Propuesta

Proyecto de Ley

Declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad

**I. ANTECEDENTES**

Regular la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes es una inquietud que ha sido objeto de preocupación de diversas iniciativas que han sido presentadas ante el Congreso Nacional, entre estas, los boletines N°s 10.033-07, 10.186-07, 10.236-07, 10.707-07 y 10.784-07, N° 8.134-07[[1]](#footnote-1).

Teniendo a la vista la existencia de estas iniciativas, el Ejecutivo ha optado por indicar el boletín N° 6956-07, considerando que es la moción con mayor antigüedad que trata la materia, y además, debido a que el referido boletín presenta la tramitación legislativa más avanzada[[2]](#footnote-2) en comparación con los demás, encontrándose en Comisiones Unidas de la Comisión Constitución y Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes (NNA), luego de ya haber sido aprobada por esta última.

Cabe señalar que la actual regla especial de prescriptibilidad en estos delitos se contempla en el **art. 369 quáter del Código Penal (CP):** “*En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores (violación y otros delitos sexuales), el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años*”, disposición introducida por la Ley N° 20.207 del año 2007.

El proyecto aprobado por la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con NNA en tanto se establecían las siguientes reglas:

 “**Art. 94 bis (CP).-** *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[[3]](#footnote-3) 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.*”.

“***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.*”[[4]](#footnote-4).

Es decir, se aprobó una propuesta sólo limitada al ámbito penal, y sólo para el futuro.

La indicación sustitutiva del Ejecutivo, en términos similares, pero a través de una norma de redacción diversa, estableció la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra NNA y coincidió en la aplicación para el futuro de la regla:

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

*“****Artículo transitorio.*** *Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter*.”[[5]](#footnote-5)

**II. DELITOS SOMETIDOS A RÉGIMEN ESPECIAL**

Durante la tramitación legislativa se han ido realizando mejoras al catálogo de delitos sometidos a este régimen especial. Así, se han eliminado los delitos de secuestro con homicidio, violación o castración, mutilación o lesiones graves cometidos contra un menor de edad (art. 141, inc. final CP) y comercialización y exhibición de material pornográfico con menores de edad (art. 374 bis CP). El primero, por cuanto quedaría subsumido por el delito de sustracción de menores (art. 142 inc. final CP)[[6]](#footnote-6), y el segundo, por cuanto en este delito no subyace el fenómeno victimológico que fundamenta este tratamiento especial. Asimismo, se ha acordado eliminar la referencia al homicidio con violación (art. 372 bis)[[7]](#footnote-7), dado lo evidente del delito.

En todo caso, la propuesta del Ejecutivo incorpora los siguientes delitos que igualmente afectan la indemnidad sexual:

* Tortura agravada por la comisión de delitos sexuales (art. 150 B)[[8]](#footnote-8).
* Apremios Ilegítimos agravados por la comisión de delitos sexuales (Art. 150 E)[[9]](#footnote-9).
* Trata de personas en relación a la explotación sexual (art. 411 quáter)[[10]](#footnote-10).

Con ello, los delitos sujetos a este régimen especial corresponderían a los siguientes, todos del Código Penal:

* Art. 142, inc. final: sustracción de menores con homicidio, violación, mutilación o lesiones graves.
* Art. 150 B: Tortura agravada por la comisión de delitos sexuales.
* Art. 150 E: Apremios Ilegítimos agravados por la comisión de delitos sexuales
* Art. 361: Violación.
* Art. 362: Acceso carnal a una persona menor de 14 años.
* Art. 363: Violación de un menor de 18 y mayor de 14 agravada por una situación de abuso.
* Art. 365 bis: Acción sexual consistente en la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal.
* Art. 366: Acción sexual abusiva distinta al acceso carnal con persona mayor de 14 años.
* Art. 366 bis: Acción sexual abusiva distinta al acceso carnal con persona menor de 14 años.
* Art. 366 quáter: Abuso sexual impropio o exposición de menores a actos de significación sexual.
* Art. 366 quinquies: Producción de material pornográfico con menores de edad.
* Art. 367: Facilitación de la prostitución de menores.
* Art. 367 ter: Obtención de delitos sexuales remunerados de menores de 18 y mayores de 14 años.
* Art. 411 quáter: Trata de personas con fines de explotación sexual infantil.
* Art. 433 N° 1: robo con violencia o intimidación de las personas con homicidio o violación.

**III. IMPRESCRIPTIBILIDAD PENAL**

Desde el punto de vista jurídico, no hay cuestionamientos para establecer la imprescriptibilidad del delito, pues es una cuestión legal y no constitucional. En efecto, las normas generales sobre prescripción de la acción penal y de la pena se contienen en el Código Penal (arts. 94 y ss.) y no a nivel constitucional. Numerosos casos existen en nuestro país en que se establecen reglas especiales de prescripción[[11]](#footnote-11). Teniendo en mente las experiencias precedentemente relatadas, es completamente posible que se establezca, a nivel legal, una norma que reconozca la imprescriptibilidad en materia de delitos sexuales contra personas menores de edad, siguiendo el sentido en que nuestro legislador lo ha hecho a nivel de diversos cuerpos legales.

Esto es sin perjuicio de que la fórmula es innovadora en nuestro sistema, y por ello, siguiendo el criterio de, por ejemplo, la prescripción en la responsabilidad civil emanada del daño ambiental, algunos propongan establecer un plazo de prescripción que se suspenda hasta que la víctima esté en condiciones de denunciar (si bien se transformaría en una cuestión de difícil prueba)[[12]](#footnote-12), o que se suspenda hasta el momento de realizar la denuncia[[13]](#footnote-13), o bien ampliar derechamente los plazos de prescripción[[14]](#footnote-14).

**IV. ARGUMENTOS CONTRA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD**

En contra de la imprescriptibilidad de los delitos se puede esgrimir que aquella atenta en contra de la garantía que tiene el imputado de ser juzgado en un plazo razonable[[15]](#footnote-15). Sin embargo, esa garantía se limita al derecho que tiene el imputado de ser juzgado y oído sin dilaciones indebidas desde el momento en que el proceso se inicia en su contra. Similar pronunciamiento ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al manifestar que “*El principio de ‘plazo razonable’ (…) tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*”. Al ser una garantía que se relaciona íntimamente con la duración del proceso, ella no compele al Estado a que ejerza su persecución punitiva de forma inmediata a que ha ocurrido el ilícito, que es el plazo que se dilata con la imprescriptibilidad de la acción penal. En otras palabras, la norma sobre imprescriptibilidad de la acción penal no altera la debida duración del proceso, sino que extiende el plazo de inicio del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

Entre los fundamentos de la institución de la prescripción se encuentra uno de carácter moral, que funda la prescripción en la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos morales del delito en la sociedad: extingue la alarma social causada por el delito y la correspondiente exigencia social de que se lo reprima. Así, en virtud del transcurso del tiempo, se extingue la alarma social que genera la comisión de un ilícito en la ciudadanía, no existiendo, luego de los plazos indicados por la ley, una necesidad de sancionar el hecho. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, mientras subsista la alarma social a consecuencia del ilícito cometido, no se cumple con la causa de la institución de la prescripción, y el hecho debe perseguirse y sancionarse. Ello ocurre en la actualidad con los delitos sexuales cometidos contra menores. Como diversas investigaciones a la luz de la experiencia lo han evidenciado, las víctimas de estos delitos toman conciencia de ellos varios años después de cometidos los hechos. El reconocimiento de las características especiales de estos ilícitos ha generado una alarma social que obliga al Estado a no olvidar el acaecimiento del ilícito, exigiéndose por parte de la sociedad su debida persecución y castigo.

Una de las argumentaciones que se esgrimen para rechazar la imprescriptibilidad de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, radica en el hecho que a la época en que se pueden perseguir tales ilícitos no existen medios de prueba que permitan acreditarlos. Lo que se puede sostener al respecto es que la inexistencia de tiempo para declarar prescritas las acciones penales no aumenta las dificultades probatorias de esta clase delitos, toda vez que los delitos de carácter sexual son *per se* complejos de acreditar, dificultades que se incrementan considerablemente cuando aquellos no dejan rastros de carácter biológico (como en el caso de los abusos sexuales, por ejemplo), erigiéndose, en esas situaciones, como el medio de prueba fundamental la declaración de la víctima, la cual es sometida a diversos exámenes de credibilidad. Como en los casos de atentados sexuales contra menores de edad la declaración del ofendido se torna crucial a efectos de acreditar el ilícito, es bastante frecuente que esa declaración se realice con posterioridad a que el delito padecido se encuentre prescrito, ya que en esos momentos recién la víctima toma conciencia de la ilicitud del hecho que se ha cometido en su contra. Es por ello que en ese instante el Estado debe adoptar todas las medidas que se encuentren a su alcance para perseguir y sancionar el ilícito del cual ha tomado conocimiento a través de la víctima la cual, muchos años después de la comisión del delito, quien tardíamente ha tomado conciencia de la vejación de carácter sexual sufrida.

**V**. **PROPUESTA SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD**

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

**VI. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN PENAL**

Con el fin de evitar otorgar un poder perpetuo de persecución, de establecerse la imprescriptibilidad debe eso sí mantenerse la limitación respecto de quienes pueden iniciar un proceso de investigación[[16]](#footnote-16). Así, en reemplazo de las normas generales[[17]](#footnote-17), se recomienda precisar y limitar el impulso de la acción a penal directamente a la víctima, cuando haya alcanzado la mayoría de edad, transformándose entonces el delito de acción penal pública a previa instancia particular, a menos que el impedimento de la víctima fuese por otras razones distintas a su incapacidad psicológica.

En consecuencia, se mantiene la regla general del art. 53 del Código Procesal Penal respecto de delitos contra menores de edad (acción penal pública) pero se establece como excepción en el art. 369 quáter del Código Penal (que este proyecto modifica) que al cumplir la mayoría de edad, son delitos de previa instancia particular, requiriendo la denuncia de la víctima a menos que, su imposibilidad para denunciar se deba a otras razones.

**VII. PROPUESTA SOBRE LEGITIMACIÓN ACTIVA**

**“Artículo 369 quáter.-** Tratándose de los delitos establecidos en el artículo 142 inciso final en relación a la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación a los artículos 361, 362, 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación a la explotación sexual; y el artículo 433 N°1 en relación a la violación, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, se considerarán delitos de acción pública previa instancia particular y se regirán por lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Penal, desde que el ofendido por el delito, haya cumplido los dieciocho años de edad, si no se ha ejercido antes la acción penal.

Siendo delitos de acción pública previa instancia particular, no podrá el ministerio público actuar de oficio en los términos del inciso cuarto del artículo 54 del Código Procesal Penal, si la imposibilidad para realizar la denuncia está relacionada con la falta de capacidad psicológica de la víctima para denunciar el hecho.”[[18]](#footnote-18)

**VIII. RETROACTIVIDAD PENAL**

Si bien como se ha señalado el proyecto aprobado por la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con NNA excluía la retroactividad[[19]](#footnote-19), lo que también fue refrendado por el Ejecutivo con una norma distinta que evitara espacios de impunidad[[20]](#footnote-20), se han presentado dos indicaciones en sentido contrario:

“***Artículo 2.-*** *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.*”[[21]](#footnote-21).

“***Artículo transitorio.-*** *La acción penal derivada de los delitos señalados en el artículo único, cuyo plazo de prescripción se encontrare suspendido conforme al actual artículo 369 quáter, corriendo a la fecha de la entrada en vigencia de esta ley, o cumplido pero no declarado judicialmente a dicha fecha, será considerada imprescriptible conforme al artículo único precedente.*”[[22]](#footnote-22).

Se trata por cierto del punto más complejo, por lo que se ha solicitado la opinión de expertos, particularmente en el sentido de que se proponga una fórmula para subsanar esta complejidad, sin resultados positivos, dadas las complejidades constitucionales, procesales, legales y de operatividad.

**Aspectos constitucionales**

El primer problema radica en resolver si la prescripción tiene o no una garantía constitucional basada en el artículo 19 N° 3, inciso 8°, de la CPR, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, estableciendo que: “***Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado***”, principio que radica en la certeza y seguridad jurídica que deben existir en los ciudadanos sobre las reglas existentes y sus respectivas consecuencias, razón por la cual todas las leyes penales deben regir sobre situaciones futuras.

Si bien sólo minoritariamente se sostuvo que no tendría un estándar constitucional[[23]](#footnote-23), cabe tener presente lo siguiente:

1. La gran mayoría de los profesores asistentes, tanto constitucionalistas como penalistas[[24]](#footnote-24), hicieron notar que la doctrina mayoritaria considera a la prescripción una institución penal, o a lo más de naturaleza mixta, y que por ende se incluye en la garantía de la irretroactividad de la Constitución, que se constituye en un mandato tanto para el legislador como para el juez.
2. Si es tan claro que en virtud de este principio no se puede modificar la intensidad del reproche de la responsabilidad penal (por ejemplo, aplicar una ley retroactivamente que cambia la pena de 5 a 10 años de pena por x delito), con mayor razón sería posible aplicar una ley retroactivamente que no modifica la intensidad del reproche, sino que lo hace revivir (se encontraba prescrita la responsabilidad y ahora renace por la imprescriptibilidad).
3. Además de la opinión dominante, cuando se modificó el plazo de prescripción con la introducción del art. 369 quáter en el año 2007, se constató que los tribunales mayoritariamente aplicaron sólo para el futuro la ampliación del plazo, dada esa garantía constitucional.

**Aspectos Procesales**

Si eventualmente se esgrimiera la concepción minoritaria, esto es, que la prescripción tiene una naturaleza procesal, aún estipulándolo la ley, permanece la incerteza jurídica de su aplicación[[25]](#footnote-25), pues existen otras normas procesales que le otorgarían al imputado una especie de derecho preferente para ampararse en un plazo procesal más favorable. Así, el Código Procesal Penal, que permite que al imputado se le aplique la ley con el plazo más favorable[[26]](#footnote-26), y la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes[[27]](#footnote-27), que da la oportunidad de elección al prescribiente, aunque sólo tratándose de plazos en curso.

**Aspectos Legales**

Como se ha señalado[[28]](#footnote-28), un aspecto que complejiza desde el punto de vista legal (probablemente también constitucional) la aplicación retroactiva, se refiere a la cantidad de modificaciones legales que han sido objeto los delitos sexuales. Así por ejemplo, en los últimos años las leyes 19.617 (1999), 19.874 (2003), 19.927 (2004), 20.480 (2010), 20.507 (2011), 20.526 (2011), 20.594 (2012), 20.685 (2013). Todas ellas han creado, modificado o derogado delitos, modificado las penas, cambiado, suprimido o incorporado nuevos artículos, lo que genera una incerteza respecto a cuál legislación será la aplicable y de qué manera, si por ejemplo, el tipo penal ya no existe en la legislación, a un nivel formal.

**Aspectos Operativos**

Si aún el proyecto de ley contemplase una redacción que explícitamente la haga aplicable retroactivamente, existen 3 riesgos que deben tenerse presente.

1. El primero de ellos desde luego corresponde a que, conociendo de un caso particular, en que se ejerza la acción penal contra un imputado por un delito que de acuerdo a la anterior legislación se encontrare prescrito, el Tribunal Constitucional (TC) declare la inaplicabilidad de la norma por inconstitucionalidad, basada en la garantía ya referida del art. 19 N°3 de la CPR. Si bien el Tribunal no se ha pronunciado expresamente sobre este punto, hay luces sobre el criterio que pudiese seguir, no sólo por la doctrina mayoritaria ya comentada de la concepción de la prescripción, sino porque en fallos recientes ha recogido esta doctrina para fundamentar sus resoluciones. Así por ejemplo, en sentencia de agosto de 2018, para fundar su concepción sobre el contenido de la irretroactividad penal, cita a Díez-Picazo: *“…la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena propiamente dichos, sino también para todos aquellos otros elementos de la legislación penal que pueden resultar determinantes de la responsabilidad criminal (****reglas sobre prescripción****, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.)…”[[29]](#footnote-29).* El problema radica entonces en que eventualmente publicándose una ley que establece la imprescriptibilidad con carácter retroactivo, dándose legítimas expectativas a víctimas de estos delitos, esto se frustre por estas consideraciones y finalmente se atente contra los procesos de reparación. Ahora bien, si aún frente a estos antecedentes el TC pudiese efectivamente avalar la aplicación retroactiva de la ley, eso no impide que las defensas reclamen por esta vía al TC, suspendiendo transitoriamente los juicios, por plazos superiores a 1 año, generándose un efecto similar al anterior, frente a la frustración en la obtención de un resultado judicial oportuno[[30]](#footnote-30). Y una solución constitucional, de reforma a la CPR, tampoco solucionaría esto, ya que como se ha señalado[[31]](#footnote-31) reafirmaría el estatuto constitucional actual (anterior). Sin embargo tampoco se solucionaría vía ley interpretativa, dado que el presupuesto para una ley interpretativa[[32]](#footnote-32) radica en que la norma a interpretar debe ser oscura, ambigua, contradictoria, y como se ha señalado, con los antecedentes expuestos no hay luces de que así considere el TC la garantía de irretroactividad.
2. Un segundo inconveniente operativo lo representa el hecho de considerar que actualmente la mayoría de los delitos sexuales contra menores de edad que no prosperan dada la prescripción, terminan por aplicación de la facultad de no inicio de la investigación, establecida en el Código Procesal Penal[[33]](#footnote-33). Entonces, cabe preguntarse, como se ha cuestionado[[34]](#footnote-34), qué sucede con esos casos, ¿es posible reabrirlos? Si se opta por reabrirlos, es cuestionable la constitucionalidad de la medida, basada en el art. 76 de la CPR[[35]](#footnote-35), que prohíbe hacer revivir procesos ya concluidos. Si por el contrario, se establece que no se permite revivir esos procesos, se produce un incentivo perverso, pues fomenta que culpables se autodenuncien durante la tramitación del proyecto, a fin de solicitar su sobreseimiento.
3. Un tercer inconveniente se relaciona con la capacidad del sistema para poder conocer de la cantidad de casos que se denuncien dada la aplicación retroactiva, especialmente vinculadas al sistema procesal antiguo, dada la eliminación de los jueces del crimen, siendo ahora competencia de los jueces de letras de jurisdicción común, pero sin la injerencia del Ministerio Público a cargo de la investigación. Si bien no se trata de un cuestionamiento legal pues los tribunales y la jurisdicción son anteriores, el problema operativo pone en entredicho la capacidad, en los términos actuales, de poder llevar con éxito las investigaciones.

Todos los aspectos considerados anteriormente llevan a concluir la inconveniencia de regular una excepción a la irretroactividad penal.

**IX. IMPRESCRIPTIBILIDAD CIVIL**

A este respecto por indicación parlamentaria se ha propuesto la siguiente indicación:

“*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*.”[[36]](#footnote-36)

En términos generales, se puede consagrar la posibilidad de deducir la acción civil indemnizatoria, transcurrido el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil, entendiéndose esta renovada, cumpliéndose las siguientes consideraciones.

**Bases para una propuesta**

La propuesta que en adelante se propone se funda sobre la base de los siguientes principios:

1. *Crear un estatuto especial que conviva con el régimen general.*Se trata de establecer por sobre el régimen general previsto en la legislación común, un estatuto especial que ***amplíe*** las posibilidades de reparación del niño, niña o adolescente (NNA) que sea víctima directa de hechos constitutivos de delitos sexuales, atendidas las características propias del fenómeno.
2. *Ampliar y priorizar la reparación del NNA que es víctima directa de un hecho constitutivo de delito sexual.* Elegir para este régimen especial aquellas reglas procesales que, conforme a la experiencia comparada, favorezcan la reparación de la víctima directa de un hecho constitutivo de un delito sexual, que es además un NNA, en lugar de aquellas que, por atender otros intereses, puedan debilitar su reparación o incluso incrementar el daño[[37]](#footnote-37).
3. *Estatuto especial para reparar civilmente el daño causado por hechos constitutivos de delitos sexuales cometidos en contra de NNA:* La idea matriz del proyecto es “Establecer la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir a los responsables de crímenes o simples delitos sexuales, cuando la víctima sea un menor de edad”[[38]](#footnote-38). En consecuencia, el objeto de esta acción civil es garantizar la reparación civil de los daños causados a un menor de edad por el responsable **de un crimen o simple delito sexual**. Ello supone establecer un estándar estricto para determinar que el hecho que produjo el daño **es constitutivo de un ilícito penal** de estas características (dependencia de la acción civil respecto de la penal), que puede ir desde exigir la formalización del imputado por estos hechos hasta su condena.

A partir de los principios expuestos se elabora la propuesta de un estatuto especial:

**Demanda civil en contra del imputado.**

* La víctima puede, de acuerdo a las reglas generales, demandar civilmente al imputado, tanto en sede penal como civil.
* Si de acuerdo a las reglas generales prescribe la acción civil, con la propuesta puede “renovar su acción civil”.
* Para ello debe interponer su acción civil en el contexto de un proceso penal, y en concreto desde la formalización del imputado hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (que es límite actual para interponer demandas civiles en contra del imputado)
* Haya interpuesto o no la demanda civil, si luego de la formalización el proceso penal termina por algún motivo distinto a un juicio oral (procedimiento abreviado, procedimiento simplificado, salida alternativa, etc.) la víctima puede presentar su demanda ante la justicia civil, en similares términos a las reglas generales (plazo de 60 días).

**Demanda civil contra el tercero responsable por el hecho ajeno.**

* Considerando las reglas generales, la demanda civil contra alguien distinto del imputado necesariamente debe realizarse ante la jurisdicción civil.
* Podrá renovarse la acción civil reparatoria en contra del responsable del hecho ajeno, por los daños derivados de la perpetración de los delitos declarados imprescriptibles.
* Para ello se exigen las siguientes condiciones:
* Que el imputado haya sido condenado
* Que la acción civil sea deducida por la víctima en contra del responsable del hecho ajeno, por los hechos que fundan la condena penal, ante el juez civil y dentro del término de 60 días desde que la sentencia condenatoria penal se encuentre ejecutoriada.

**X. PROPUESTA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL**

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

**Artículo 2°.- Renovación de la acción civil contra el imputado.** Se entenderá renovada la acción civil reparatoria en contra del imputado por los delitos señalados en el artículo anterior, si la demanda es interpuesta por la víctima, considerándose por tal solo aquella establecida en el inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal, en la tramitación del respectivo procedimiento penal, una vez formalizada la investigación y hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral.

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

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

A su vez, si se procede en los términos del artículo 390[[39]](#footnote-39) o el artículo 235[[40]](#footnote-40), ambos del Código Procesal Penal, la acción civil reparatoria se entenderá renovada si la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente dentro del término de 60 días siguientes al requerimiento, o a la dictación de la resolución que dispusiere la continuación del procedimiento según las reglas del Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, o a la dictación del auto de apertura del juicio oral, según el caso. En esta última situación, la circunstancia de deducirse apelación en contra del auto de apertura del juicio oral no suspenderá el cómputo del plazo señalado.

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

**Artículo 3°.-** **Renovación de la acción civil contra el responsable por el hecho ajeno.** Podrá renovarse la acción civil reparatoria en contra del responsable del hecho ajeno, por los daños derivados de la perpetración de los delitos señalados en el artículo 1° de esta ley, si se cumplen las siguientes condiciones:

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

b) Que la acción civil sea deducida por la víctima del inciso primero del artículo 108 del Código Procesal Penal en contra del responsable del hecho ajeno, por los hechos que fundan la condena penal, ante el juez de letras con competencia en lo civil y dentro del término de 60 días desde que la sentencia condenatoria penal se encuentre ejecutoriada.

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

**XI. APLICACIÓN A RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE**

Si bien hasta el momento el proyecto no lo aborda, se recomienda pronunciarse expresamente sobre la situación. En lo particular, siguiendo la opinión expuesta[[41]](#footnote-41), hay buenas razones para pensar en la inaplicabilidad de la norma de imprescriptibilidad a menores de edad:

* Atentaría contra la Convención de los Derechos del Niños hacer subsistir a perpetuidad la Responsabilidad Penal de un hecho cometido como adolescente. De hecho, precisamente tienen un régimen especial de prescripción en la Ley 20.084 que establece la responsabilidad penal adolescente, fundado en la misma Convención[[42]](#footnote-42).
* Pierde sentido la aplicación de la pena, considerando el fin preventivo especial, máxime si han transcurridos varios años o décadas y no ha cometido más delitos quien como adolescente cometió este delito[[43]](#footnote-43).
1. Moción presentada por los Senadores Sres. Accorsi; Alinco; Girardi; Jarpa; Jiménez; Saffirio; Sepúlveda; Vargas; Velásquez, en fecha 5 de enero de 2012, que refunde a las anteriores. [↑](#footnote-ref-1)
2. Presentada en 2010 por moción de la senadora Ximena Rincón, y senadores Patricio Walker, Jaime Quintana y Fulvio Rossi. [↑](#footnote-ref-2)
3. Comercialización y almacenamiento de pornografía infantil [↑](#footnote-ref-3)
4. Texto correspondiente a indicación de los Honorables Senadores señores Walker (Patricio), Letelier, Ossandón y Quintana, mismos quienes la aprobaron. [↑](#footnote-ref-4)
5. De esta manera se evitaba que algún imputado se aprovechara de la derogación del art. 369 quáter, amparándose entonces en las reglas generales de prescripción, es decir, contando el plazo de prescripción desde la Comisión del hecho. [↑](#footnote-ref-5)
6. El Ejecutivo incluyó el delito de secuestro del art. 141 basado en alguna minoritaria jurisprudencia que estima que la privación de libertad de un menor de edad debe realizarse desde una esfera de resguardo para que quede subsumida en el delito de sustracción de menor (art. 142), precisamente por el término “sustracción”, de lo contrario, se rige por el delito de secuestro del art. 141, todos del CP. Con todo, dado que ha quedado establecido en la historia de este proyecto que se entiende siempre subsumida la privación de libertad en el delito del art. 142, se estima entonces innecesario mantener la referencia al delito de secuestro. [↑](#footnote-ref-6)
7. Profesores María Elena Santibáñez, Guillermo Oliver y Juan Sebastian Vera. [↑](#footnote-ref-7)
8. “*Artículo 150 B: Si con ocasión de la tortura se cometiere además:*

 *1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*

***2°******Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis****, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.*

 *3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.*” [↑](#footnote-ref-8)
9. “*Artículo 150 E: Si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere además:*

 *1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.*

***2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis****, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.*

 *3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*.” [↑](#footnote-ref-9)
10. “*Artículo 411 quáter: El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas* ***para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta****, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*

***Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.***

*El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Así:

Ley N° 20.357, sobre crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidios, que declara que la acción penal y la pena de los delitos que trata no prescriben (art. 40).

Ley N° 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que establece que delitos contemplados en dicha ley prescriben en el plazo de un año contado desde el desarrollo de las elecciones (artículo 163 del DFL N°2, de 2017)

DFL N° 707, de 1982, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el cual, en giro doloso de cheques, la acción penal prescribe en el plazo de un año contado desde el protesto del mismo.

DFL N° 30, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que declara que la acción penal para perseguir los ilícitos que contempla la normativa aduanera prescribe en el plazo de tres años (art. 170).

Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que establece que 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 (art. 63)

En el Código Penal, precisamente en materia de delitos sexuales, donde la ley de 2007 modificó los plazos generales de prescripción en el artículo 369 quáter, caso en que el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años (introducida por la Ley N° 20.207 del año 2007). [↑](#footnote-ref-11)
12. Profesores Carlos Pizarro y Hernán Corral. [↑](#footnote-ref-12)
13. Profesora María Elena Santibáñez recomendó considerar la fórmula dada en Argentina, en que se suspende la prescripción hasta el momento de la denuncia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Profesor Guillermo Oliver ha propuesto aumentar los plazos de prescripción, siguiendo la fórmula alemana para estos delitos. [↑](#footnote-ref-14)
15. Mediante el art. 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República (CPR), se mencionan la Convención Americana de Derechos Humanos, la que, en sus artículos 7.5 y 8.1, asocia dicha garantía a que la persona detenida sea juzgada en un plazo razonable, y a que toda persona sea oída dentro de un plazo razonable. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, también asocia la garantía al hecho que la persona sea juzgada dentro de un plazo razonable. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 6.1, relaciona el plazo razonable con aquél en que la causa de una persona debe ser oída. [↑](#footnote-ref-15)
16. Profesora María Elena Santibáñez. [↑](#footnote-ref-16)
17. “***Artículo 369 (CP).-*** *No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal.*

*Si la persona ofendida no pudiere libremente hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere representante legal, o si, teniéndolo, estuviere imposibilitado o implicado en el delito, podrá procederse de oficio por el Ministerio Público, que también estará facultado para deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona que tome conocimiento del hecho podrá denunciarlo.*

*Con todo, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal*”.

“***Artículo 53 (Código Procesal Penal).-*** *Clasificación de la acción penal. La acción penal es pública o privada.*

*La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.*

*La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima.*

*Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima*.” [↑](#footnote-ref-17)
18. Además se debe adecuar el art. 369 del Código Penal, modificando el inciso tercero de la siguiente forma:

“*Con todo, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 369 quater de este Código y en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal*”. [↑](#footnote-ref-18)
19. “***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.*” [↑](#footnote-ref-19)
20. “***Artículo transitorio.-*** *Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter.”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. De la Honorable Senadora señora Rincón. [↑](#footnote-ref-21)
22. De la Honorable Senadora señora Goic. [↑](#footnote-ref-22)
23. Profesores Paulina Gómez y Fernando Atria. Sin embargo incluso para este último es probable que el Tribunal Constitucional sí considere la prescripción amparada por la garantía constitucional de la irretroactividad. [↑](#footnote-ref-23)
24. Profesores María Elena Santibáñez, Gabriel Zaliasnik, Guillermo Oliver, Juan Sebastian Vera, Sebastian Soto, Cristóbal Bonacic. [↑](#footnote-ref-24)
25. Esta vez por decisión directa de los tribunales penales, no por decisión del Tribunal Constitucional [↑](#footnote-ref-25)
26. “*Artículo 11.- Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado*.” Si se pretendiese aplicar esta norma sólo a procedimientos ya iniciados con anterioridad a la vigencia de la ley, y la imprescriptibilidad para los casos no iniciados, tal como señaló la profesora María Elena Santibáñez, se perjudicaría a todas las víctimas actuales que han denunciado con el plazo de prescripción vencido. Por lo demás, favorecería a que autores de delitos sexuales se autodenuncien para aprovecharse de su prescripción, frustrando la expectativa de las víctimas. [↑](#footnote-ref-26)
27. “*Artículo 25.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, i que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir.*” [↑](#footnote-ref-27)
28. Profesor Eduardo Court. [↑](#footnote-ref-28)
29. Rol 3844-2017, Sentencia de fecha 16 de agosto de 2018. El destacado es nuestro. [↑](#footnote-ref-29)
30. Como se señaló en la tramitación, cabe señalar que actualmente el Tribunal Constitucional tiene pendiente más de 450 casos asociados a la aplicación de la Ley N°17.798, de Control de Armas. [↑](#footnote-ref-30)
31. Profesor Fernando Atria. [↑](#footnote-ref-31)
32. “*Artículo 66 CPR (inciso primero).- Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio*.” [↑](#footnote-ref-32)
33. “*Artículo 168.- Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.*” [↑](#footnote-ref-33)
34. Profesor Cristóbal Bonacic. [↑](#footnote-ref-34)
35. “Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.” [↑](#footnote-ref-35)
36. De la Honorable Senadora señora Goic. [↑](#footnote-ref-36)
37. Por ejemplo, excluir como legitimario activo en este régimen especial a la víctima de daño reflejo. Esta situación podría colocar en una posición extremadamente compleja a quienes, habiendo sido víctimas de agresiones sexuales siendo niños, niñas o adolescentes, no estén aun preparados para gestar la judicialización de los abusos sufridos y, sin embargo, queden expuestos al ejercicio de acciones de parientes o parejas, quienes, al sentirse víctimas por daño reflejo, decidan promover acciones civiles aun en contra del parecer de la víctima directa del ilícito, pudiendo incluso citar a estos como testigos a estas causas. En estas situaciones el sistema procesal civil requeriría información detallada sobre la experiencia de abuso, situación que en muchos casos sería contraproducente con las necesidades de reparación de la víctima y sus posibilidades psicológicas de hacer frente a la experiencia vivida. [↑](#footnote-ref-37)
38. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Boletín N°6.956-07. 22.06.2018. Disponible *on line* [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php)(consulta: 03.01.2019) [↑](#footnote-ref-38)
39. Artículo 390 inciso segundo. “Asimismo, si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento, debiendo el juez disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas de este Título.”. [↑](#footnote-ref-39)
40. “Artículo 235.- Juicio inmediato. En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal podrá solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral. Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

 Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

 Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno.”. [↑](#footnote-ref-40)
41. Profesora María Elena Santibáñez. [↑](#footnote-ref-41)
42. *“Artículo 5º.- Prescripción. La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses.”* [↑](#footnote-ref-42)
43. Piénsese en el caso de quien como adolescente cometió un abuso sexual, y producto de la ley, es condenado a los 50 años y debe en consecuencia cumplir una pena de régimen de internación semicerrado o libertad asistida especial. [↑](#footnote-ref-43)