador señor Quintana, resaltó la evolución doctrinal que el particular ha experimentado en el ámbito del derecho, subrayando que existen argumentos jurídicos robustos en la actualidad para establecer la regla de la imprescriptibilidad en este ámbito.

El Honorable Senador señor Letelier, expresó que no considera que el Estado, en el plano internacional, pueda ser considerado como corresponsable por los actos de victimarios sexuales de menores, en tanto las capacidades actuales del mismo no le permiten impedir todos y cada uno de tales hechos ilícitos.

En efecto, señaló que existen índices de criminalidad en toda sociedad, por lo que el Estado, en este plano, queda sujeto al deber de desplegar todas las medidas de prevención, protección y reparación que estén a su alcance, a partir de los medios con que cuenta, extendiéndose sólo en tal sentido las obligaciones internacionales existentes sobre el punto.

Exposición del señor Jorge Sáez

El Secretario de la Excma. Corte Suprema, señor Jorge Sáez, comenzó su presentación resaltando que el Presidente del máximo tribunal, acogiendo la invitación formulada por esta instancia, lo comisionó para emitir una opinión personal, no vinculante, ni respecto de aquél ni tampoco respecto de dicha magistratura, acerca del proyecto de ley en examen.

De ese modo, explicó que su exposición tiene por finalidad visualizar la pertinencia de la propuesta de modificación legal

formulada contenida en la iniciativa en análisis. De la misma forma, agregó, las observaciones tienen por objetivo relevar algunos problemas de técnica del proyecto que resulta necesario corregir si se pretende persistir en el fin anunciado en la Moción.

I. El proyecto

En este punto, indicó que la propuesta formulada en el proyecto de ley establece como imprescriptibles los delitos de connotación sexual perpetrados en contra de menores de edad. Para ello, explicó, se sustituye el artículo 369 quáter del Código Penal por el siguiente texto:

“Los delitos previstos en los dos párrafos anteriores serán imprescriptibles”.

En dicha propuesta sustitutiva, agregó, no existe requisito alguno de edad respecto de la víctima, al momento en que se haya cometido el ilícito; es decir, se estaría incorporando una norma general, atendida la connotación sexual del hecho, para poder perseguir tales hechos sin plazo alguno, asociados a los delitos contemplados en el párrafo 5, referido a la violación, y el párrafo 6, referente al estupro y otros delitos sexuales.

Así, añadió, en el párrafo 5 del Título VII del Código Penal, existen dos tipos de figuras delictivas: a) la violación propia, respecto de cualquier persona mayor de 14 años, si concurren cualquiera de los numerales del artículo 361 y b) la violación impropia, tipificada en el artículo 362, respecto de una persona menor de 14 años, incluso cuando no concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Por su parte, prosiguió, en el párrafo 6 del título VII del Código Penal, existe una diversidad de delitos de connotación sexual, como el estupro, el homosexualismo consentido con menores de 18 años y mayores de 14, los diversos actos constitutivos de abusos sexuales, actos de excitación sexual usando a menores, producción de material pornográfico utilizando menores, promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, la obtención de servicios sexuales por adolescentes a cambio de dinero u otras prestaciones.

En esa línea, explicó que la doctrina y la jurisprudencia han estimado que corresponde hacer una distinción en cuanto

a los bienes jurídicos que se protegen en ciertos delitos sexuales: a) la libertad sexual, para que las personas puedan ejercerla sin que se abuse a su respecto, y b) la indemnidad o intangibilidad sexual, que protege los presupuestos mínimos necesarios para que la libertad en este ámbito se pueda ejercer. En este sentido, agregó, los menores de 14 años se encuentran protegidos de cualquier interacción sexual, pues la sociedad considera que no han alcanzado aún los desarrollos necesarios y exigidos para ejercer su plena libertad sexual.

A su vez, precisó que en las figuras delictivas contenidas en los párrafos 5 y 6 del Código Penal, existen delitos que protegen ya sea la libertad sexual y otros la indemnidad, y el elemento central para ello, es la edad de la víctima.

En esa perspectiva, expresó que la disposición que se pretende sustituir (es decir, el actual artículo 369 quáter), apunta precisamente a ese contenido de intangibilidad o indemnidad sexual y, por ello, estima que el plazo de prescripción de la acción penal comience recién cuando la persona víctima de un delito sexual ha adquirido su mayoría de edad, vale decir, cuando la misma ha decidido formular la denuncia, ya plenamente consciente de las connotaciones que ello implica.

En virtud de ello, indicó que a partir de los 18 años, y no a partir de la fecha de comisión del delito, perpetrado cuando la víctima era menor de edad, es que comienza a computarse el plazo de prescripción de la acción penal. Es decir, independiente de la fecha de comisión del delito, los plazos que tiene la víctima directa para formular la petición de expresión del ius puniendi estatal serán los 23 años, en el caso de un simple delito, y hasta los 28 años, si es que se trata de un crimen.

II. Consideraciones sobre la prescripción

a. Cuestiones conceptuales

A este respecto, clarificó algunos conceptos en relación a la institución de la prescripción en materia penal. En efecto, explicó que cuando el legislador afirma que un determinado delito será imprescriptible, somete al intérprete a una importante dificultad, no resultando indiferente que la ley establezca que un determinado delito no estará sujeto a prescripción, que establezca que lo imprescriptible será la acción penal que deriva de un determinado delito, o que establezca que lo imprescriptible será la pena asociada a un determinado delito. Estos tres

modos de expresión legislativa, agregó, conducen a efectos jurídicos sustancialmente distintos y, por esta razón, deben emplearse con cuidado.

En este sentido, añadió, nuestro Código Penal es claro al señalar que lo único que prescribe en nuestro sistema criminal son (i) las acciones penales para perseguir judicialmente la responsabilidad de una persona en razón de la comisión de un delito (art. 93 N° 6 CP) y (ii) las penas impuestas sobre su base. Los delitos, considerados en sí mismos, como acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley, no prescriben (art. 93 N° 7 CP) y, cuando en el contexto de la legislación penal internacional eso se afirma, se suele referir, precisamente, a que no prescribe ni la acción ni la pena de esta clase de delitos. Independientemente de ello, añadió, al emplear el modo de expresión que sugiere el proyecto, se somete al intérprete a un problema argumentativo evitable: ¿querrá significarse que lo imprescriptible es la acción penal, la pena, o ambas?

De este modo, aseveró que la primera observación que debe tenerse en cuenta es que, en lo sucesivo, debería preferirse una terminología más precisa, con referencia directa a los conceptos de "prescripción de la acción penal" y "prescripción de la pena", respectivamente.

La consideración anterior es importante, prosiguió, porque la prescripción de la pena y la prescripción de la acción penal corresponden a dos instituciones distintas, con diversos efectos y fundamentos. Ello, al punto de que, tal como afirmaba Robustiano Vera en su Código Penal Comentado, al contrario de lo que ocurría con la prescripción de la pena, la prescripción de la acción penal era considerada una innovación en nuestra tradición jurídica, ya que habían varios otros países que no la establecían entre sus leyes.¹ Pues bien, añadió, ante este escenario conceptual, vale la pena dar un paso adicional y cuestionarse diferenciadamente, y sobre la base de los fundamentos y efectos de cada una de estas instituciones, si resulta o no plausible restringir la prescriptibilidad de la acción penal o de la pena en determinados delitos.

b. Fundamentos

¹ VERA, Robustiano, *Código Penal Chileno Comentado*, Imprenta de P. Cadot. Santiago, 1883. p. 271

En este punto, afirmó que la prescripción de la acción penal está reglada en el artículo 94 del Código Penal, y en general, dispone los términos de tiempo durante el cual puede perseguirse eficazmente la responsabilidad penal del autor de un crimen, simple delito o falta. Así, sobre la base de esta institución, se establecen determinados plazos fuera de los cuales el Ministerio Público se encuentra inhibido de ejercer la acción penal en contra del infractor, y los tribunales penales imposibilitados de aplicar a su respecto alguna sanción. Por este motivo, en razón de su naturaleza, ella sólo puede tener cabida antes de la dictación de la sentencia de término y la imposición efectiva de la sentencia condenatoria.

Por el contrario, señaló que la prescripción de la pena es una institución que tiene relevancia sólo con posterioridad a la imposición de una sentencia condenatoria, y tiene como principal efecto el de impedir la efectiva aplicación de una condena cuando ella no se ha impuesto en los plazos que establece el artículo 97 del Código Penal.

De este modo, agregó, mientras la prescripción de la acción penal obsta la existencia de una sentencia condenatoria firme, la prescripción de la pena obsta a su efectiva ejecución.

En seguida, expresó que no obstante existir un amplio debate sobre cuál es la naturaleza que cabe asignar a la prescripción de la acción penal como institución en el derecho ("*se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros [actualmente la opinión dominante] como institución "mixta"*²), existe un relativo consenso en su utilidad y necesidad procesal y político criminal. Así, señaló que siguiendo al profesor Gunther Jakobs, la prescripción de la acción penal se explica por varias consideraciones.

En primer lugar, se explica sobre la base de la consideración material de que el transcurso del tiempo provoca una "*atenuación del injusto y de la culpabilidad, dado que el rigor del enjuiciamiento de un conflicto y la necesidad de solucionarlo mediante imputación pierden su fuerza con el tiempo: el injusto culpable se convierte*

² ROXIN, C. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Civitas. España, 1997. p. 165.

en un asunto pasado³. Después de todo, por una parte, *"el transcurso del tiempo sin que nadie haya ejercitado la acusación indica, en efecto, la pérdida de utilidad de las penas por la pérdida de toda su función preventiva y, en particular, de la función primaria, que es evitar que los perjudicados se tomen la justicia por su mano"*⁴, y por otra, hace moralmente contradictorio castigar al culpable, además de atentar contra su derecho a ser juzgado en un plazo breve y razonable. En los términos del profesor Pacheco *"supongamos que una persona injuriada deja pasar, no solo el día en que se le insultó, sino aquella semana y aquel mes, y muchas semanas y muchos meses, y que después de años viene reclamando la reparación de su afrenta. ¿A quién no ha de parecer esto chocante, e injusta la condena que en su razón recayese?"*⁵.

También tiene la prescripción una fundamentación plausible desde una perspectiva adicional, al considerar o tener en cuenta *"que la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo, sobre todo en caso de adolescentes y jóvenes"*⁶, razón por la cual la necesidad de una sanción penal desde una perspectiva preventiva puede disminuir o anularse completamente. Las personas cambian de modo dramático con el paso de los años, incluso al punto de tornar en moralmente injusta la imposición de una condena.

En último lugar, desde una perspectiva procesal, la prescripción de la acción penal supone hacerse cargo de un modo

³ JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons. Madrid, 1997. p. 416

⁴ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, Trotta. España, 1995. p.572

⁵ PACHECO, J. *EL Código Penal Concordado y comentado*. Tomo I. Quinta Edición. Imprenta y fundición de Manuel Trello. España, 1881. p. 529

institucional de los efectos perniciosos que tiene el paso del tiempo en las evidencias que sirven de base para arribar a las condenas⁷, y entregar una garantía de seguridad jurídica a autores y víctimas. Evidentemente, con el transcurso de los años, se torna cada vez más probable que los testigos no recuerden los detalles de lo acontecido, que los documentos y fotografías se pierdan o estropeen, y que en general la evidencia se corrompa. De esta manera, la restricción de las posibilidades de condena luego del paso de una determinada cantidad de años, cumple la importante función de restringir adecuadamente la posibilidad de error judicial y de condenar a inocentes, además de servir de coto de clausura para el planteamiento de nuevos conflictos de relevancia penal.

Considerados los fundamentos señalados, agregó, la institución de la prescripción de la pena corresponde al corolario natural y operativo de la prescripción de la acción penal. De lo que se trata, prosiguió, es de evitar castigar tardíamente a alguien que, no obstante haber sido condenado en un plazo prudente, no recibió la sanción penal en razón de que no se enteró de la misma, o no pudo ser habido por las actividades desplegadas por el Estado, dentro de un plazo adecuado. Adicionalmente, según enseña el profesor Robustiano Vera, *"los remordimientos y continua agitación que experimenta el culpable, ya por efecto de su delito, ya por sus esfuerzos para evadirse de la acción de la justicia, han debido causarle un suplicio no menor que el que le impone el cumplimiento de condena"*⁸. Sin embargo, no se trata de propiciar su evasión de la autoridad de la ley y la justicia, sino únicamente elevar los estándares de actuación de los órganos del Estado y, nuevamente, dotar de certeza jurídica a autores, partícipes y víctimas.

III. Valoración de la reforma

A este respecto, manifestó que el primer gran obstáculo conceptual que enfrenta esta clase de decisión legislativa es el de lograr fundamentar porqué una u otra clase de delito debería tener un tratamiento procesal y penal tan agravado, en comparación con otras clases de delitos que pueden ser: (a) más graves; (b) más difíciles de investigar y

⁶ JAKOBS, G. OpCit. p. 416

⁷ *Ibíd.*

⁸ VERA, R. Op.Cit. p. 277.

(c) más dañinos socialmente. De este modo, subrayó que el punto constituye una pregunta que entronca con una consideración sobre la proporcionalidad de la propuesta. ¿Si se justifica la imprescriptibilidad del delito de estupro, porque no formular también la imprescriptibilidad del incendio que causa la muerte?, ¿por qué no formular la imprescriptibilidad de los delitos medio ambientales?, ¿por qué no formular la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción o de cuello blanco? Lo cierto, añadió, es que el intento de estipular categorías de delitos con reglas especialmente agravadas, enfrenta al legislador a una necesidad de fundamentación que tiene que ir más allá de lo meramente pernicioso de la conducta que se busca sancionar.

En idéntico sentido, agregó, cabe tener presente que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico solo prevé la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Cierta clase de crimen gravísimo, que la doctrina asimila a casos de Derecho Penal del enemigo⁹, y en los que la perpetua actitud reactiva del Estado en su contra se explica en la consideración de que su castigo efectivo es una condición constitutiva de la comunidad política, de un Estado respetuoso de los Derechos Humanos. No obstante su gravedad, precisó, no ocurre lo mismo respecto de los delitos sexuales que se encuentran en los párrafos 5º y 6º del Título VII "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual" del Libro II "Crímenes y simples delitos y sus penas" del Código Penal. Lo cierto es que los delitos a los que afectaría esta reforma, no obstante su gravedad, no se explican en términos políticos como una condición constitutiva y mínima de la paz social, como los delitos de guerra o de lesa humanidad.

Al contrario, afirmó que tales delitos se explican de una manera distinta, en la que la pena es empleada como un expediente para enfrentar los casos más graves de conflictividad social sexual, con el propósito de restablecer el imperio del derecho, prevenir las conductas que socialmente son más dañinas y permitir a sus autores expiar sus faltas de modo que puedan volver a ser parte de la comunidad política que traicionaron con sus acciones. Por este motivo, señaló que la determinación de la imprescriptibilidad de estos delitos parece tener ribetes de desproporcionalidad que, incluso, podrían entrar en pugna con la

⁹ SUÁREZ, C, *Aporías jurídicas de los delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal Colombiano*, p. 135, passim. Disponible en: <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/90/93>.

Constitución, al atentar de un modo arbitrario en contra de la garantía de ser juzgado y castigado dentro de un plazo razonable.

Adicionalmente, expresó que cabe tener en cuenta que, por su naturaleza, los delitos sexuales en general, y los abusos sexuales en particular, implican importantes problemas probatorios que reformas como la propuesta sólo podrían agravar.

Como es sabido, resaltó, en la mayor parte de los abusos sexuales y las violaciones, gran parte del caudal probatorio se orienta a cuestionar o ratificar las versiones que la propia víctima guarda en su memoria. De allí la importancia que tienen en esta clase de delitos las pruebas y pericias psicológicas, o de credibilidad del relato. Si a este hecho, le sumamos la inexistencia de un plazo perentorio para realizar la investigación y condena criminal, se podría provocar un problema procesal que bajo el principio de inexcusabilidad resultaría insalvable: o bien se producirá un aumento en los casos de sentencias definitivas desfavorables al imputado, pero con bajos estándares de evidencia; o bien, se producirá un aumento de las absoluciones por razones de calidad de prueba, con todo lo que ello implica (gasto inútil de recursos públicos, sensación de impunidad, mayor descrédito del poder judicial y las policías, multiplicación de la victimización secundaria, etc.).

En este sentido, aseveró que más que un cambio en las reglas procesales o penales que regulan la prescripción en casos tan dramáticos como éste, y en el entendido de que exista realmente un problema en la persecución efectiva de esta clase de delito, parece ser que la alternativa legislativa realmente útil consistiría en la generación de normas que permitan y posibiliten una investigación rápida y eficaz de esta clase de delitos, como podría ser la creación de mayores niveles de especialización en policías y fiscales, la creación de programas de atención de víctimas, o la especificación de mecanismos de denuncia de menores, que resulten más eficientes y operativos. Después de todo, añadió, las reglas actualmente vigentes de prescripción ya son lo suficientemente intensas como para abordar la mayoría de los problemas procesales que se suscitan en la materia: los delitos con penas de crimen como la violación o el estupro prescriben en 10 años (art. 94 y ss. CP) y la prescripción de aquellos delitos cometidos en contra de menores de edad que se encuentran ubicados en los párrafos 5º y 6º del título VII, sólo comienza a contarse una vez que las víctimas han cumplido 18 años de edad (369 quáter CP).

IV. Problemas técnicos del proyecto

Por último, en este punto, manifestó que es necesario puntualizar dos cuestiones que muestran que, si existe voluntad de seguir adelante con el proyecto siendo fiel a su intención, resulta necesario efectuar cambios a su redacción.

En primer lugar, explicó que, en los términos en que está redactada la propuesta, no permite distinguir la edad de la víctima, lo que resulta imprescindible si su objetivo es declarar imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. En efecto, señaló que al declarar el artículo 369 quáter sustitutivo que "Los delitos previstos en los dos párrafos anteriores serán imprescriptibles", el precepto engloba a todos los delitos previstos en los párrafos 5 y 6, entre los cuales se encuentran diversas figuras cuya víctima puede ser un adulto, como lo son la violación propia del artículo 361 o el abuso sexual del artículo 366.

Por último, y en segundo lugar, atendiendo a que la finalidad del proyecto es evitar la imposibilidad de la denuncia y de la persecución, indicó que claramente la modificación debe solamente referirse a la acción penal, lo que debe manifestarse de modo expreso en la norma para evitar los problemas interpretativos antes reseñados.

Exposición del señor Luis Torres

El Jefe de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, señor Luis Torres, inició su intervención expresando la valoración positiva de la institución que representa sobre la iniciativa en análisis, especialmente en lo referente a sus fundamentos y a la finalidad de la misma de otorgar mayores mecanismos de aseguramiento del acceso a la justicia a niños, niñas y adolescentes.

Posteriormente, en lo relativo a la fórmula de texto empleada por el proyecto, señaló que se requieren efectuar ciertas precisiones técnicas a fin de que el mismo se estructure adecuadamente con los fines que pretende alcanzar.

De ese modo, agregó, en primer lugar, se debe clarificar a qué delitos se aplicaría la norma propuesta, toda vez que los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal agrupan una amplia diversidad de ilícitos, a saber, la violación, los abusos sexuales, el estupro, la producción de material pornográfico infantil, la corrupción de menores o

sodomía (con considerables cuestionamientos acerca de su constitucionalidad), quedando afuera, a su vez, delitos como la comercialización y el almacenamiento de material pornográfico infantil, o delitos complejos como la sustracción de menores con violación o la violación con homicidio. Así, expresó que con la fórmula actual quedarían excluidos de la regla de imprescriptibilidad delitos aún más graves que los contenidos en los aludidos párrafos 5 y 6.

En segundo lugar, añadió, la redacción de la Moción no precisa ninguna circunstancia calificada en la persona de la víctima, declarando imprescriptibles los delitos de los referidos párrafos, independientemente de la calidad o edad de la víctima (se contempla un sujeto pasivo universal), por lo que se debe precisar que la imprescriptibilidad sólo se aplicaría en caso de que aquélla fuera menor de edad al momento de la comisión del delito.

En tercer orden, manifestó que, tal como lo indicó el Secretario de la Excelentísima Corte Suprema, se debe precisar que la regla apunta a declarar la imprescriptibilidad de la acción penal para la persecución e investigación de los delitos en cuestión, y no su pena.

Por otra parte, en cuarto lugar, señaló que de aprobarse el presente proyecto y transformarse en legislación vigente, se producirían problemas interpretativos al respecto, en tanto existirían tres estatutos distintos sobre el punto, estos son, la normativa anterior al 2007 (regla general de prescripción delitos), la que actualmente rige producto de la reforma de dicho año (suspensión del plazo de prescripción de la acción penal hasta que la víctima alcance la mayoría de edad) y la propuesta contemplada por el presente proyecto, lo que conduciría a complejidades de interpretación sobre la irretroactividad de la ley penal más desfavorable, por lo que sugirió que la iniciativa explicita la regla de temporalidad que defina este punto.

Por último, indicó que la ley N° 20.048, de Responsabilidad Penal Adolescente, contiene reglas especiales de prescripción de la acción penal, siendo de dos años en caso de simple delitos, cinco años en el caso de crímenes y seis meses tratándose de faltas (respecto de estas últimas se aplica el plazo general). En consecuencia, resaltó que en caso de que el proyecto no se refiera a este ámbito, tales plazos especiales de prescripción no se verán alterados, incluso en el caso de delitos sexuales contra menores.

Exposición de la señora María Elena Santibáñez

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, comenzó su presentación señalando que, tal como lo expresó quien le antecedió en el uso de la palabra, la normativa actual respecto de la prescripción de la acción penal de los delitos sexuales contra menores, si bien representa un avance, genera problemas interpretativos complejos, precisamente porque en la práctica se genera el cómputo de dos plazos de prescripción paralelos.

Por otra parte, afirmó que si bien la propuesta contenida en el proyecto sustituye el texto actual del artículo 369 quáter del Código Penal, ubicado en el párrafo 7, denominado “Disposiciones comunes”, del referido Título VII, sugirió ubicar el nuevo precepto en un párrafo distinto, a fin de que abarque a los diversos delitos que finalmente se considere como imprescriptibles, de ser así el caso.

A su vez, discrepó con la afirmación que sostiene como incorrecto declarar la imprescriptibilidad de un delito, sin hacer alusión a la prescripción de la acción penal o de la pena del mismo, en tanto toda prescripción dice relación, necesariamente, con el ilícito en cuestión, tomando en consideración para el inicio de su cómputo el momento de la comisión del delito, por lo que este último es el supuesto de aquélla, siendo el primero anterior al ejercicio de la acción penal.

Posteriormente, en lo referente a los delitos que se incorporarán a dicha regla de prescripción, indicó que se deben contemplar, además, delitos complejos como la violación con homicidio, por su considerable gravedad, y la comercialización de pornografía infantil, por tener iguales penas que el delito de producción de dicho tipo de contenidos.

Por otra parte, señaló que la considerable cantidad de casos de delitos sexuales cometidos en contra de menores, generó diversos estudios sobre el particular, a fin de determinar la especialidad que los mismos presentan respecto del resto de los ilícitos, la cual es la disociación experimentada por la víctima de estos delitos, quien no es consciente de la extensión del daño padecido, desarrollándose muy lentamente en su persona la capacidad de generar un relato en el cual se exprese en plenitud el grave daño sufrido.

En virtud de lo anterior, afirmó sostener una posición intermedia en esta materia, no siendo partidaria de la

imprescriptibilidad en este ámbito, sino que de establecer un plazo de prescripción razonable que asuma como criterio para el inicio de su cómputo el momento en el cual la víctima cuente con la referida capacidad de relato, esto es, en otras palabras, cuando la misma se encuentra en condiciones de ejercer la acción penal, asegurando, de ese modo, su derecho al acceso a la justicia. En tal sentido, esgrimió que una regla de imprescriptibilidad sólo para los delitos sexuales contra menores puede generar contradicciones con el principio de igualdad ante la ley, en tanto atentados más graves que aquéllos, como por ejemplo el delito de homicidio, quedarían sujetos a un tratamiento más beneficioso en este ámbito.

A su turno, explicó que si bien los delitos en análisis generan complejidades probatorias, se debe poner especial atención en el relato de la víctima (una vez que esta última cuenta con dicha capacidad), en tanto ciertos episodios gatillan en su persona el recuerdo vívido de lo padecido, por lo que la descripción de tales hechos, en dichas circunstancias, puede resultar fundamental para la investigación del delito.

Sin perjuicio de lo anterior, añadió, no se deben generar falsas expectativas en este ámbito respecto de casos futuros, en tanto los delitos sexuales son los ilícitos que presentan las más altas tasas de absoluciones y salidas alternativas (por ejemplo, el ejercicio de la facultad de no perseverar por parte del Ministerio Público).

En esa línea, señaló que cualquier reforma que aumente penas y no establezca mecanismos probatorios de entidad, traerá como consecuencia un mayor número de absoluciones.

Por otra parte, indicó que, desde una perspectiva comparada, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores es un debate que no ha sido zanjado, no existiendo un amplio consenso al respecto, sin perjuicio de los Estados que han adoptado dicha regla.

Lo anterior, no obstante que diversas instancias internacionales han calificado a tales ilícitos como de lesa humanidad cuando se dan en el contexto en el cual estos últimos crímenes son cometidos (compartiendo sus características).

Por último, señaló que, en lo referente a la Ley de Responsabilidad Adolescente, se debe mantener la diferenciación actualmente existente sobre las normas de prescripción, en tanto tratarse de lógicas distintas. En efecto, subrayó que si bien la rehabilitación de un

agresor sexual es altamente compleja, las probabilidades de ello aumentan si se trata al mismo en su adolescencia (por estar todavía en desarrollo su personalidad). Lo anterior, agregó, se refuerza por el hecho de entender, además, que detrás del victimario menor de edad, existe, probablemente, un delito sexual cometido en su contra.

Exposición del señor James Hamilton

El Médico Cirujano, señor James Hamilton, inició su intervención resaltando que el particular debe ser examinado desde el punto de vista humano, en concreto, desde la perspectiva del proceso de reparación de la víctima de un delito sexual.

En tal sentido, señaló que, en su opinión, la figura de la prescripción, en muchas ocasiones, se torna, más que en una institución que otorga certeza y paz social, en un beneficio para el victimario, en desmedro del derecho de acceso a la justicia por parte de la víctima.

Posteriormente, indicó que se hace necesario incorporar al debate legislativo al respecto los avances de la medicina moderna sobre la materia, la cual ha descubierto que los delitos sexuales, especialmente los cometidos en contra de menores, al igual que los crímenes de guerra, la hambruna y los delitos de lesa humanidad, generan daños transgeneracionales.

En efecto, explicó que los grandes traumas, como los previamente señalados, generan lesiones genéticas en la persona, fenómeno denominado como epigenética, lo que se proyecta, por cierto, a los gametos de la víctima, transmitiéndose tal información genética a los descendientes de esta última.

En esa línea, señaló que las víctimas de delitos sexuales presentan mayor daño que incluso el experimentado por los veteranos de guerra, precisamente porque estos últimos algún tipo de idea presentan sobre el escenario que enfrentarán, mientras que las primeras desconocen completamente el daño que padecerán, no siendo conscientes, posteriormente, del mal a ellas causadas.

En concreto, agregó, el daño biológico producido en la persona de la víctima es de carácter neuronal, generándose en ella un síndrome de estrés postraumático, lo que conduce a que la misma se encuentre en un estado de alerta permanente que produce una

hipersecreción de adrenalina y cortisol en su cerebro, generando, consecuentemente, una atrofia cerebral en las zonas del hipocampo, las que constituyen las áreas volitivas de la persona y se relacionan con el proceso de interpretación de la realidad que efectúa el sujeto, por lo que el daño en las mismas afecta la capacidad de la víctima de interpretar los hechos por ella padecidos.

En efecto, añadió, producto de tal afectación, la víctima se siente como causante de la agresión sexual, lo que genera un cambio biológico que le impide generar un relato de lo sucedido, obstaculizando el proceso de tomar consciencia del mal experimentado, evitando, a su vez, poder valorar la situación, lo que es fundamental para que la persona pueda asumirse como víctima.

En tal sentido, precisó que si bien la víctima no pierde la memoria sobre lo sucedido, existe un verdadero obstáculo biológico y cerebral para relatar plenamente lo padecido.

De esa forma, explicó que la antedicha capacidad de relato se genera sólo una vez que las condiciones del abuso cesan, dentro del proceso de recuperación de la víctima, habiéndose desarrollado la respectiva reparación biológica y neuronal asociada al relato.

Así, afirmó que una vez reunidas tales condiciones, la víctima se encuentra en la posibilidad de denunciar, lo que de por sí es un acto humillante para esta última, lo que no debe de perderse de vista.

Por las razones antedichas, expresó que la prescriptibilidad de los delitos en comento asume un término institucional de tal proceso biológico de reparación de la víctima, independientemente que el mismo se haya producido, siendo lo probable, en la mayoría de los casos, que aquél quede inconcluso. En esa línea, aseveró que el tiempo promedio que tarda dicho proceso bordea aproximadamente los treinta y tres años, lo que da cuenta, en términos evidentes, de la larga extensión del mismo.

Por último, resaltó que la pedofilia es una enfermedad prácticamente imposible de sanar, en tanto sólo alrededor de un 1% de tales sujetos puede satisfactoriamente curarse, por lo que medidas como la que propone el proyecto de ley en examen ayuda a prevenir las futuras agresiones de abusadores patológicos.

Posterior a las exposiciones anteriormente descritas, los Honorables señores Senadores efectuaron las siguientes observaciones.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, expresó que los fundamentos de la distinción de la regla de prescripción de la acción penal en los delitos en análisis, respecto del resto de los ilícitos, radica, precisamente, en el extenso tiempo que demora la víctima en desarrollar biológicamente las condiciones necesarias para efectuar un relato de lo padecido.

En esa línea, destacó lo señalado por el señor Hamilton, referente a que el promedio de tiempo que demora una víctima en generar dicha capacidad de relato es de aproximadamente treinta y tres años.

Por otra parte, si bien valoró la reforma impulsada el año 2007, para que la prescripción de la acción penal se comenzara a computar sólo cuando la víctima cumpliera la mayoría de edad, expresó que actualmente dicha regla no es lo suficientemente idónea para abordar el particular. En efecto, agregó, la evidencia científica ha conducido a que se haya adoptado la imprescriptibilidad en distintos modelos comparados, precisamente por las razones antedichas.

A su vez, se mostró partidario de incluir bajo la regla de la imprescriptibilidad tanto a la comercialización como la producción de material pornográfico infantil, en tanto se trata de delitos que presentan las mismas penas.

Posteriormente, manifestó que la complejidad probatoria que se presenta en los delitos en examen genera un desafío institucional para desarrollar de la mejor forma posible los diversos peritajes que se requieran para dilucidar los hechos investigados.

Por último, señaló que, en su opinión, el particular debe ser tratado de forma diferente en el caso de que los hechos sean adolescentes, en tanto todavía existir posibilidades de que los mismos puedan ser rehabilitados a tiempo, impidiendo que luego desarrollen una verdadera patología al respecto.

El Honorable Senador señor Letelier, expresó que si bien la ejecución de delitos de lesa humanidad puede conllevar la

perpetración de ilícitos de carácter sexual en contra de menores, la imprescriptibilidad de los mismos se deriva, precisamente, por su carácter de lesa humanidad, en tanto son desarrollados al alero del Estado y por agentes del mismo, de forma sistemática.

Lo anterior, resaltó, no puede conducir a afirmar que un delito sexual en contra de un niño, niña o adolescente, cometido fuera de tal contexto, pueda ser asimilado a la categoría de ilícito de lesa humanidad, en tanto ello genera una confusión conceptual y de fundamentos que puede debilitar los argumentos que sustentan la iniciativa en examen.

En seguida, señaló que comparte la posición de los expositores en orden a precisar de buena forma qué delitos, en concreto, se someterán a la regla de imprescriptibilidad.

En tal sentido, manifestó que, en su opinión, no se puede valorar en este ámbito, de igual forma, a quienes participan, en sus diversas modalidades, en aspectos relacionados con la pornografía infantil, con aquellos que directamente abusan del menor. En efecto, resaltó que si bien ambas conductas son del todo ética y moralmente reprochables, la gran diferencia entre ellas es que los sujetos involucrados en los primeros casos no siempre se tratarán de pedófilos, mientras que respecto de las segundas lo más probable es que exista un abusador patológico de por medio.

Posteriormente, indicó que concuerda con lo sostenido por la profesora Santibáñez respecto de situar a la regla de imprescriptibilidad en una ubicación distinta al actual artículo 369 quáter del Código Penal, a fin de que sea un precepto que defina de buen modo a qué delitos se aplicará en concreto, independientemente de su ubicación en dicho cuerpo legal.

Luego, en lo referente a la responsabilidad penal adolescente, señaló que la extensión o no de dicha regla de imprescriptibilidad debe ser un punto a debatir, sin descartar ninguna opción de antemano.

Por último, resaltó que la presente iniciativa debe evidenciar una señal clara sobre el cambio cultural que la sociedad ha experimentado en este punto.

El Honorable Senador señor Quintana, señaló que los cambios culturales en este ámbito se han producido rápidamente,

siendo mucho menor la resistencia actual al proyecto en análisis (proveniente mayormente de círculos académicos) que cuando inicialmente la iniciativa fue presentada, el año 2010.

En seguida, indicó que, por cierto, se debe precisar claramente en el texto del proyecto que se pretende establecer, por una parte, la imprescriptibilidad de la acción penal de ciertos delitos, y por otra, los ilícitos en concreto que quedarán sujetos a dicha regla.

Por último, subrayó que el examen del particular no sólo presenta una dimensión jurídica, sino una perspectiva social y médica amplia, en la que se debe atender, especialmente, el impacto que tiene sobre la persona de la víctima la perpetración de tales ilícitos, la consciencia que ha adquirido la comunidad al respecto y el daño transgeneracional que tales acciones genera.

La Honorable Senadora señora Van Rysselberghe, expresó que si bien respalda los objetivos del proyecto, debe analizarse cuidadosamente los ribetes jurídicos del particular, en tanto hay que tener una perspectiva amplia para examinar, por una parte, el acceso a la justicia que se debe garantizar a la víctima, y por otra, los eventuales abusos que pueden generarse al respecto por denunciante que, no siendo víctimas, utilicen tal vía para perjudicar a una persona inocente.

El Honorable Senador señor Ossandón, expresó que el proyecto de ley en análisis debe constituir una señal social clara de no tolerar tales actos de agresión sexual, para lo cual se deben configurar fórmulas que no permitan la existencia de abusos de ninguna parte en este ámbito.

A su vez, subrayó que el particular no sólo afecta a instituciones religiosas, sino que es un problema generalizado, sin perjuicio de que el daño es mayor tratándose de tales casos, en tanto ser perpetrados por personas respecto de las cuales la persona tiene confianza, personal y espiritual.

En seguida, destacó que el mayor número de tales delitos se realiza al interior del hogar, lo que da cuenta de la especial vulnerabilidad en que se encuentran los menores en sus círculos cercanos.

Por último, concordó con lo señalado por el Honorable Senador señor Letelier, respecto de que no es posible asimilar las

conductas relacionadas con la pornografía infantil con delitos de abuso directo, en tanto estos últimos, a diferencia de los primeros, son generalmente ejecutados por pedófilos.

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, señaló que de aprobarse la regla de la imprescriptibilidad, se debe analizar si la posibilidad de denunciar residirá exclusivamente en la persona de la víctima, lo que puede complejizar la investigación del ilícito, o que ello pueda ser efectuado por un tercero.

Asimismo, sugirió no excluir de tal regla a los delitos relacionados con la pornografía infantil, en tanto estar involucrado, además de la exposición de los menores, perniciosos intereses lucrativos.

La Psicóloga especialista en materias de infancia, señora Vinka Jackson, expresó que tales delitos de pornografía infantil son en la actualidad más dañinos para el menor, toda vez que la exposición de videos en Internet impide mayor control de su circulación por la red.

El Honorable Senador señor Ossandón, indicó que si bien es consciente de la gravedad de tales delitos, no cree que se deban asimilar, en términos de imprescriptibilidad, respecto de aquellos de abuso directo, sin perjuicio de que sea razonable extender el plazo de prescripción de los mismos.

VOTACIÓN EN GENERAL

- Puesto en votación el proyecto de ley, en general, fue aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio (Presidente), Honorable Senadora señora Van Rysselberghe, y Honorables Senadores señores Letelier, Ossandón y Quintana.

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

Se hace presente que antes de comenzar con la discusión en particular de la iniciativa en referencia, se efectuaron las siguientes observaciones acerca de los puntos centrales de la discusión en general.

I. Precisiones técnicas

a. Imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos sexuales perpetrados en contra de menores

Un punto compartido por los expositores y por los miembros de la Comisión, fue el de precisar que lo que se pretende declarar como imprescriptible es la acción penal de determinados delitos sexuales cometidos contra menores de edad, por lo que ello debe quedar expresamente establecido en el texto del proyecto.

b. Ubicación del precepto

Otro aspecto, de carácter más bien técnico, suscitado en el debate, se refirió a la ubicación de la disposición en la estructura del Código Penal. En esa línea, y frente al hecho de entender que la regla de imprescriptibilidad se pueda extender, además de los delitos contemplados en los referidos párrafos 5 y 6 del Título VII de dicho cuerpo legal, a otros ilícitos relacionados consagrados en este último, se planteó la posibilidad de ubicar a dicha regla en un precepto distinto al actual artículo 369 quáter.

En caso de que se opte por una fórmula similar a la descrita, sería razonable posicionar a la regla de imprescriptibilidad luego de la regulación general de la prescripción de la acción penal establecida en el artículo 94 del Código Penal, a fin de fijar dicha regla, precisamente, como clara excepción a la mencionada regulación general. En esa línea, podría ser conveniente disponer de un artículo 94 bis, nuevo, en donde se plasme la referida regla.

II. Delitos sujetos a la regla de la imprescriptibilidad

En este punto, y como se mencionó anteriormente, cabe hacer presente que durante la discusión de la iniciativa se planteó incluir, dentro de la regla de imprescriptibilidad, a delitos diversos a los consagrados en los aludidos párrafos 5 y 6, e incluso a distinguir, para tales efectos, entre los contemplados en estos últimos acápite.

De ese modo, se sugiere utilizar como técnica legislativa la remisión expresa de los artículos en donde se encuentran los delitos sexuales cuya acción penal se pretende declarar como imprescriptible.

A su turno, se hace presente que existió debate acerca de incluir o no bajo la regla de la imprescriptibilidad a los delitos relacionados con pornografía infantil, en concreto a la producción y comercialización de dichos contenidos, en virtud de que tales ilícitos presentan la misma pena (a saber, presidio menor en su grado máximo, esto

es, de tres años y un día a cinco años). En esa línea, se barajó la posibilidad de que, eventualmente, dichos delitos presenten un plazo de prescripción más extenso que el actual, en lo referente a su acción penal, en vez de incluirlos directamente en la regla de imprescriptibilidad.

III. Aplicación temporal de la ley penal

A este respecto, se señaló que, de aprobarse la iniciativa en examen, existirían tres estatutos diferentes sobre el punto, a saber, la normativa anterior al 2007 (regla general de prescripción delitos), la que actualmente rige producto de la reforma de dicho año (suspensión del plazo de prescripción de la acción penal hasta que la víctima alcance la mayoría de edad) y la propuesta contemplada por el presente proyecto, lo que conduciría a complejidades de interpretación sobre la irretroactividad de la ley penal más desfavorable, por lo que se sugirió que la iniciativa explicitara la regla de temporalidad que defina este punto.

De ese modo, en el precepto respectivo pudiese fijarse, de manera expresa, que la imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos que se sometan a tal regla sólo regirá hacia el futuro, es decir respecto de delitos sexuales contra menores cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, evitando eventuales problemas de constitucionalidad al respecto.

IV. Responsabilidad Penal Adolescente

Por último, se debatió acerca de la posibilidad de extender la mencionada regla de imprescriptibilidad, de igual forma, a los delitos sexuales cometidos por adolescentes, sujetos a la responsabilidad penal especial fijada en la ley N° 20.048.

Sin perjuicio de lo anterior, se planteó, asimismo, la posibilidad de que dicha normativa permanezca con las reglas actuales de prescripción de la acción penal (simples delitos: dos años; crímenes: cinco años y faltas: seis meses), en atención a la edad del autor y sus posibilidades de rehabilitación.

Luego de las observaciones antes descritas, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, expresó que, en su opinión, existe bastante consenso sobre los ejes sobre los cuales se deben introducir modificaciones, señalando que un punto fundamental es la determinación de los delitos que, en concreto, se someterán a la regla de imprescriptibilidad.

A su vez, en lo referente a los delitos relacionados a la pornografía infantil, indicó que si bien los mismos son del todo reprochables, operan en una lógica distinta a los de agresión directa, por lo que, en vez de someterlos a la regla de la imprescriptibilidad, sería razonable revisar o extender los plazos de prescripción de sus acciones penales, especialmente respecto de los delitos de producción y comercialización de dicho tipo de material gráfico.

Por último, se mostró partidario de efectuar una diferenciación en este ámbito con los delitos cometidos por adolescentes, en tanto la prescripción respecto de estos últimos responde a un criterio distinto a la presente en la regulación general.

No obstante lo previamente señalado, se hace presente que la Comisión, en esta instancia, y sin perjuicio de los planteamientos vertidos durante la discusión en general del proyecto, escuchó las opiniones del Jefe de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, señor Luis Torres y de la Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, sobre el particular.

Comentarios del señor Luis Torres

El Jefe de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, señor Luis Torres, inició su intervención valorando la discusión de las distintas aristas presentes en el debate de la presente iniciativa, especialmente, resaltó, en tanto ello refuerza la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, evitando que existan espacios de impunidad en este contexto.

En esa línea, señaló que si bien la prescripción, como institución, no apunta a las finalidades antes descritas (sino que a crear certeza y seguridad jurídica sobre distintas situaciones relevantes para el Derecho), la regulación de la misma se encuentra, en este contexto, en tensión con la protección de tales derechos.

Posteriormente, en lo concerniente a las precisiones técnicas a efectuar al texto del proyecto, señaló que con la especificación de que lo que prescribe es, efectivamente, la acción penal, se diferencian claramente a los ilícitos en comento de los delitos de lesa humanidad, los que operan bajo categorías y lógicas distintas.

En esa línea, y para evitar ciertas asimilaciones con los mencionados delitos, sugirió una fórmula de texto que no contenga declaraciones de imprescriptibilidad, sino que se explicita una redacción que disponga, literalmente, que “no prescribirá la acción penal derivada de los delitos...”.

En seguida, afirmó que si el objetivo es evitar que cualquier caso de delitos sexuales en contra de menores quede en la impunidad, lo más razonable parece ser el establecimiento de la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la comisión de los mismos, en vez de fijar algún plazo ampliado que, si bien sería un avance respecto de la ley vigente, de igual forma puede tornarse arbitrario al dejar en desprotección penal a ciertas víctimas que tardan en efectuar las denuncias respectivas.

Por otra parte, señaló que la decisión sobre la ubicación del precepto que recoja la regla de la imprescriptibilidad debe vincularse, directamente, con los delitos sujetos a la misma, resaltando que delitos sexuales de gravedad, tales como el robo con violación (artículo 433 numeral 1° del Código Penal), la sustracción de menores con violación (inciso final del artículo 142 del Código Penal) o la comercialización de material pornográfico infantil (inciso primero del artículo 374 bis del Código Penal), se encuentran consagrados fuera de los párrafos 5 y del Título VII.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que debe debatirse la posibilidad de incluir bajo la regla de la imprescriptibilidad, asimismo, a la violación con homicidio, en tanto en tales hipótesis, evidentemente, la víctima fallece, por lo que la acción penal recae, en dichos casos, en los familiares del sujeto pasivo, por lo que forma parte de la discusión evaluar la extensión de tal regla, de igual forma, a aquéllos.

Posteriormente, en lo concerniente a la aplicación temporal de la ley penal en este contexto, concordó con la idea de explicitar que el presente proyecto sólo regirá respecto de delitos sexuales perpetrados en contra de menores de dieciocho años de edad cometidos luego de la publicación de la iniciativa.

Por otra parte, en lo relativo a la responsabilidad penal adolescente en este ámbito, señaló que tal estatuto presenta una imputación especial para los sujetos, criterio que, en su opinión, debiese ser conservado al momento de regular la prescripción de las acciones penales en este contexto.

De ese modo, propuso que se aplicara el criterio contenido actualmente en el artículo 369 quáter, pero con los plazos de prescripción presentes en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. En otras palabras, que el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal en estos casos quedase suspendido hasta que la víctima cumpliera la mayoría de edad, para que luego el plazo de prescripción se extienda por el lapso de cinco años, en el caso de crímenes, dos años, en el caso de simple delitos o seis meses, en el caso de las faltas, siguiendo los tiempos fijados para ello en la antedicha normativa.

Por último, sugirió emplear, en la reforma en examen, el lenguaje inclusivo que en este ámbito ya se encuentra recogido en el Derecho Internacional, esto es, niños, niñas y adolescentes, a fin de superar el concepto de menores de edad presente en nuestro ordenamiento penal.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, en referencia a lo anteriormente observado por el señor Torres, expresó que si bien comprende que la terminología antes señalada es la aceptada y utilizada en la normativa internacional, entiende que la misma puede generar complicaciones al momento de trasladarla al ordenamiento penal nacional.

El Asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Javier Escobar, manifestó que la complejidad de incluir tal terminología al Código Penal actual es de carácter sistémico, en tanto no emplearse en otras disposiciones de dicho cuerpo legal tal denominación, sino que, por el contrario, se utiliza la noción de menores de edad, concepto que ya tiene su correlato y definición respectiva en el ordenamiento civil.

De esa forma, concluyó señalando que no es del todo conveniente, en este ámbito, generar una duplicidad de conceptos al momento de aludir a la misma idea.

Comentarios de la señora María Elena Santibáñez

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, inició su intervención manifestando su respaldo a las precisiones efectuadas en el debate referentes a la imprescriptibilidad de la acción penal y a la ubicación del precepto en donde se consagra dicha regla,

apoyando que tal disposición se contemple en las reglas sobre prescripción reguladas por el Código Penal.

Posteriormente, indicó que, en su opinión, no es necesario que se especifique cada uno de los delitos que sujetarán a la antedicha regla de imprescriptibilidad, sino que se establezca una cláusula general en donde se disponga la no prescripción de la acción penal respecto de todos los delitos sexuales contra menores, precisamente por la reprochabilidad que los mismos involucran. En tal sentido, se mostró partidaria de incluir en tal regla a los delitos relativos a pornografía infantil.

En seguida, señaló que los dos ilícitos que pudiesen ser excluidos de la imprescriptibilidad serían, en primer lugar, el delito de incesto, en tanto el mismo presupone un consentimiento entre quienes lo perpetran, por lo que una víctima menor de edad no pudiese padecer tal ilícito, y el delito de sodomía, por los reparos de constitucionalidad efectuados al mismo. En efecto, indicó que, respecto de este último, los cuestionamientos giran en torno a la sanción exclusiva de las conductas homosexuales entre varones, lo que incluso ha ocasionado que personas extranjeras, que han sido imputadas por tal ilícito, hayan alegado error de prohibición en su defensa, precisamente por desconocer que tal acción sea castigada penalmente por nuestra legislación.

Por otra parte, en lo referente a la aplicación temporal de las disposiciones de la presente iniciativa, explicó que al ser la prescripción penal una institución de carácter sustantivo, no es necesario explicitar que la misma regirá hacia el futuro, en tanto, en algún sentido, dejar entrever que la figura tiene un carácter procesal, por lo que se requiere expresar que la misma sólo regirá hacia el futuro (para establecer una excepción con lo que es la regla general de la ley procesal, la cual rige *in actum* desde su publicación).

Por último, en lo concerniente a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, sugirió excluir su aplicación de la regla de imprescriptibilidad antedicha, en virtud de las mayores probabilidades de rehabilitación que, eventualmente, pueda tener un menor de edad que haya sido autor de un delito sexual en contra de otro.

En esa línea, no se mostró a favor de la incorporación de criterios intermedios de responsabilidad en este ámbito, en tanto estimar que la ley en comento contiene una serie de medidas y sanciones pensadas para un menor de dieciocho años, por lo que extender

tales criterios más allá del momento en que el hechor haya alcanzado la mayoría de edad no le parece razonable.

Luego de los comentarios anteriormente descritos, los Honorables señores Senadores efectuaron las siguientes observaciones.

El Honorable Senador señor Letelier, indicó que el debate central de la iniciativa radica en definir qué delitos se sujetarán a la regla de la imprescriptibilidad a la luz de los fundamentos del proyecto de ley en análisis.

De ese modo, resaltó que, en su opinión, no puede asimilarse en este ámbito, por ejemplo, el delito de violación con algún otro ilícito penal referente a pornografía infantil, en tanto el desvalor o reproche no ser el mismo. En tal sentido, indicó que si el debate se encamina hacia juicios de valor en este contexto, no sería razonable excluir al homicidio de la regla de imprescriptibilidad.

Así, y a fin de circunscribir el debate a los argumentos centrales que sustentan al proyecto, sugirió delimitar la inclusión de los delitos a la referida regla en consideración al fundamento principal de la iniciativa, esto es, otorgar acceso a la justicia a aquellas personas que padezcan un delito sexual al momento de ser menores, a través de la imprescriptibilidad de las acciones penales de ciertos ilícitos, a fin de que una vez que generen la capacidad de relato de tales hechos, puedan generar la respectiva denuncia ante la institucionalidad penal.

El Honorable Senador señor Quintana, resaltó que se debe tener en consideración que la aplicación temporal de la ley penal es distinta tratándose de disposiciones sustantivas o procesales, en tanto la irretroactividad penal desfavorable no rige del mismo modo en uno u otro caso, rigiendo tal prohibición sólo en el caso de preceptos sustantivos.

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, por otra parte, señaló que es importante definir que la imprescriptibilidad sólo rija respecto de la víctima, evitando que la misma pueda “beneficiar” a terceros.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, consultó a la señora Santibáñez acerca de las razones de inclusión de los delitos referentes a pornografía infantil.

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, indicó que, especialmente en el delito de comercialización de pornografía infantil, existe una finalidad de lucro por parte del sujeto activo del ilícito que merece un reproche penal de la misma entidad que los demás delitos cometidos contra menores.

El Honorable Senador señor Letelier, reiteró que, en su opinión, el fundamento de la imprescriptibilidad debe ser el largo tiempo que la víctima emplea para desarrollar la capacidad de relatar lo por ella padecido, por lo que no pueden asimilarse bajo la regla en comento todos los delitos sexuales contra menores, sin perjuicio del alto reproche que todos ellos merecen. En esa línea, expresó que en los ilícitos relacionados con la pornografía infantil la víctima, en muchas ocasiones, ni siquiera sabe la identidad del sujeto activo del delito.

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, manifestó que el contenido de dicho material pornográfico es del todo degradante para el menor, sin perjuicio de que, usualmente, en tales contextos son cometidos, además, otros delitos en contra de aquél, como por ejemplo, abusos sexuales.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, consultó a la señora Santibáñez acerca de la inclusión en la regla de imprescriptibilidad de ciertos delitos complejos.

La Académica penalista, señora María Elena Santibáñez, señaló que estos últimos no son sino concursos especialmente legislados, por lo que sugirió diferenciar, para efectos de la imprescriptibilidad, el delito sexual del otro tipo de ilícito comprendido en el contexto del delito complejo, a fin de mantener la coherencia de la iniciativa en este ámbito.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señaló que es necesario consagrar en una indicación las opiniones y planteamientos vertidos a lo largo del debate.

El Honorable Senador señor Letelier, indicó que se debe resolver, en primer término, la ubicación, dentro de la geografía del Código Penal, en dónde se situará la disposición que contemple la regla de imprescriptibilidad.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, expresó que, en su opinión, es

recomendable consagrar tal regla en un artículo 94 bis, nuevo, precisamente para situarlo luego del actual artículo 94, en donde se establece la regulación general de la prescripción de la acción penal. Lo anterior, resaltó, a fin de fijar dicha regla como clara excepción a la mencionada regulación general.

Posteriormente, el **Honorable Senador señor Letelier**, señaló que es menester ahora definir qué delitos se someterán a la regla de la imprescriptibilidad y cuáles se someterán a un régimen distinto.

En tal sentido, expresó que, en su opinión, se hace necesario excluir, de cualquier regulación especial, en materia de prescripción, al delito de sodomía, en tanto presentar serios cuestionamientos de constitucionalidad, ya que sanciona penalmente sólo la relación homosexual entre varones, sin que medie en dicha conducta ninguna circunstancia que afecte la voluntad de los sujetos.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señaló que se debe definir, además, la inclusión o no de los delitos asociados a la pornografía infantil (producción, comercialización y almacenamiento de tales contenidos) a la regla de la imprescriptibilidad. En esa línea, expresó que, en su opinión, el delito de producción de dicho material debiera ser incorporado bajo tal regla, en tanto ejecutarse en un contexto especialmente vulnerador para los menores, en donde pueden ser perpetrados, además, otro tipo de ilícitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes.

El Honorable Senador señor Letelier, enfatizó que, si bien los delitos asociados a la pornografía infantil merecen un alto reproche social y penal, no considera que los mismos sean asimilables, siguiendo la lógica que sustenta a la presente iniciativa, a los ilícitos de abusos directos.

Sin perjuicio de lo anterior, sugirió incluir al delito de producción de pornografía infantil en la regla de imprescriptibilidad, dejando a los ilícitos de comercialización y de almacenamiento de dicho material sujetos a la regla de suspensión del inicio del cómputo de la acción penal hasta que la víctima alcance los dieciocho años de edad.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, concordó con la propuesta antes efectuada, precisando que de esa forma los delitos de comercialización y almacenamiento, si bien no se incluirían bajo la regla de imprescriptibilidad, quedarían sujetos a un régimen de prescripción especial, más favorable para la víctima.

A su vez, se mostró partidario de incorporar, explícitamente, que la mencionada regla se extiende tanto a la víctima, al

autor del delito y al Ministerio Público, a fin de evitar que opere algún mecanismo de selección de casos (por ejemplo, facultad de no iniciar la investigación) o alguna salida alternativa (vgr. sobreseimiento definitivo) que torne en ilusorio el acceso a la justicia por parte de la víctima, precisamente porque la acción penal, para otro interviniente, se encuentre prescrita.

En seguida, el **Honorable Senador señor Letelier**, indicó que el próximo asunto a resolver es el referente a la regulación del particular en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio, recordó que la propuesta del Ministerio Público es suspender el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal hasta que la víctima cumpla la mayoría de edad, pero sujeta a los plazos de prescripción de la ley N° 20.084, respecto de los delitos declarados como imprescriptibles para el régimen de responsabilidad penal adulta.

A su vez, subrayó que la Académica señora Santibáñez expresó sus reparos al establecimiento de la antedicha regla en materia de responsabilidad penal adolescente, en atención a las mayores probabilidades de rehabilitación que puede presentar el hechor menor de edad, a diferencia del autor adulto, el que, posiblemente, sufra de una patología irreversible.

El Honorable Senador señor Letelier, resaltó la necesidad de abordar esta temática desde la perspectiva de la víctima y de los fundamentos que sustentan a la presente iniciativa.

En efecto, indicó que los argumentos centrales del proyecto de ley en estudio radican en otorgar acceso a la justicia a las víctimas que, habiendo sido menores de edad al momento de haber padecido cierto tipo de delitos sexuales, y en virtud de la gran afectación producida por el hecho por ellas experimentado, demoran un largo tiempo en desarrollar la capacidad de relato suficiente para efectuar la denuncia pertinente. Por tal razón, agregó, no considera razonable efectuar distinciones en atención de la edad del victimario, precisamente por ser ello indiferente para el sujeto pasivo del delito.

De ese modo, afirmó que una diferenciación en este contexto afectaría la igualdad ante la ley entre las víctimas, estimando que ello pudiese ser cuestionado constitucionalmente, al establecerse una distinción arbitraria, de acuerdo a los fundamentos de la presente iniciativa.

Por último, subrayó que lo sostenido anteriormente no impide que los hechos de tales delitos sean tratados, en tanto

adolescentes, bajo un régimen penal distinto, focalizado mayormente en la rehabilitación del sujeto.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador Walker, don Patricio, propuso no efectuar un pronunciamiento explícito en este punto.

Sin perjuicio de lo anterior, dejó constancia que el punto referente a la imprescriptibilidad y su aplicación en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente fue objeto de debate en esta instancia, por lo que sugirió que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento posteriormente reflexione, de igual forma, sobre el particular.

El Honorable Senador señor Letelier, señaló que de no explicitarse una regla en lo que respecta a la Ley N° 20.084, el punto quedaría sujeto a la interpretación judicial y doctrinal, en lo referente a la extensión de la imprescriptibilidad, de igual modo, a los victimarios menores de dieciocho años de edad.

Posteriormente, el **Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Walker, don Patricio**, expresó que el último punto que se debe definir es el referente a la aplicación temporal de la ley penal, en concreto, desde qué momento comenzarán a regir las reglas contempladas en la presente iniciativa.

En esa línea, indicó que si bien entiende que, en estricto rigor, no sería del todo necesaria la explicitación de un precepto que establezca que las disposiciones del proyecto comenzarían a regir respecto de hechos perpetrados con posterioridad a la publicación del mismo, cree conveniente dilucidar de buena forma el punto, a fin de evitar posteriormente complejidades interpretativas.

Lo anterior, agregó, en tanto todavía no resolverse del todo la naturaleza procesal o sustantiva de la prescripción, no siendo una regla como la propuesta una toma de posición en ninguno de ambos sentidos.

El Honorable Senador señor Letelier, concordó con lo señalado por quien le antecedió en el uso de la palabra, señalando que ello otorga mayor certeza jurídica a los diversos agentes que se vean en la situación de interpretar la normativa.

En virtud de las definiciones adoptadas anteriormente, los Honorables Senadores señores Walker, don Patricio (Presidente), Letelier, Ossandón y Quintana, presentaron la siguiente indicación.

Indicación N° 1

1.- De los Honorables Senadores señores Walker, don Patricio, Letelier, Ossandón y Quintana, para sustituir el artículo único del proyecto por los siguientes:

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

1) Incorpórase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

“Art. 94 bis. 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. 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.

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.”.

2) Derógase su artículo 369 quáter.”.

“Artículo transitorio.- 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 votación esta indicación, la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Walker, don Patricio (Presidente), Letelier, Ossandón y Quintana, la aprobó sin modificaciones.

MODIFICACIONES

En mérito de las consideraciones anteriormente expuestas, vuestra Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, tiene el honor de proponeros las siguientes modificaciones al proyecto de ley en referencia:

Artículo Único

- Reemplazarlo por los siguientes:

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

1) Incorpórase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

“Art. 94 bis. 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. 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.

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.”.

2) Derógase su artículo 369 quáter.”.

“Artículo transitorio.- 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.”.

(Indicación N° 1, aprobada 4x0).

Como consecuencia de las modificaciones anteriores, el proyecto de ley que os propone aprobar vuestra Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, queda como sigue:

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, 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. 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.

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.”.

2) Derógase su artículo 369 quáter.”.

“**Artículo transitorio.-** 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.”.

Acordado en sesiones celebradas los días **14 de marzo de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Patricio Walker Prieto (Presidente), Juan Pablo Letelier Morel, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal; **21 de marzo de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señor Patricio Walker Prieto (Presidente), señora Jacqueline Van Rysselberghe Herrera y señores Juan Pablo Letelier Morel, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal; **4 de abril de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Patricio Walker Prieto (Presidente), Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal; **11 de abril de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Patricio Walker Prieto (Presidente), Juan Pablo Letelier Morel, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal y **2 de mayo de 2017**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Patricio Walker Prieto (Presidente), Juan Pablo Letelier Morel, Manuel José Ossandón Irrázabal y Jaime Quintana Leal.

Sala de la Comisión, a 5 de mayo de 2017.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogado Secretario de la Comisión

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE DECLARA IMPRESCRIPTIBLES LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES.

BOLETÍN N° 6.956-07

- I. **OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:** establecer, en un artículo 94 bis, nuevo, incorporado al Código Penal, la imprescriptibilidad, para la víctima, el autor y el Ministerio Pública, de la acción penal derivada de la comisión de los delitos de violación propia (**artículo 361 del Código Penal**); de violación impropia (**artículo 362 del Código Penal**); de estupro (**artículo 363 del Código Penal**); de abuso

sexual agravado (**artículo 365 bis del Código Penal**); de abusos sexuales propios (**artículo 36 del Código Penal**); de abusos sexuales impropios (**artículo 366 bis del Código Penal**); de exposición del menor a actos de significancia sexual (**artículo 366 quáter del Código Penal**); de producción de material pornográfico con participación de menores (**artículo 366 quinquies del Código Penal**); de favorecimiento de la prostitución de menores (**artículo 367 del Código Penal**); de favorecimiento impropio de la prostitución de menores (**artículo 367 ter del Código Penal**); de sustracción de menores con violación (**inciso final del artículo 142 del Código Penal**) y de robo con violación (**numeral 1° del artículo 433 del Código Penal**). Lo anterior, siempre que al momento de la perpetración del hecho la víctima sea menor de dieciocho años de edad.

Asimismo, se dispone la suspensión del plazo de prescripción, para los intervinientes antes indicados, de la acción penal derivada de la comisión de los delitos de comercialización (**inciso primero, artículo 374 bis del Código Penal**) y almacenamiento de material pornográfico infantil (**inciso segundo, artículo 374 bis del Código Penal**), hasta que la víctima cumpla la mayoría de edad, derogándose, a su vez, el actual artículo 369 quáter del citado cuerpo legal.

Por último, se contempla un artículo transitorio que explicita que la regla de imprescriptibilidad antes referida sólo regirá respecto de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente iniciativa.

- II. **ACUERDOS:** aprobado en general (**5x0**) y en particular (**indicación N° 1, 4x0**).
- III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:** el proyecto de ley está estructurado sobre la base de un artículo único, permanente, el cual contiene dos numerales, y un artículo transitorio.
- IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** no presenta.
- V. **URGENCIA:** no presenta.
- VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** Moción de los Honorables Senadores señores Quintana, Rossi y Walker, don Patricio, y de la ex Senadora señora Rincón.
- VII. **TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** primer trámite.
- VIII. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** Ingresó al Senado el 27 de mayo de 2010, dándose cuenta en la sesión 23^a ordinaria, de fecha 2 de

junio de 2010, pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Posteriormente, en la sesión 88ª ordinaria, de fecha 8 de marzo de 2017, la Sala del Senado acordó que el proyecto sea informado por la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con niños, niñas y adolescentes, para que luego sea remitido, nuevamente, a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

IX. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** primer informe.

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

Código Penal. Artículos 94, 142, 433 numeral 1°, 374 bis, 369 quáter y párrafos 5 (“De la violación”) y 6 (“Del estupro y otros delitos sexuales”), presentes en el Título VII (“Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”) del Libro II (“Crímenes y simples delitos y sus penas)

Sala de la Comisión, a 5 de mayo de 2017.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogado Secretario