RETROACTIVIDAD DE UNA LEY QUE ESTABLECE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES PARA PERSEGUIR DELITOS SEXUALES EN CONTRA DE NIÑOS.

Fundamentos desde el Derecho de los Derechos Humanos.

PH.D Paulina Gómez Barboza

I.CONTEXTO

CUESTIÓN de DDHH o FUNDAMENTALES

No sólo una cuestión constitucional en sentido estricto, ni puramente procesal.

I. DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rama especial del Derecho Público que regula los derechos fundamentales de las personas, conformado principalmente por dos tipos de fuentes normativas :

Primero: Normas de DDHH de fuente **constitucional**: Constitución Política de la República.

Segundo: Normas de DDHH de fuente **convencional**: Tratados de DDHH, generales y especiales, ratificados por Chile y vigentes.

Estas normas constituyen el **SISTEMA JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

II. SISTEMA JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Sistema jurídico axial del derecho público.

2. Obliga a todo órgano del Estado a: Respetar y Promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Artículo 5° inciso segundo:

> **"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".**

3. Obliga a todo Estado parte de un Tratado de DDHH a:

- ✓ **Adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para adecuar orden jurídico, político y administrativo a los derechos humanos convenidos.**

  Artículo 1° Convención Americana de DDHH y Pacto de Derechos Civiles y Políticos

- ✓ **Tomar todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.**

  Artículo 2° Convención Americana de DDHH y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

- ✓ **Proteger a los Niños de todas las formas de abuso, incluido el abuso sexual**

  Obligación Especial. Convención de los Derechos del Niño

- La Corte Interamericana de DDHH precisa que:

“El deber general del artículo 2 implica la adopción de medidas en dos vertientes: “Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.

Corte I.D.H, Opinión Consultiva OC-7/86
29 de agosto de 1986.
Serie A. No. 7; párr. 30.

II. TESIS

EL LEGISLADOR NO SÓLO PUEDE SINO QUE DEBE TOMAR MEDIDAS,TALES COMO LA GARANTÍA DE IMPRESCRIPTIBILIDAD RETROACTIVA, PARA HACER EFECTIVO EL DEECHO DE LOS NIÑOS A LA PROTECCIÖN CONTRA EL ABUSO SEXUAL.

Conforme al Sistema Jurídico de los DDHH :

1. **Estableciendo esta garantía, no se vulnera ningún derecho fundamental.**

2. **El legislador está legitimado por el Sistema para dar carácter retroactivo a <u>esta</u> imprescriptibilidad.**

3. **Si así lo hiciere, su actuar no sería inconstitucional. Por el contrario, sería el cumplimiento de una obligación convencional.**

III. FUNDAMENTOS

1. **Jerarquía de las Normas.**
   El Sistema Jurídico de los DDHH rige por sobre todos los otros Sistemas Jurídicos (estrictamente constitucional, procesal o penal) que son informados por el primero.

2. **Reglas especiales de Interpretación** que se aplican en materia de DDHH.

3. **Especialidad de las normas del sistema de DDHH que aplican a este caso**: "Derechos de los Niños".

4. **Deberes generales y especiales** que los órganos del Estado deben cumplir en la materia , y que limitan su actuar soberano.

IV. ANÁLISIS
DEBE SER SISTÉMICO

Considerar todos los elementos del sistema jurídico de los DDHH , interrelacionados entre sí -no unos u otros aislados- para comprender su funcionamiento y decidir en consecuencia.

En este cuestión particular, el ANÁLIS SISTÉMICO requiere:

1. Incluir no sólo el artículo 19 , sino también el artículo 5° inciso 2° constitucional: ***no sólo los derechos , también los deberes del Estado y el rol de legitimidad del poder que los DDHH tienen en un sistema democrático***.

2. Atender a las normas de DDHH constitucionales y a las convencionales. Y dentro de éstas, a los Tratados de DDHH Generales y Especiales: ***La Convención Americana de DDHH y la Convención de los Derechos del Niño.***

3. Aplicar las reglas de interpretación propias del Sistema establecidas por la Convención Americana de DDHH (artículo 29)***: interpretación no restrictiva, pro-homine y siempre favorable a la vigencia de los derechos.***

- ✓ **LAS NORMAS CONVENCIONALES ESPECIALES QUE CONSAGRAN LOS DERECHOS ESENCIALES DE LOS NIÑOS ATIGENTES AL CASO.**

- ✓ **LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN PROPIAS DE LOS DDHH que establece el artículo 29 de la Convención Americana de DDHH.**

1. **Derechos que consagran las Normas Convencionales:**

Además del Derecho que toda persona tiene a “acceder a la justicia”, y “obtener una reparación”

Son **Derechos Especiales** que la Convención de los Derechos de Niño les reconoce por su particular necesidad de protección, los siguientes:

1. Derecho a una “protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” Artículo 34

2. “A que se tomen todas las medidas necesarias para protegerlos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual” Artículo 19

3. “Al disfrute del más alto nivel posible de salud” Artículo 24

4. “A la efectividad de sus derechos” Artículo 4;

5. “A la consideración primordial de su interés superior”. Artículo 3.

¿Posible conflicto de los derechos del niño con otros derechos fundamentales de las personas que pudiesen ser investigadas como responsables de abusos sexuales?

¿HABRÁ UN CONFLICTO DE NORMAS QUE RESOLVER DENTRO DEL SISTEMA?

1. Identificar los derechos fundamentales eventualmente perjudicados con la retroactividad: Los que pudiesen corresponder a las personas cuya posible responsabilidad por abuso sexual contra niños se demande investigar.

2. Identificar las reglas y/o principios que permiten optar por favorecer la protección mejorada de unos u otros derechos.

Una posible garantía de imprescriptibilidad retroactiva a favor de quienes siendo niños fueron víctimas de abuso sexual como parte de su derecho a acceso a la justicia, NO afecta otras garantías constitucionales.

Primero:

No afecta la Garantía de Irretroactividad de la Ley Penal del párrafo 8° del ordinal 3° del artículo 19 constitucional

"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".

Afirmar lo contrario es un Argumento falaz por apelación a la norma.

1. La Garantía de Irretroactividad de la Ley penal No Aplica
2. El texto de la norma es Claro
3. Corresponde atender al tenor literal de la norma, otorgando a las palabras el significado natural y obvio.

La irretroactividad se predica respecto de la tipificación de ciertos hechos como delitos y de la asignación a tal delito de una pena determinada.

No respecto de **las acciones procesales** disponibles para perseguir la responsabilidad de los autores, cómplices o encubridores de hechos que al momento de cometerse ya constituían delitos y arriesgaban una pena legalmente determinada y conocida por todos.

Conforme a tal tenor literal, es evidente que – aprobada esta indicación- y persiguiéndose la responsabilidad de alguien por actos cometidos antes de la entrada en vigencia de esta ley , no constituyendo tales hechos un delito cuando se cometieron o teniendo asignada en ese momento una pena menor, **la garantía de irretroactividad operará en pleno a su favor**.

En tales caso, el Tribunal competente así lo declarará o, aplicará la pena más favorable al responsable.

Lo único que afectaría la retroactividad de esta ley es la **posible impunidad** de quienes hayan abusado sexualmente de niños antes de la entrada en vigencia de esta moción.

Segundo:

No afecta la garantía de ser sometido a un procedimiento racional y justo del párrafo 5°del ordinal 3°del artículo 19 constitucional, ni la garantía de ser juzgado en un plazo razonable del párrafo 1°del artículo 8°de la Convención Americana de DDHH.

Los textos legales son claros.

Afirmar lo contrario es argumentar falazmente apelando a la norma.

“ *Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

19 N°3 párrafo 5°C.P

“*Artículo 8. Garantías Judiciales*:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”

Numeral 1) del artículo 8° de la Convención Americana de DDHH

- Ambas garantías conforman, junto a otras , el derecho humano a un **“debido proceso.**

- Como su propio nombre indica , aquél es un derecho que rige y se actualiza una vez que se incoa un proceso en contra de una persona.

- No se ve afectado en su contenido por las características que posean o no las acciones procesales que darán origen a dicho proceso.

- Los momentos de actualización de estas garantías son diferentes, en tanto el derecho accionar es parte del **derecho al acceso a la justicia**, en cambio, **el** procedimiento racional y justo y el plazo razonable, son parte del **derecho a un debido proceso.**

- Sus momentos de vigencia son sucesivos y por ende, no chocan afectándose mutuamente.

- Entre ellos, no puede haber colisión alguna.

Tercero

- No afecta un supuesto **derecho fundamental a la"seguridad jurídica"** que consagraría el ordinal N° 26 de artículo 19 constitucional

- Tal derecho fundamental a la certeza o a la seguridad jurídica no existe.

- Lo que el ordinal 26 establece es "la garantía de no afectación de la esencia de los derechos fundamentales".

- **Ya aclaramos que NO es de la esencia del derecho a un debido proceso porque la irretroactividad no aplica las acciones procesales.**

Así lo expresa claramente su tenor literal:

"26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Otra argumentación falaz por apelación a la norma

- En todo caso, en el improbable caso que se estimase que existe algún otro derecho fundamental que colisiona con la garantía de imprescriptibilidad retroactiva de la acción penal, que haría parte del derecho de los niños a una protección efectiva contra el abuso sexual
- Corresponde resolver la colisión de derechos fundamentales, conforme a la **regla de la especialidad -derechos especiales de los niños-** que priman por sobre otros derechos generales, y aplicando el **principio del interés superior del niño.**

II. Reglas de interpretación de los DDHH

Prohíben toda interpretación restrictiva de los derechos o garantías reconocidos dentro del sistema.

Artículo 29 Convención Americana de DDHH: "Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de….

Establece cuatro reglas

De modo que la interpretación de los DDHH no puede ser antojadiza

REGLA letra a) artículo 29 IMPIDE:

a) Que se permita a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, **suprimir** el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o **limitarlos en mayor medida que la prevista en ella**;

Contrario al Principio de Retroalimentación Recíproca entre las normas constitucionales internas y las norma de los tratados de DDHH. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

REGLA letra b) artículo 29 IMPIDE:

b. Limitar derechos que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados

Por ejemplo, la protección contra el abuso sexual garantizada a los niños en la CDN.

Contario al Principio de Progresividad o de Integralidad Maximizadora. Y a la regla de la Cláusula de Favorabilidad, según la cual, en caso de conflictos entre normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir la interpretación que sea más favorable al goce de los derechos"

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

REGLA letra c) artículo 29 IMPIDE:

c) **Excluír otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.**

Contrario a los Principios Evolutivo y al Principio Pro-homine de los DDHH, en cuyo desarrollo juega un papel fundamental la conciencia y voluntad de las naciones democráticamente manifestada.

REGLA letra d) artículo 29 IMPIDE:

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Equivale a decir , otras resoluciones de ONU y de otros organismos internacionales: Comité de los Derechos del niño, Comisión de DDHH y Corte Interamericana, etc.

Contrario al Principio de Consideración del Entorno Normativo.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH.

IV. CONCLUSIÓN

1. Las reglas del **artículo 29** Convención Americana que prohíben interpretaciones restrictivas.

2. Los principios especiales de interpretación:

- **EVOLUTIVO**
- **PRO-PERSONA**
- **PROGRESIVIDAD O INTEGRALIDAD MAXIMIZADORA**
- **ENTORNO NORMATIVO**

3. Los derechos fundamentales **especiales** de los niños
4. Los **deberes** de los órganos del Estado en la materia

I. COMPELEN al Parlamento a tomar medidas al respecto para hacer efectivo el derecho de los niños a una adecuada protección contra el abuso sexual.

II. HABILITAN al Legislador a adicionar al Sistema chileno de DDHH garantías especiales para la infancia que expresen nuevos estándares ético-políticos latentes en la sociedad: **"Imprescriptibilidad Retroactiva "**

III. Le encargan la tarea de maximizar el Sistema Jurídico de DDHH hacia mayores niveles de protección, en su calidad de representantes democráticamente elegidos

Lo habilitan al prescribir que no se puede usar las normas del sistema interpretándolas de modo de:"Excluír otros derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"

(Artículo 29 letra c)

¿Cual es el sentido de la democracia representativa, sino ir definiendo, redefiniendo , y plasmando jurídicamente en cada momento histórico los estándares ético-políticos de la convivencia nacional a la par de los mayores niveles de conciencia ética que va desarrollando la comunidad?

Garantía de "tribunal preexistente" como posible escollo para implementar la garantía de imprescriptibilidad retroactiva

- El texto de a garantía contenida en ordinal 3° del artículo 19 constitucional refiere a "**comisiones especiales**" y a "**Tribunales fijados por la ley con anterioridad al juzgamiento**".
- No pude argüirse que habrá "comisión especial" porque los Tribunales Orales en lo Penal actuales son propiamente "tribunales" establecidos como tales por ley.

3. Tampoco puede argüirse que son tribunales que no existían con anterioridad porque **NO SE PUEDE CONFUNDIR la existencia o inexistencia de un tribunal con la reorganización de un determinado sistema de justicia.**

- No debe confundirse la inexistencia anterior de Tribunales -como sería por ejemplo someter a proceso en el año 2023 ante "Tribunales de Pesca" a quien infringió la Ley de Pesca este año 2018.

  Con un cambio del sistema de justicia al que son sometidos determinados Tribunales, que implica que una jurisdicción preexistente , se reorganice.

- En el primer caso, la Jurisdicción de Pesca no existía, en nuestro caso, la Jurisdicción Penal, sí.

- Cambiar la organicidad y funcionalidad de una jurisdicción no afecta ningún derecho constitucional, pues **el Tribunal que hará el juzgamiento existía , pero organizado y funcionando de modo diferente.**

- Paradójicamente, el cambio de un sistema de justicia inquisitivo a uno garantista como modo de ejercer la jurisdicción penal en nuestro país, en el caso que nos ocupa , lejos de afectar una garantía constitucional, es garantía de respeto del derecho a un debido proceso en su integralidad.

- Nota sobre Imprescriptibilidad de las Acciones Civiles:

1. Condenado por sentencia firme una persona, procede el ejercicio de las acciones civiles por parte de las víctimas en su contra por los daños y perjuicios que les ocasionó el delito.
2. Acción que puede intentar en el mismo juicio penal , o en un juicio civil .
3. Estas **acciones civiles de indemnización de perjuicios que derivan de una condena por sentencia firme y ejecutoriada** son la que conviene declarar imprescriptible al igual que las acciones penales.