**Proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Análisis constitucionalidad de las indicaciones que plantean la retroactividad de la norma en materia penal.**

Boletín 6956-07.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Sebastián Soto Velasco

Profesor Derecho Constitucional

P. Universidad Católica de Chile.

**1. La controversia.**

* Se discute la constitucionalidad de algunas indicaciones al proyecto de ley que declara la imprescriptibilidad de la acción penal en ciertos delitos cuando la víctima fuere menor de edad. Ellas dicen relación con el efecto retroactivo de la norma que declara la imprescriptibilidad.
  + Senadora Rincón. “*La acción penal para perseguir los delitos a que se refiere esta ley son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido*”.
  + Senadora Goic. Nuevo inciso que dice: “*La regla descrita en el inciso segundo (la imprescriptibilidad) será de aplicación retroactiva*”.
  + Senadora Goic. Transitorio. “*La acción penal derivada de los delitos señalados en el artículo único, cuyo plazo de prescripción se encontrare suspendido conforme al actual art. 369 quater, corriendo a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, o cumplido pero no declarado judicialmente a dicha fecha, será considerada imprescriptible conforme al artículo precedente*.”
* La pregunta es si hay algún riesgo constitucional en aprobar estas normas.

**2. Razones para desaconsejar la aprobación de tales indicaciones y, por lo mismo, darle efecto retroactivo a la imprescriptibilidad.**

Si se aprueban las indicaciones hay una alta probabilidad que la norma sea declarada inconstitucional, sea en sede de control preventivo o, más posiblemente, en sede de control represivo por medio de la inaplicabilidad. ¿Por qué?

**2.1. Porque el constitucionalismo siempre ha mirado con sospecha las leyes retroactivas.**

* Regla teodosiana contenida en el Código Justiniano.
* Hobbes. Leviatán.
  + “*Ninguna ley promulgada después de realizado un acto, puede hacer de éste un delito, (…) de una ley positiva no puede tenerse noticia antes de que se promulgue, y, por tanto, no puede ser obligatoria*” (P. 241)
* El Federalista.
  + Madison en el Federalista 44. “*Los decretos que imponen penas e incapacidades sin juicio previo, las leyes ex post facto y las leyes que menoscaben las obligaciones derivadas de contratos, son contrarios a los principios fundamentales del pacto social y a todas las reglas de buena legislación. Los dos primeros están expresamente prohibidos por las declaraciones que preceden a vanas constituciones de los Estados y todos se hallan prohibidos por el espíritu y el designio de estas cartas fundamentales. Aun así, nuestra propia experiencia nos ha enseñado que no se deberían omitir ningunas defensas adicionales en contra de estos peligros. La convención ha procedido, por tanto, con toda justificación al agregar este baluarte constitucional a favor de la seguridad personal y de los derechos privados; y mucho me engaño si, al hacerlo, no ha consultado los sinceros sentimientos de sus electores tan cuidadosamente como sus intereses evidentes*”.
  + Por eso la Constitución de EEUU prohíbe las leyes retroactivas.
* Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789.
  + “*La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente*”.
* Lon Fuller
  + “*A retroactive law is truly a monstrosity. Law has to do with the governance of human conduct by rules. To speak of governing or directing conduct today by rules that will be enacted tomorrow is to talk in blank prose*.” Citado por Martin Ktygier. The Rule of Law: an abuser’s guide.
* Constituciones chilenas.
  + 1823. Artículo 122.- *Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho*.
  + 1828. Artículo 15.- *Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Ésta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo*.
  + 1833. Artículo 133. *Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio*.
  + 1925. Artículo 11.- *Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio*.
  + 1980. 19 N° 3. *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*.
  + NOTA. Vale la pena destacar que, siguiendo una interpretación literal, la prohibición de la retroactividad en la Constitución vigente es más acotada que en las constituciones anteriores. En la vigente se refiere a la pena; en las anteriores, se refiere a la condena. En cualquier caso, la Constitución no se suele interpretar literalmente sino que siguiendo estándares interpretativos que miran principalmente a la finalidad de la norma.

**2.2. Porque el art. 19 N° 3 de la Constitución razonablemente puede ser interpretado como una prohibición en este caso.**

* 1980. 19 N° 3. “*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*”.
* Una interpretación literal llevaría a despachar rápidamente la aplicación de este inciso al caso concreto.
  + La prescripción no es parte del tipo delictual.
  + La pena que se atribuye al delito nada tiene que ver con la prescripción.
* Pero sabemos que la Constitución no se interpreta literalmente.
  + Esta es una disposición más bien plástica y flexible que se suele interpretar de modo expansivo.
  + Esto último se aprecia, por ejemplo, en que ya es doctrina y jurisprudencia unánime que esta norma también aplica al derecho administrativo sancionador, aun cuando con matices. Y de la lectura literal de la norma no se desprende tan fácilmente que aplique también al derecho administrativo sancionador.
  + Tribunal Constitucional.
    - *“En nuestra tradición jurídica, la legalidad de la pena y el principio pro reo se entienden referidos al derecho penal. Aluden al delito criminal y a la pena que es su consecuencia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha atribuido a la mencionada garantía una amplia connotación, en diversas épocas y en litigios de la mayor trascendencia, haciéndola comprensiva de ilícitos constitucionales y de sanciones administrativas”*. (STC 46 c. 18) (En el mismo sentido, STC 244 cc. 9 y 10, STC 479 cc. 6 a 8, STC 480 cc. 6 a 8, STC 1423 cc. 5 y 6, STC 1499 cc. 5 y 6).
  + Corte Interamericana de DDHH.

**Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.**

Los hechos del presente caso se refieren al despido de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo en base a la ley No. 25 de fecha 14 de diciembre de 1990, luego de que el Gobierno acusara a estas personas de haber participado en manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar.

II. Violación del artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad

106. (…) [C]onviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

107. (…) [E]n un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.

108. En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley 25 sólo contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional.

109. Por lo que hace al principio de irretroactividad desfavorable, en el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año. Las cartas de despido entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos. A los trabajadores despedidos se les informaba que su destitución se debía a la participación en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democracia y el orden constitucional y señalaban a la participación en el paro nacional como la conducta atentatoria de la democracia y el orden constitucional. (…)

113. Las cartas de destitución entregadas con anterioridad a la emisión de la Ley 25 no mencionan dicha ley, lo que sí se hizo en la mayoría de las cartas entregadas posteriormente a la entrada en vigencia de la norma mencionada. Sin embargo, a todos los trabajadores, indistintamente de la fecha de despido, se les aplicó el proceso estipulado en la Ley 25 y no el establecido en la normativa vigente al momento de los hechos, pese a que esta normativa beneficiaba más a los trabajadores estatales. (…)

115. De lo expuesto se deduce claramente, a criterio del Tribunal, que los actos del Estado que derivaron en la destitución de los trabajadores supuestas víctimas del presente caso se hicieron en contravención del principio de legalidad por el que se debe regir la actuación de la administración pública. Por todo ello, la Corte concluye que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores (…)

FUENTE. <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=222&lang=e>

* Entonces, si es común encontrar interpretaciones no literales que amplían el alcance de la prohibición de la retroactividad a ámbitos como el “administrativo sancionador”, tenemos que preguntarnos si hay razones para extenderlo también a las reglas de prescripción de un delito y no solo a la determinación de la pena. Yo creo que sí.

**2.3. Porque las reglas de prescripción de un delito están íntimamente ligadas o asociadas a la pena / integran aspectos de naturaleza penal a los que es razonable aplicarle la regla del 19 N° 3.**

* Los penalistas y procesalistas discuten intensamente sobre la naturaleza de las reglas de prescripción de los delitos.
* 1) **Carlos Cabezas** (Universidad de Antofagasta).
  + Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal. Revista Política Criminal. vol.8 no.16 Santiago. 2013.
  + “*En la otra vereda tenemos la prescripción de la responsabilidad penal o de los delitos. Su fundamento y naturaleza han sido extensamente discutidos en doctrina. Desde el punto de vista de su naturaleza, la doctrina y jurisprudencia prácticamente uniforme en nuestro ordenamiento declara que tiene naturaleza de derecho penal sustancial o material lo que genera una serie de consecuencias, entre las más importantes, la irretroactividad de las modificaciones que la afecten y que sean perjudiciales para el reo*” (…)
    - Cita para sustentar esta tesis:
      * Derechamente por una naturaleza sustantiva GUZMÁN DALBORA, José Luis, "De la extinción de la responsabilidad penal" en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Dirs.): Texto y comentario del Código penal chileno. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487, p. 462. Sin tomar una posición clara sobre el particular pero, aparentemente, inclinándose a favor de una naturaleza sustancial, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general. Tomo 1, Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 513. GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal parte general. Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 373; YUSEFF, La prescripción, cit. nota n° 12, pp. 59 y ss.; PEÑA y SANTIBÁÑEZ, "La prescripción de delitos sexuales", cit. n° 2, p. 4.
    - Agrega que “*Por lo demás, se trata de la tendencia en la doctrina de los países del civil law, con la notable excepción de Alemania, donde la doctrina hoy admite pacíficamente que la prescripción tiene naturaleza procesal*”.
* 2) Lo mismo dice el profesor **Guillermo Oliver**, aunque ya no sobre la base de la naturaleza de la prescripción (penal o procesal) sino que desde la finalidad de la misma.
  + La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007)
  + “*Mi opinión es distinta. Creo que para solucionar el señalado problema lo importante no es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción, sino analizar si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. Si resulta atacado, entonces debe concluirse que tal aplicación está prohibida. En caso contrario, la prohibición no le afecta. Pienso que esta forma de razonar conduce a extender el ámbito de aplicación de la prohibición de leyes perjudiciales ex post facto a las modificaciones en materia de prescripción. A mi juicio, el basamento de la irretroactividad penal se encuentra en la idea de seguridad jurídica, entendida, en términos negativos, como no exclusión de la posibilidad de los ciudadanos de conocer el ordenamiento jurídico y calcular la calificación jurídico-penal de sus conductas, para evaluar si serán o no castigados y, en caso efectivo, cómo lo serán. Las leyes penales desfavorables no pueden aplicarse retroactivamente, porque si se permitiese hacerlo, las dificultades para conocer el ordenamiento jurídico y anticipar los efectos penales de las actuaciones –que ya son muchas con leyes irretroactivas (por falta de claridad de las leyes, ausencia de prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje con que se redactan, falta de taxatividad en la descripción de los tipos penales, constantes cambios legales en breves espacios de tiempo, etc.)– se incrementarían hasta alcanzar un nivel inaceptable. De este modo, al establecer la irretroactividad de las leyes penales desfavorables no se busca que los ciudadanos conozcan el derecho –lo que se ha revelado más como un mito que como una realidad–, sino que no sea imposible que lo conozcan –tarea mucho más modesta–, de tal suerte que si efectivamente acceden al mensaje normativo, puedan calcular, con un grado razonable de previsibilidad, la valoración jurídico-penal que de sus actos futuros se haga. Pues bien, si este es el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables, forzoso es sostener que su radio de acción alcanza a las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción, como por ejemplo, las ampliaciones de los plazos de prescripción. Para que no sea imposible que las personas evalúen los riesgos penales de sus actuaciones y decidan si delinquen o no, es necesario que puedan saber durante cuánto tiempo el Estado puede perseguirlos criminalmente*”.
* 3) Con todo, hay que reconocer que, aunque la doctrina puede estar de acuerdo, la jurisprudencia está dividida según muestra **Enzo Osorio Salvo**.
  + Prescripción de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Cuestiones que plantea la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal. Revista Jurídica del Ministerio Público N° 65, diciembre 2015.
    - “*La doctrina parece reacia a la aplicación de la norma a hechos ocurridos antes de su incorporación al Código Penal, pese a lo cual existen pronunciamientos jurisprudenciales que admiten tal posibilidad, fundados en la vigencia de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño*”.
    - Esta es una sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (10.03.2014, Rol 28-2014) que considera que el interés superior del niño es un principio que prima sobre el principio in dubio pro imputado.
    - NOTA. La sentencia sostiene que el principio de interés superior del niño está por sobre el principio de irretroactividad de la ley penal. Eso, que es discutible, es posible tolerarlo en una sentencia que pondera principios. Pero es más difícil aceptarlo cuando quien hace la ponderación es el legislador quien, al siempre preferir el interés superior del niño por sobre la irretroactividad de la ley penal, no está ponderando sino que jerarquizando un principio por sobre otro. Y uno de ellos (la irretroactividad) está en la Constitución mientras que el otro se desprende de los Tratados Internacionales que, como es doctrina aceptada, no tienen rango constitucional.

**2.4. Porque la jurisprudencia del TC parecería abierta a una inaplicabilidad si una norma como la que se pretende es analizada en control de constitucionalidad.**

* **Por la relevancia que le concede al principio de irretroactividad.** 
  + “*Que, estando en juego, además, la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal y su denominada “excepción”, no es irrelevante recordar que dicho principio constituye una de las principales fuentes históricas de la formación del Derecho Público Constitucional. Es necesario, sin embargo, tener presente que tanto dicho principio como su excepción exhiben matices en el Derecho Comparado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho transitorio o intertemporal del Estado y que, tratándose de la excepción a la irretroactividad, ella encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad, respecto a la prohibición de retroactividad, como en el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, respecto del mandato de retroactividad, tratándose de leyes penales favorables*” (STC 2673-14).
* **Porque en una sentencia muy reciente lo sostuvo expresamente.**
  + Agosto 2018. Con un solo voto de minoría del ministro Romero.
    - STC 3844-17. 16 de agosto de 2018.
    - Cons. 8. “*Que, resulta propicio consignar también lo expuesto por el jurista español Díez-Picazo acerca de la irretroactividad de la ley penal, quien formula algunas observaciones de suyo procedentes de tenerlas en consideración. Expresa que “En primer lugar, habida cuenta de que su finalidad última es proteger la seguridad jurídica, parece claro que debe predicarse de todos los grados de retroactividad, incluida la de grado mínimo, es decir, los efectos futuros de hecho ya acaecidos. En segundo lugar, y por idénticas consideraciones de orden teleológico, la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena propiamente dichos, sino también para todos aquellos otros elementos de la legislación penal que puedan resultar determinantes de la responsabilidad criminal (reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.). En tercer lugar, la irretroactividad no se predica sólo de la Ley penal propiamente dicha, sino también de la aplicación que los tribunales hacen de ella. Así, se vulnera la prohibición de retroactividad de la ley penal cuando se aplica retroactivamente una ley penal que en sí misma no es retroactiva, o que admite una interpretación no retroactiva.”. (Diez-Picazo, Luis María “Sistema de Derechos Fundamentales”, Tercera Ed., año 2008, Thomson Civitas, p. 469)*;”
* **Porque en otra sentencia se refiere al principio de irretroactividad de la ley de un modo muy plástico**. Lo llama el “*principio de irretroactividad en materia de derechos fundamentales regulados por normas restrictivas y desfavorables*” o, lo que es lo mismo, el “*principio general de irretroactividad de los preceptos desfavorables o restrictivos de derechos*”. STC 2365-12.
* **Porque estamos en la era de la proporcionalidad**.
  + Y la proporcionalidad es muy flexible.

**2.5. Porque los precedentes legislativos van en una línea distinta**.

* Este cambio de precedentes sugiere o llama a un escrutinio más estricto.
* Entiendo que hay buenas razones para demostrar lo grave y deleznable de este tipo de delitos. Pero este sería un cambio de criterio sustancial que requiere argumentos de especial fuerza que muestren que es la única forma de garantizar la finalidad de la norma. Y si la finalidad de la norma es evitar el delito, disuadir, no hay cumplimiento de tal finalidad.

**3. Conclusión.**

Todo lo dicho permite concluir razonablemente que una regla que establezca la retroactividad en el ámbito penal en el proyecto de ley que establece la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores es inconstitucional.