

MINUTA DE PRESENTACIÓN ANTE LAS COMISIONES UNIDAS DE CONSTITUCIÓN  
Y DE INFANCIA, SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE DECLARA  
IMPREScriptIBLES LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES  
(BOLETÍN 6956-07)

Fernando Atria\*

ÍNDICE GENERAL

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN PENAL, 3

§ 1.La racionalidad de la prescripción, 3

§ 2.La prescripción es una cuestión de decisión  
legislativa, 4

§ 3.La vigencia in actum de la  
imprescriptibilidad, 5

§ 4.Sin embargo, es probable que una aplicación  
in actum sea considerada inconstitucional, 7

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN CIVIL, 9

§ 5.La indicación que busca hacer  
imprescriptible también la acción civil, 9

§ 6.Responsabilidad civil y penal, 10

§ 7.La imprescriptibilidad hace a una acción  
civil eterna. Soluciones alternativas, 11

§ 8.Sobre la constitucionalidad de la vigencia  
in actum de una regla que haga  
imprescriptible o modifique el cálculo de la  
prescripción civil, 13

§ 9.Mi opinión jurídica y mi predicción, 14

Profesor de derecho, Universidad de Chile. Presidente de la  
Fundación La casa Común. Este texto fue la base de la presentación  
hecha ante las comisiones unidas de constitución, legislación,  
justicia y reglamento y especial encargada de tramitar proyectos  
de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, el,  
realizada el 8 de octubre de 2018.



Se me ha pedido emitir opinión sobre el proyecto en referencia, con especial atención a las dimensiones constitucionales de la aplicación in actum de las disposiciones que declaran la imprescriptibilidad tanto de la acción penal relativa a ciertos delitos como de la acción civil indemnizatoria tratándose de los mismos hechos.

Aunque aparentemente la prescripción es la misma institución en materia civil y pena, porque en ambos casos es un modo de extinguir la responsabilidad que tiene como presupuesto el transcurso del tiempo sin que dicha responsabilidad sea exigida, se trata de dos cuestiones distintas, que tienen fundamentos distintos. Por eso serán consideradas por separado.

#### SOBRE LA PRESCRIPCIÓN PENAL

##### La racionalidad de la prescripción

Hay diversas explicaciones que suelen ofrecerse para la prescripción. Así, por ejemplo, en la moción que dio inicio a este proyecto de ley se explica que la prescripción se basa en la necesidad de vivir en un estado de paz, y subyace detrás de ella, la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos, es porque han renunciado a ellos.

También se alegan en su favor consideraciones pragmáticas, como que el transcurso del tiempo hace más difícil la prueba de un hecho punible, etc. A mi juicio, estas consideraciones son de segundo orden. Por cierto que no se justifica en absoluto asumir que por el solo hecho de no ejercer una acción el titular de ella la ha renunciado. Esto es especialmente obvio en materia penal, en que la persecución penal está a cargo del Ministerio Público. La dificultad de prueba tampoco es suficiente para justificar la prescripción, al menos no en abstracto. Es parte de las potestades del Ministerio Público determinar cuándo tiene suficiente prueba para proceder en contra de algún imputado, y ese es un juicio que corresponde hacer en concreto, a la luz de los antecedentes del

caso, y no en abstracto, como lo dispone una regla legal de prescripción de la acción penal.

En su opinión de minoría, los ministros de la Corte Suprema, invocando la autoridad de Franz von Liszt, apuntaron a una mejor explicación. Conforme a von Liszt, la prescripción impide la una "perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas". La idea aquí es que la vida transcurre en el tiempo, y que el paso del tiempo, aun cuando es teóricamente irrelevante, es para nuestras vidas algo decisivo. A medida que el tiempo pasa nuestras vidas se van realizando en un sentido o en otro, y llega un momento en que el sujeto que es perseguido puede ser suficientemente distinto de su "yo" pasado. Por cierto, el derecho en general asume identidad personal a lo largo del tiempo, y por eso la prescripción no es un derecho del individuo, sino una demostración de humanidad del legislador. Al crearla, el legislador declara que transcurrido cierto tiempo el sujeto penado es suficientemente distinto del sujeto que realizó la acción, y por eso poner un límite temporal a la posibilidad de la persecución penal.

Adicionalmente, la prescripción responde a un interés estatal: el de extinguir la acción penal cuando ya es poco probable que ella se ejerza exitosamente, como una manera de evitar una acumulación de pretensiones punitivas insatisfechas que devaluaría la seriedad que se le reconoce a las pretensiones vigentes.

#### La prescripción es una cuestión de decisión legislativa

Las consideraciones anteriores son importantes porque muestran que la prescripción penal es una cuestión de índole exclusivamente legislativa. Corresponde al legislador, y solo al legislador, determinar si ella existirá, y en caso afirmativo el modo en que esta se computa y el lapso que toma. A mi juicio, es de toda evidencia que el legislador puede modificar los plazos de prescripción, eliminarla o declarar imprescriptibles ciertos delitos. Al hacerlo, por cierto, debe respetar otros derechos y

reglas constitucionales, pero nada hay en principio en la prescripción misma que tenga estatuto constitucional.

#### La vigencia in actum de la imprescriptibilidad

Las consideraciones anteriores sobre el sentido y la racionalidad de la prescripción sirven para dilucidar una cuestión que en la tramitación de este proyecto ha sido especialmente discutida: la de la vigencia in actum de la imprescriptibilidad que el mismo dispone para ciertos delitos (retroactividad). Esto ha variado durante la tramitación de esta moción. Su texto original no se refería en absoluto a la cuestión, y lo dejaba entonces entregado a la interpretación de los órganos aplicadores del derecho. El proyecto en el estado en que quedó después de su aprobación por la comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes disponía explícitamente que no regiría in actum, incorporando al efecto una disposición transitoria conforme a la cual "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". El proyecto aprobado por la comisión de constitución del Senado reemplazó esa regla transitoria por otra que mantiene la vigencia del artículo 369 quáter, que suspende la prescripción en caso de ser la víctima menor de edad y mientras lo es. Ahora están en discusión dos indicaciones cuya finalidad es disponer la vigencia in actum de la imprescriptibilidad.

La primera es de la senadora Rincón, que propone agregar un artículo 2° al proyecto ("La acción penal para perseguir los delitos a que se refiere esta ley son imprescriptibles [sic], cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido") y derogar la disposición transitoria, y de la senadora Goic, que propone distinguir los casos en que ha habido declaración judicial del resto de los casos y disponer que, tratándose de éstos, la prescripción de la acción penal tratándose de hechos perpetrados antes de la entrada en vigencia de la ley se sujetará a las

disposiciones de la nueva ley. Es decir, que esta regiría in actum.

En breve, parece observarse durante la tramitación una evolución hacia la vigencia in actum de la nueva ley, lo que suscita la pregunta por la constitucionalidad de dicha vigencia, y en particular por si ella infringiría el principio de irretroactividad de la ley penal.

A mi juicio, la cuestión queda zanjada al considerar el texto del artículo 19 N° 3 inciso 8°:

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

Es claro que la regla que modifica la prescripción de la acción penal de un delito no modifica la pena ni crea una nueva, por lo que no sería contrario a la constitución.

La cuestión es clara tanto en la expresión del inciso 8° citado como en cuanto al sentido de la prescripción: por cierto, un individuo que ha cometido un delito que no ha sido perseguido y respecto del cual el plazo de prescripción ya se ha completado es perjudicado por una ley que declarara imprescriptible a ese mismo delito. Es decir, un interés de ese individuo es afectado. La pregunta relevante es si ese interés, el de escapar de la persecución penal, es un interés legítimo cuyo respeto deba obligar al legislador. Y la respuesta es claramente negativa. Por consiguiente, no habiendo un interés individual legítimo, no hay inconstitucionalidad en un regla que lo afecta.

Como ya está dicho más arriba, esto no quiere decir que en este caso al legislador no le sean aplicables otros límites constitucionales, en particular el contenido en el artículo 76, que le prohíbe "hacer revivir procesos fenecidos".

Esto quiere decir que la distinción contenida en la indicación de la senadora Goic es correcta: tratándose de todos los casos de hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la ley que no hayan sido ya juzgados, es conforme a la constitución, si el legislador así lo dispone, que la ley rija in actum, es decir, que

afecte los plazos de prescripción que se encuentran corriendo, e incluso los que ya se han cumplido. Los casos en que la prescripción ya ha sido judicialmente declarados están "fenecidos" y no puede el legislador hacerlos revivir.

Sin embargo, es probable que una aplicación in actum sea considerada inconstitucional

Ahora bien, aunque la anterior es a mi juicio la interpretación correcta de las disposiciones constitucionales envueltas, mi predicción de cómo se entenderán es distinta. En un contexto que tiene una tendencia marcada a constitucionalizar las cuestiones de justicia u oportunidad y que no ve problema alguno en restringir todo lo que sea posible la potestad legislativa, la conclusión que apelará al sentido común jurídico será que la vigencia in actum de la nueva ley será inconstitucional. Anticipo que el argumento será que, al afectar las posibilidades de aplicación de la penal, la prescripción es parte de la pena y está entonces cubierta por la garantía del inciso 8° del artículo 19 N° 3.

Si esta última tesis es correcta, de nada servirá que se incorporen al proyecto disposiciones transitorias que distingan unos casos de otros o que declaren regir in actum el proyecto con algunas limitaciones. Si la prescripción es parte de la pena, no se puede modificar la prescripción de la acción penal correspondiente a hechos ya acontecidos.

Es importante detenerse aquí para dar a las cuestiones su justa medida. Si es correcto decir que el principio de irretroactividad de la ley penal excluye la modificación de una prescripción que ya ha empezada a correr, entonces lo que el legislador (o al menos algunos de ellos) desean hacer es derechamente incorrecto. Hay pocas garantías más evidentes y fundamentales que la de irretroactividad de la ley penal. En esta óptica, si el legislador quiere modificar las reglas sobre prescripción de ciertos delitos puede razonablemente hacerlo, pero dicha modificación solo podrá regir para los hechos futuros. Es decir, hoy la constitución aparece habitualmente en la discusión

legislativa cuando ella es invocada por quienes se oponen a un proyecto de ley con la finalidad de impedir su aprobación mediante la amenaza de llevar el asunto al Tribunal Constitucional. Esto hace que la discusión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley adquiera habitualmente un carácter puramente estratégico, el de una movida en un juego de negociación. Dadas las características del texto constitucional vigente, esto no es extraño, y no será yo el que salga en su defensa. Pero es evidente que garantías como la de la irretroactividad de la ley penal deben reclamar de los parlamentarios, y de hecho de todas las personas civilizadas, una adhesión que va más allá de lo estratégico. Por consiguiente, quienes crean que la prescripción es parte de la pena, a mi juicio no pueden aprobar una disposición que modifica retroactivamente lo que ellos consideran una pena penal.

No es mi caso, sin embargo. or las razones que ya he explicado no creo que sea correcto decir que la prescripción es parte de la pena por lo que creo que es en principio una cuestión de decisión legislativa si hacer regir a la nueva ley in actum o no. Como anticipo que habrá interpretaciones constitucionales que, equivocadamente, asumirán demasiado rápidamente que la prescripción es parte de la pena, la pregunta es cómo impedir que esas interpretaciones equivocadas limiten la potestad legislativa cuando ésta no está constitucionalmente limitada. Para eso podría, desde luego procederse a una reforma constitucional.

La reforma constitucional, sin embargo, tendría dos características: primero requeriría el quórum más alto para su aprobación, el de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio, porque modificaría el artículo 19 N° 3 inciso 8° que está en el capítulo III y conforme a lo dispuesto en el artículo 127 inciso 2°, la modificación del capítulo III exige dicho quórum.

Adicionalmente, la reforma concedería que el texto actual proscriba la vigencia in actum de la nueva ley que solo sería constitucional con el nuevo texto. Como está dicho, si se acepta que la aplicación in actum de la imprescriptibilidad infringe el principio de irretroactividad de la ley penal, eso en principio no

parece una razón para modificar el artículo sino para no hacer las nuevas reglas aplicables in actum.

La solución es una ley interpretativa de la constitución, que interpretando el artículo 19 N° 3 inciso 8° declare que no se refiere a la prescripción, dado que la prescripción no es parte de la pena. Una ley interpretativa manifestaría el juicio del legislador de que no se entiende a sí mismo decidiendo en contra del principio de irretroactividad de la ley penal, pero reconociendo como cuestión de hecho que es probable que haya otras interpretaciones conforme a las cuales la constitucionalidad de la decisión legislativa podría ser objetada. Una ley interpretativa de la constitución requiere, en todos los casos, el voto conforme de 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio (art. 66).

#### SOBRE LA PRESCRIPCIÓN CIVIL

##### La indicación que busca hacer imprescriptible también la acción civil

El proyecto originalmente no hacía referencia alguna a la imprescriptibilidad de la acción civil indemnizatoria. Ahora, se ha presentado una indicación al respecto, de la senadora Goic, que pretende agregar al artículo único del proyecto de ley dos incisos, del siguiente tenor:

La acción civil indemnizatoria por los daños que pudieran derivarse como consecuencia de los hechos punibles descritos en el inciso anterior, tanto respecto del imputado como del tercero civilmente responsable, será también imprescriptible.

La regla descrita en el inciso segundo de este artículo será de aplicación retroactiva.

Como en el caso de la prescripción penal, abundan explicaciones de la prescripción civil que aluden a su supuesto carácter de "sanción" para quien no ejerce su derecho dentro de un cierto lapso u otras similares. Pero en realidad, el sentido de la prescripción civil es simplemente estabilizar las relaciones patrimoniales entre los individuos de modo que las obligaciones, que son situaciones jurídicas inestables por definición (en tanto

nacen para cumplirse, es decir, para extinguirse), no se extiendan indefinidamente en el tiempo.

Por lo mismo, es indudable que la susceptibilidad de una obligación de extinguirse por prescripción, y el plazo de la misma, es una cuestión que queda entregada totalmente al juicio legislativo. Sin embargo, algunas observaciones son aquí pertinentes.

### Responsabilidad civil y penal

En primer lugar, es importante tener presente que, en principio, la acción indemnizatoria y la acción penal son acciones separadas e independientes. Como cada una tiene requisitos y condiciones distintas, es posible que una pueda prosperar donde la otra no lo hace. Así, la acción civil exige daño, lo que no es condición de la acción penal, que solo requiere realización de la conducta típica. Esto permite en principio que incluso si la acción penal ha sido ejercida exitosamente la acción civil no sea procedente. Por otro lado, la acción civil se somete a un estándar probatorio más bajo que la acción penal, por lo que es en principio posible que los mismos antecedentes sirvan para acreditar la responsabilidad civil pero no la penal.

Al declarar la acción civil imprescriptible, la ley estará permitiendo que se inicien juicios civiles indemnizatorios aun cuando no se inicien juicios penales décadas después de la comisión de los hechos. Es importante aclarar si la regla propuesta permite el ejercicio de la acción civil como consecuencia de la condena penal o lo permite con independencia de esa condena. La regla general, que es de autonomía entre ambas acciones (aunque la ley permite que, si su titular así lo desea, ellas sean ejercidas conjuntamente), sería aplicable si la indicación propuesta se aprobara en su estado actual. Esto es una cuestión que deber quedar clara. El profesor Corral entiende que la indicación en cuestión se incorpora al Código Penal, y por eso sería aplicable "sólo a la acción de responsabilidad civil que se ejerza en el proceso penal por alguno de los delitos mencionados

expresamente". Sin embargo, es el N° 1 del proyecto de ley, contenido en el inciso 1° del mismo, el que se incorpora al Código Penal, por lo que la indicación al parecer no se incorpora a ese Código y entonces afectaría al régimen de la acción civil indemnizatoria ejercida en el proceso penal o mediante una acción civil ordinaria.

La imprescriptibilidad hace a una acción civil eterna.  
Soluciones alternativas

En segundo lugar, es importante tener presente que la imprescriptibilidad de una acción civil indemnizatoria plantea problemas diversos a la imprescriptibilidad de una acción penal. La responsabilidad penal se extingue "por la muerte del responsable" (art. 93 N°1 CP), por lo que la imprescriptibilidad de la acción penal no implica que dicha acción subsistirá indefinidamente. Pero la responsabilidad civil no se extingue por la muerte del responsable, sino que pasa a sus herederos, tal como la acción indemnizatoria pasa a los herederos de quienes han sufrido el daño. La idea de una acción indemnizatoria que por ser imprescriptible puede resultar eterna no parece razonable. De modo que lo que se busca lograr con la imprescriptibilidad de la acción penal no se logra, en materia civil, del mismo modo.

Por cierto, una solución a este problema es la que el profesor Corral creía leer en la indicación propuesta: que la responsabilidad civil quede sujeta a la declaración previa de responsabilidad penal. Pero no se ve qué razón podría haber para que estos hechos solo hicieran a su autor civilmente responsable previa condena penal. Si fuera así las condiciones de la responsabilidad civil por daños causados por abusos sexuales contra menores serían muchísimo más exigentes que las que se requieren para obtener indemnización por prácticamente cualquier otro ilícito civil, y eso parecería ir precisamente en la dirección opuesta que anima a esta moción.

Otra solución puede construirse por analogía con otros casos en los que el daño causado por un ilícito civil se hace manifiesto

solo mucho tiempo después de la realización del hecho respectivo. Esa es la situación de la acción de indemnización de daño ambiental. Originalmente, a esa acción se le aplicaba la regla del artículo 2332, conforme al cual la acción prescribe a los cuatro años de la realización del hecho que causa el daño. El problema es que es perfectamente posible que el daño ambiental no sea perceptible sino en un plazo superior a ese. Y el daño es parte de lo que debe ser probado para la procedencia de la acción. La situación en que las partes podían encontrarse, entonces, era que la acción prescribiera antes de poder ser ejercida. En un principio, la jurisprudencia buscó eludir esta consecuencia absurda por una vía que después recibió sanción legislativa y que actualmente se encuentra en el artículo 63 de la ley 19300, de bases del medio ambiente, conforme al cual

La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño.

Como puede observarse, la situación guarda cierta analogía con la de los abusos sexuales contra menores. Aunque por razones completamente distintas, entre el hecho que causa el daño y el momento en que el daño es reconocido por su víctima como tal puede transcurrir un período considerable. Esa es, de hecho, la razón precisa que ha llevado a la propuesta contenida en el proyecto de ley sobre imprescriptibilidad de la acción penal: la víctima no se sabe o no se reconoce como víctima, sino tiende a negar los hechos o incluso a culparse a sí misma. Su inacción, por lo tanto, no puede ser considerada falta de interés en la persecución, sino parte del daño ilícitamente causado. Y es evidente que no puede el autor del daño beneficiarse del hecho de que el daño fue tan considerable que ha impedido a la víctima reconocerse como tal o reconocer como daño ilícitamente causado el daño que ha sufrido. Quizás para la responsabilidad civil la solución, más que la imprescriptibilidad que haría a esas acciones eternas, es que la prescripción se cuente desde el momento en que la víctima ha sido capaz de asumir públicamente su condición de tal.

Sobre la constitucionalidad de la vigencia in actum de una regla que haga imprescriptible o modifique el cálculo de la prescripción civil

No hay una proscripción constitucional de la retroactividad de la ley, sino prohibiciones específicas como la que hemos mencionado en la primera parte de esta presentación, la irretroactividad de la ley penal. La responsabilidad civil no está dentro de ninguna de las prohibiciones explícitas o implícitas, por lo que decidir si la nueva legislación se aplica o no in actum es también una cuestión a ser decidida por el legislador.

Como antes, es probable que la cuestión suscite alguna discusión, sin embargo, y por eso se justifica separar tres casos:

1. Casos en los que el plazo está corriendo pero todavía no se ha cumplido. No hay objeción alguna de inconstitucionalidad, porque lo que el autor del daño tiene en este caso es solo una expectativa de prescribir que todavía no se ha realizado;

2. Casos en los que el plazo se ha cumplido pero no ha sido judicialmente declarado. El profesor Corral sostiene que en este caso la aplicación in actum de la ley sería inconstitucional porque infringiría el derecho de propiedad. En efecto, como él ha dicho a esta comisión:

En verdad, lo que estaría haciendo una norma legal como ésta es revivir una deuda u obligación de indemnizar que ya se había extinguido por la prescripción vigente en ese momento. De esta manera el derecho del responsable de alegar la prescripción ya se había incorporado a su patrimonio, y sobre este derecho, en cuanto cosa incorporal, existe propiedad. Si una ley retroactiva lo desconoce, le estará privando de su propiedad sin expropiación y por lo mismo estará violando la garantía constitucional.

A mi juicio, esta conclusión no es correcta. Por cierto, la prescripción que lleva al dominio es la prescripción adquisitiva, y aquí se trata de la prescripción extintiva. La prescripción extintiva extingue un derecho, no crea un derecho. Por consiguiente no tiene mucho sentido decir que el que se ha beneficiado por la prescripción extintiva ha adquirido un derecho sobre el cual tiene una propiedad constitucionalmente protegida. Es claro que tiene un interés que es perjudicado por la nueva ley,

pero la protección constitucional no se extiende a cualquier interés de los individuos, sino solo a los que asuman la forma de derecho de propiedad. Afirmar que hay 'propiedad sobre cualquier interés económicamente relevante es lo mismo que fosilizar el derecho completo. En efecto, todo cambio regulatorio puede afectar intereses de individuos que entonces podrán alegar que sobre esos intereses, en su condición de "cosa incorporal", tenían propiedad.

3. Casos en los que al momento de entrar en vigencia la ley la acción civil ya ha sido ejercida, y se ha rechazado por haberse cumplido el plazo de prescripción. En este caso podría alegarse, como hemos visto en la primera parte, que la aplicación in actum de la nueva legislación estaría reviviendo procesos fenecidos, lo que está prohibido al legislador. El argumento tiene plausibilidad, aunque incluso en este caso yo sostendría que es decisión legislativa si modificar el plazo. La nueva ley constituiría una causa distinta de pedir, porque ya no se trataría de una acción prescrita sino de una acción vigente.

#### Mi opinión jurídica y mi predicción

Como antes, entonces, creo que la cuestión del modo en que la nueva ley regirá para los efectos de la prescripción de la acción civil es algo que corresponde decidir al legislador. Por las razones explicadas más arriba, en mi opinión no todas las decisiones del legislador son igualmente razonables. Yo abogaría por una regla que no haga imprescriptible la acción civil, sino que cuente la prescripción desde el momento en que la víctima ha sido capaz de reconocer públicamente el daño y la ilicitud del ataque sufrido. Pero que unas opciones me parezcan más razonables que otras no implica que solo las que me parecen razonables son conforme a la constitución.

Sin embargo, en nuestra cultura jurídica, como ya ha sido observado a propósito de la imprescriptibilidad de la acción penal, hay una tendencia a unir estos dos criterios, de modo que es común que lo que a una persona parece no razonable coincida con lo que esa persona considera inconstitucional. Y esto alcanza

también al Tribunal Constitucional. Por consiguiente, las razones dadas más arriba acerca de la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la nueva ley no deben verse como una predicción de cómo la ley será considerada por el Tribunal Constitucional, si llega a ser revisada por él. Si de predecir se tratara, yo anticiparía que el caso 3 anterior será considerado inconstitucional, que el caso 2 es probable que lo sea, y que el caso 1 no debería serlo.