



TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

“Análisis de los problemas dogmáticos de la regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en Chile”.

Autoras: Gabriela Catalina González Esquivel

Jennifer Alexandra Tapia Vera

Profesora Guía: Fabiola Girao Monteconrado

Valparaíso, Chile

Marzo, 2020

ÍNDICE

Introducción.....	5
Capítulo I: La regla de imprescriptibilidad en el Derecho penal.....	8
1. Regulación de la imprescriptibilidad en el panorama comparado.....	8
2. Antecedentes de la regla de imprescriptibilidad en el Derecho penal nacional.....	14
3. Análisis crítico de la regla de imprescriptibilidad.....	19
Capítulo II: La regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales contra menores de edad...	22
1. Marco histórico nacional a partir de la Ley N° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.....	22
2. Fundamento de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.....	33
3. Valoración crítica de la incorporación de regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.....	39
Conclusión.....	47
Bibliografía.....	49

TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código penal
CPI	Corte Penal Internacional
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República de Chile
DP	Derecho penal
DPI	Derecho penal internacional
DPP	Defensoría Penal Pública
MP	Ministerio Público
Nº	Número
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española

RESUMEN

Ante la necesidad de otorgar “justicia” a determinadas víctimas de delitos sexuales es que en Chile ha entrado en vigencia la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Así, cabe preguntarse si esta ley responde efectivamente al problema que se suscita respecto a los menores de 18 años que son víctimas de delitos sexuales y que por razones que atienden a su edad no denuncian tales delitos en la época en que estos son cometidos. Por ello es que realizamos una revisión exhaustiva de la normativa aplicable, en conjunto con las formulaciones doctrinales sobre la materia, que permitan una comprensión cabal de la institución jurídica en estudio. En este sentido, comenzamos entregando antecedentes acerca de la regla de imprescriptibilidad tanto en el derecho comparado como en la legislación nacional. Luego, examinamos los marcos histórico y legal que rodean la publicación de la ley ya mencionada, analizando los fundamentos que sentaron la base de la incorporación de la regla de imprescriptibilidad al Derecho penal chileno. Y, por último, otorgamos una valoración crítica de su agregación con el fin de responder a nuestra pregunta. En definitiva, concluimos que la regla de imprescriptibilidad incorporada no da solución al problema señalado y, además, podría llegar a presentar otros conflictos jurídicos dentro de nuestro ordenamiento.

PALABRAS CLAVES

Imprescriptibilidad, delitos sexuales, menores de edad, Derecho penal y ley.

ABSTRACT

In view of the need to grant “justice” to certain victims of sexual crimes, it is in Chile that Law No. 21,160 has entered into force declaring that sexual crimes committed against minors are imprescriptible. Thus, it is worth asking whether this law responds effectively to the problem that arises with respect to those under 18 who are victims of sexual crimes and who, for reasons of their age, do not report such crimes at the time they are committed. That is why we carry out an exhaustive review of the applicable regulations, together with the doctrinal formulations on the subject, that allow a thorough understanding of the legal institution under study. In this sense, we begin by giving background information about the rule of imprescriptibility both in comparative law and in national legislation. Then, we examine the historical and legal frameworks surrounding the publication of the aforementioned law, analyzing the foundations that laid the basis for the incorporation of the imprescriptibility rule into Chilean criminal law. And finally, we grant a critical assessment of your aggregation in order to answer our question. In short, we conclude that the rule of imprescriptibility incorporated by does not give solution to the problem indicated and, in addition, it could present other legal conflicts within our system.

KEY WORDS

Imprescriptibility, sex crimes, minors, criminal law and law.

INTRODUCCIÓN

Parece acertado afirmar que “la prescripción tiene sus orígenes más remotos en Grecia”¹. Son razones de índole procesal las que llevaron a su establecimiento, esto es, la necesidad de que los procesos de carácter judicial no tuvieran una duración exagerada, por lo que los procesos penales gozaban de un plazo establecido para las etapas de conocimiento y de acusación. PESSINA señala que, a excepción de ciertos delitos, los griegos admitieron la prescripción de la acción penal debido a “que las pruebas, especialmente las de la inocencia, se han hecho difíciles de obtener por el transcurso del tiempo”².

Roma no se queda atrás, puesto que, a pesar de que no se tiene claridad en cuanto a la duración de sus procesos penales, es posible aseverar que “bajo la República y a comienzos del Imperio su duración no era desmedida”³. De esta forma, en tiempos del Imperio se estableció una prescripción corta de cinco años para ciertos delitos. Sin embargo, luego, se consagró una prescripción veintenaria para todos aquellos delitos de acción pública que no se encontraran expresamente exceptuados de ella.

En la Edad Media la prescripción fue incorporándose al derecho penal alemán durante los siglos XVI y XVIII. En Francia, se había adoptado, en general, la regla de la ley romana, según la cual la acción pública se extinguía por prescripción de 20 años, con algunas excepciones en cuanto a plazos de prescripción más cortos. Por su parte, en Italia “por regla general el término de prescripción, para los delitos públicos y privados no declarados imprescriptibles, era de 20 años.”⁴

Posteriormente, y durante la época moderna, fue admitida la prescripción penal de manera casi definitiva por los países de derecho positivo, a excepción de los delitos

¹ Yussef Sotomayor, Gonzalo, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de las Américas, México D.F, México, 2009, pp. 23.

² Pessina, Enrique, *Elementos de derecho penal*, trad. de Hilarión González del Castillo, Editorial Reus, Madrid, España, 4º ed., 1936, pp. 595.

³ Mommsen, Teodoro, *El Derecho Penal Romano. Primera parte*, Analecta, Ediciones y Libros, Pamplona, España, 1999, pp. 465 y ss.

⁴ Yussef Sotomayor, Gonzalo, op. cit., pp. 26.

considerados más graves o que se encontraran penados con pena de muerte o reclusión perpetua.

No obstante, antes de la introducción de la regla de prescripción y de las consideraciones que la pensaron necesaria, existía otra institución que regulaba el tiempo que debía transcurrir para interponer una acción penal, esta es: la imprescriptibilidad. La imprescriptibilidad es una institución de antigua data y que, en estricto rigor, nunca dejó de existir en los ordenamientos jurídicos modernos, sino que quedó relegada solo a determinados delitos, pues la prescripción de la acción penal pasó a ser la regla general.

Según la RAE, la imprescriptibilidad en materia penal se puede definir como una “característica predicable de aquellas infracciones penales que no prescriben nunca, de manera que su persecución y castigo no están sometidos a plazo alguno”.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, esta institución volvió a tener cabida, debido a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante esta época. Así el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron los Juicios de Núremberg. Tales principios fueron confirmados por la Organización de Naciones Unidas –en adelante ONU- destacando entre ellos: la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Así ha sido incorporada esta institución en el panorama comparado y Chile no ha sido la excepción. En este sentido, en nuestro país esta regla se encontraba reservada única y exclusivamente a los delitos de lesa humanidad debido a la suscripción por el Estado de Chile a la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, cuestión que fue posteriormente incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con la ley n° 20.357 del año 2009 que señala en su artículo 40 la imprescriptibilidad de la acción penal de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra.

Sin embargo, el año 2019 fue aprobada la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, extendiendo aún más el campo de aplicación de la regla de imprescriptibilidad en nuestro país.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, en el primer capítulo de este trabajo nos remitiremos a la regulación de la regla de imprescriptibilidad en general, comenzando por su tratamiento en el derecho comparado, para continuar con sus antecedentes en el ordenamiento jurídico chileno y finalizar con un análisis crítico en cuanto a su aplicación, con el objeto de otorgar un contexto a la entrada en vigencia de la ley n° 21.160. Por ello, en el segundo capítulo, nos abocaremos al estudio de esta ley, examinando su marco histórico, los fundamentos que dan cabida a esta regla en el campo de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad para concluir con una valoración realizada por las autoras respecto a la incorporación de la regla de imprescriptibilidad a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad para responder a la pregunta planteada.

Capítulo I: La regla de imprescriptibilidad en el Derecho penal

1. Regulación de la imprescriptibilidad en el panorama comparado

Para iniciar nuestro análisis sobre la regulación de la imprescriptibilidad en el panorama comparado, es menester hacer referencia al instituto de la prescripción, con el objeto de tener una mayor comprensión acerca de la regla de imprescriptibilidad y cómo es que esta surge y se ha desarrollado en el tiempo.

En este sentido, cuando nos referimos a la prescripción de delitos en materia penal se debe hacer la distinción, por una parte, de la prescripción relativa a la acción penal y proceso penal, entendiendo la primera por aquella prescripción que “extingue la potestad punitiva del Estado antes de que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria”⁵ y la segunda como “la actividad de persecución de las conductas delictivas” y, por otra de la prescripción relativa a la pena, esta es, aquella en que “el “jus puniendi” se extingue cuando ya puede ser ejecutada la sanción impuesta en la sentencia de condena”⁶. De esta manera, al hacer uso de la terminología *delitos imprescriptibles* será necesario tener en consideración la distinción antes señalada.

Por otra parte, el instituto de la prescripción tiene una amplia y robusta regulación, cumpliendo un rol fundamental dentro de la legislación en el Derecho penal -en adelante DP-, la cual nos aproximamos a señalar constituye la regla general. A diferencia de lo que ocurre con la regla de imprescriptibilidad, la cual tiene un desarrollo reciente, pero no menos importante, ya que esta se ha expandido de manera tal que hoy en día se encuentra presente -en mayor o menor medida- en la generalidad de los diversos ordenamientos jurídicos del mundo, originada “en la idea de lucha contra la impunidad nacida en el ámbito del Derecho Penal Internacional fruto del consenso alcanzado para juzgar y castigar los horrendos crímenes cometidos por los

⁵ Ídem, pp. 17.

⁶ Ibídem.

alemanes durante la Segunda Guerra Mundial, de donde proviene la configuración de los delitos de lesa humanidad”⁷.

Para ahondar un poco más en el asunto, con la victoria aliada de la Segunda Guerra se firmó, junto al Acuerdo de Londres, el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional aplicable a los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y delitos contra la humanidad, el cual, además, fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigieron los Juicios de Núremberg. Aunque en tales principios no se empleó expresamente el término *imprescriptibilidad* sí se señaló que “el hecho de que la ley interna no imponga una pena por un acto que constituya un crimen internacional, no exime a la persona que cometió el hecho de responsabilidad conforme al derecho internacional”⁸.

Tales principios, a los cuales no nos referiremos por no ser materia de este trabajo, fueron duramente criticados, pues se consideraba que no respetaban la regla de la legalidad penal, sin embargo, la ONU los confirmó y encomendó al Comité de Codificación de Derecho Internacional la formulación de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, que contuviera dichos principios, destacando entre ellos: la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Así las cosas, entendemos que la regla de imprescriptibilidad tiene su origen en el Derecho penal internacional -en adelante DPI-, aplicándose, en este contexto, a aquellos crímenes denominados internacionales y que han sido consagrados en el Estatuto de Roma, esto es, los crímenes de genocidio, de *lesa humanidad* y de guerra, establecidos en los artículos 6, 7 y 8, respectivamente.

A su vez, creemos que es importante aclarar que la Convención de Ginebra de 26 de noviembre de 1968, en el marco de la Asamblea General de la ONU, es la que consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Por su parte, como ya indicamos, el Estatuto de Roma establece en su artículo 29 que "los crímenes de la

⁷ Cerrada Moreno, Manuel, “La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el derecho comparado y en el derecho español”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. LXXXII, 2004, pp. 321.

⁸ "The fact that internallaw does not impose a penalti for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law", Principio II, Principios de Núremberg.

competencia de la Corte no prescribirán", sin embargo, no distingue entre acción civil y acción penal, simplemente se limita a declarar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Por lo demás, en las legislaciones internas de los Estados esta norma también goza de reconocimiento, pues la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, consagra la obligación de los Estados firmantes a respetar y dar cumplimiento de los tratados ratificados por ellos y, por lo demás, señala que "un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado", de lo cual podemos desprender que todos los Estados partes de los Convenios mencionados se encuentran en la obligación de incorporar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en su derecho interno.

Con todo, y a pesar del análisis internacional anteriormente señalado, es de suma relevancia analizar diversos sistemas penales de derecho comparado, con la finalidad de llevar a cabo un examen más acabado de la aplicación de esta regla y como aquella es tratada dentro del derecho interno de cada uno de estos países. De esta manera, pasaremos a examinar las legislaciones de diversos países en materia de prescripción.

En Alemania, las regulaciones generales sobre prescripción del delito que se oponen a las acciones de persecución de un delito se encuentran en el Código penal -en adelante CP- alemán en su texto de 1975 [StGB] (§§ 78-78c, 7979b StGB). En cuanto a los crímenes contra el Derecho internacional se contienen regulaciones por una parte en el CP Internacional de 2002 [VStGB] (§ 5 VStGB) y, por otra, existen regulaciones especiales en el DP accesorio, tales como la prescripción corta del derecho de prensa en las leyes de prensa de los Estados federados. Respecto a su naturaleza jurídica, WASSMER señala que la prescripción es concebida como un instituto jurídico «mixto» material y procesal, puesto que, en palabras del mismo autor, "el fundamento de la prescripción del delito se encuentra predominantemente en el derecho material, pero su efecto se despliega en el procedimiento penal"⁹. Aquí la prescripción del delito excluye la posibilidad de imposición del castigo del hecho mediante penas o la imposición de medidas como medidas de corrección y seguridad, confiscación,

⁹ Wassmer, Martin, "Alemania" en "Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas", en *Revista Penal*, 2003-2006, pp. 168.

comiso e inutilización. Así, “el código penal alemán la regula como prescripción de la acción y de la condena, orientando su tratamiento como un instituto de naturaleza procesal”¹⁰.

Ahora bien, tratándose del delito de asesinato (§ 211 StGB), este es considerado imprescriptible, lo cual también rige para todos los crímenes internacionales (§ 5 VStGB). A propósito del primero, la regulación de la imprescriptibilidad fue introducida en el año 1979, la que fue establecida, especialmente, para evitar la prescripción de los crímenes más graves cometidos por los nacionalsocialistas.¹¹

Con todo, el CP alemán también contempla la posibilidad de que la prescripción se suspenda temporalmente en virtud de un impedimento a la persecución (§ 78b StGB), es decir, cuando la persecución no se pueda iniciar o no se pueda continuar. Sin embargo, en 1994 y 2003 se amplió la aplicación de la suspensión de la prescripción respecto de los delitos sexuales. Así, de conformidad con el § 78b I N° 1 StGB, cuando la víctima es menor de edad en caso de abuso sexual y coacción sexual (§§ 174-174c, 177-179 StGB), la prescripción se suspende hasta que la víctima complete los 18 años de edad, regla que se asimila a la que se encuentra consagrada en el artículo 369 quáter del CP chileno, ya derogado. Tal excepción fue establecida atendiendo a la circunstancia de que los niños y adolescentes pueden no entender correctamente los hechos cometidos en su contra o que en ocasiones callan por presión de parientes o personas cercanas, de modo que existe la eventualidad de que los hechos se encuentren prescritos al momento de descubrirse.¹²

En el caso de Italia, la prescripción del delito se encuentra regulada en los artículos 157 a 161 del CP italiano. Según AMARA, “la ratio de la institución se encuentra por un lado en la atenuación del interés del Estado en el castigo del reo motivada en la debilitación de las exigencias de prevención general, frustradas por la excesiva espera en el ejercicio de la función represiva, y por otro lado en la exigencia garantista de evitar que el sujeto autor del hecho delictivo permanezca durante un tiempo excesivo bajo la amenaza de intervención de la

¹⁰ Morillas, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 198.

¹¹ De Wassmer, Martín, op. cit. pp. 169.

¹² *Ibidem*.

Justicia”¹³. En este sentido, la prescripción es una causa de extinción del delito basada en el paso de un determinado lapso de tiempo.

No obstante, se excluyen de la aplicación de la regla de prescripción los delitos castigados con la pena de cadena perpetua, lo que quiere decir que, solo aquellos delitos para los cuales se ha establecido como sanción la prisión permanente son imprescriptibles, lo cual se basa principalmente en la gravedad del hecho cometido. Por tanto, entendemos que no se indican delitos que, en particular, sean imprescriptibles, sino que tienen este carácter todos aquellos en que la ley establece como pena aplicable la de cadena perpetua. Así pues, de acuerdo a un examen exhaustivo en cuanto a los delitos denominados de violencia sexual regulados en el artículo 609 y siguientes del CP italiano, se colige que, conforme a la circunstancia agravante establecida en el artículo 609 ter del Código, cuando se trate de víctimas menores de 14 años, la pena privativa de libertad será de 6 a 12 años de prisión y, de esta forma, entendemos que estos delitos no gozan de un carácter imprescriptible¹⁴.

Cuestión distinta sucede en los países latinoamericanos, por ejemplo, en los casos de Colombia y Argentina, en los cuales existe una cantidad superior de delitos imprescriptibles.

En la Carta Fundamental colombiana se señala que no existen delitos ni penas imprescriptibles (artículo 28.3). Asimismo, la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en los artículos 83 y siguientes del CP colombiano, entendiéndose por aquella a la que extingue en abstracto la punibilidad, es decir, independientemente de que el hecho tuviese el carácter de delito y de que el imputado -si lo hubo- fuese efectivamente responsable. Sin embargo, lo establecido por el artículo 83 y siguientes del CP colombiano permite ciertas excepciones, como es el caso de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado en que el plazo se aumenta a 30 años y en cuanto a los delitos sexuales y al incesto cometidos en contra de menores de edad, el término es de 20 años, contados a partir del momento en el que la víctima alcanza la mayoría de edad (artículo 1º, ley n° 1.154 de 2007), por lo que nuevamente nos encontramos ante una regla de similar redacción a la consagrada en el artículo 369 quáter de nuestro CP, mencionado anteriormente.

¹³ Amara, Giuseppe, “Italia” en “Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas”, en *Revista Penal*, 2003-2006, pp. 191.

¹⁴ De Código penal italiano.

Por lo demás, los únicos delitos considerados imprescriptibles son aquellos regulados en el Estatuto de Roma denominados crímenes internacionales, como ya señalamos, siempre que sean cometidos con posterioridad a la aceptación del convenio y sean de conocimiento - complementario- de la Corte Penal Internacional- en adelante CPI-, pues solo la Corte puede conocer de estos delitos, no así los tribunales colombianos una vez transcurridos los 30 años aumentados excepcionalmente.

Por otro lado, en Argentina la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en el Título X del Libro Primero denominado “Extinción de acciones y penas”, específicamente en los artículos 62 a 67 del CP argentino. En palabras de NIÑO, el “fundamento principal de la prescripción de la acción radica en la «dificultad presunta de justificar la acusación o apoyar la defensa en pruebas todavía existentes»”¹⁵.

Con todo, la propia Ley Fundamental argentina consagra que ciertos delitos tienen un carácter imprescriptible. En primer lugar, declara imprescriptibles las acciones dirigidas contra quienes interrumpieren la observancia de la misma Norma Fundamental mediante actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, así como contra aquellos que usurparen funciones previstas para las autoridades constitucionalmente establecidas. En segundo lugar, establece la imprescriptibilidad, de conformidad a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del delito de desaparición forzada de personas. Por último, la ley n° 24.584 de 1995, a la cual se le atribuye jerarquía constitucional, señala que son imprescriptibles los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, de acuerdo a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

Con todo, la reciente ley n° 26.705 de 2011 incorporó al artículo 67 inciso 5 del CP que, en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 y 130 (párrafos segundo y tercero) del respectivo Código, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad, delitos que se

¹⁵ Niño, Luis, “Argentina” en “Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas”, en *Revista Penal*, 2003-2006, pp. 174.

encuentran dentro del Título de los delitos contra la integridad sexual del CP, los cuales en específico se refieren al abuso sexual, corrupción de menores, favorecimiento de la prostitución de menores, difusión de pornografía infantil, exhibiciones obscenas y sustracción o retención en caso de menores. De esta forma, nuevamente nos encontramos ante una regla como la señalada en el artículo 369quáter de nuestro CP.

En conclusión, es claro que la regla de imprescriptibilidad no constituye la regla general, sea en el ámbito de DPI así como en los ordenamientos jurídicos nacionales analizados, sino que por el contrario corresponde a una excepción a la que se ha dado lugar de acuerdo a la gravedad de ciertos crímenes, a los cuales se les ha otorgado la calidad de imprescriptibles por el DPI y que, conforme a los diversos tratados suscritos por los Estados, se han incorporado con este carácter a los ordenamientos jurídicos firmantes, instalándose de esta forma en la legislación interna de los países.

Por otra parte, en cuanto a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en particular, el examen realizado da cuenta que estos no se encuentran dentro de la categoría de delitos imprescriptibles, en términos generales en el derecho comparado, sino que, al igual que ocurría en el caso de Chile antes de la entrada en vigencia de la ley n° 21.160, tales delitos gozan de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción hasta que la víctima cumpla la mayoría de edad o bien no se les aplican reglas especiales en consideración a otros delitos. Por lo que queda de manifiesto que, por regla general, los delitos sexuales cometidos contra menores de edad no tienen la calidad de delitos imprescriptibles y que estos últimos casos serían excepcionales.

2. Antecedentes de la regla de imprescriptibilidad en el Derecho penal nacional

La regla de imprescriptibilidad en el DP chileno, al igual que sucede a nivel internacional, es una constante fuente de conflictos, ya que actualmente el ordenamiento jurídico chileno contempla de forma expresa una norma introducida recientemente por la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, modificando así nuestro CP, regla que anterior a la entrada en vigencia de la ley antes

mencionada se encontraba reservada única y exclusivamente respecto de los delitos de lesa humanidad, surgiendo dicha regla partir de una interpretación normativa, en primer lugar, de la obligación que emana para el Estado de Chile como suscriptor del Estatuto de la CPI, ratificado por nuestro país en el año 2009, por el cual se encuentra obligado por la Convención de Viena del año 1969 sobre el Derecho de los Tratados-incorporada en nuestro derecho interno-, que señala en su artículo 18 “la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor”, por lo que, a partir de esta, si las situaciones descritas por el Estatuto de la CPI, quedaran impune en nuestro país, el Estado de Chile estaría vulnerando el objeto y fin de esta Convención Internacional .

En segundo lugar, cabe destacar a este respecto que en el año 1968 fue suscrito por el Estado de Chile, en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, entendiendo por tales, graves violaciones al derecho internacional humanitario, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 8 del Estatuto de la CPI y; de los crímenes contra la humanidad, la cual tiene por objeto la protección y garantía de los derechos humanos, lo cual se encuentra contemplado expresamente en nuestra Constitución Política de la República –en adelante CPR- en sus artículos 1; 5 inciso 2º; y 19 n° 26.

En esta Convención se expresa la imprescriptibilidad de la acción pública y de las sanciones para los crímenes que son objeto de la Convención, es decir, los crímenes de guerra; incluidos expresamente las infracciones graves de los Convenios de Ginebra (destacando que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus tres protocolos (1977 y 2005) fueron ratificados por nuestro país en el año 1950); los crímenes de lesa humanidad, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluidos el *apartheid* y el genocidio. Destacando además, que la presente convención tiene efecto retroactivo, ya que busca abolir cualquier prescripción que se disponga en una ley o en cualquier otra norma, y respecto de la cual se ha señalado por parte de un sector de la doctrina que por el hecho de establecer un carácter propio de los derechos esenciales de la persona, queda indirectamente incorporado vía interpretación del artículo 5 inciso 2º de nuestra CPR que señala “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, de modo que a partir del presente artículo es posible desprender según lo que señala el autor

BERNALES “i.- Que hay un límite para el ejercicio del poder estatal, ii.- Que dicho límite son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; iii.- Que la Constitución no delimita ni restringe el concepto de derechos esenciales, por lo que, acorde a las normas de interpretación constitucional, dicha norma, por ser pro hombre, debe ser interpretada en su sentido más amplio a favor del hombre, lo que sumado al carácter progresivo de los derechos humanos, permite concluir que se refiere a todo derecho esencial reconocido como tal; iv.- Que al reconocerse la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, como carácter de los derechos humanos, dicho Tratado, aun cuando no está formalmente vigente en Chile, si lo está materialmente, por ser ésta la única interpretación lógica y coherente a la citada disposición constitucional”¹⁶.

Sin embargo, otro sector de la doctrina desestima esta postura indicando que a propósito de los tratados internacionales “algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado –aun cuando el tratado haya sido ratificado con la aprobación del poder legislativo- debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación”¹⁷, que correspondería al caso chileno, motivo por el cual llevó a constantes conflictos y jurisprudencia contradictoria dictada por los tribunales de justicia en sus diversas instancias, señalando en casos que los delitos se encontraban prescritos y en otros la imprescriptibilidad de los mismos. Siendo esto superado a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH-, al condenar al Estado de Chile en el caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, en el cual afirmó *expresa verbis* que el castigo de crímenes de lesa humanidad y la imprescriptibilidad de los mismos derivaba de una obligación de *ius cogens*, según indica en el punto 99 de la sentencia en comento; “basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es

¹⁶ Bernales Rojas, Gerardo, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista Ius et praxis*, vol. XIII, núm. 1, 2007, pp. 245-265, disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009&lng=es&nrm=iso.

¹⁷ Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, España, 11° ed., 2010, pp. 193.

obligatoria conforme al derecho internacional general.”¹⁸. Cabe hacer presente que debemos entender por norma de *ius cogens* o norma de derecho internacional general, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Finalmente, destacamos que, aun cuando la incorporación de la regla de imprescriptibilidad a partir de los argumentos antes mencionados es un tema complejo, actualmente es indiscutida su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la ley n° 20.357 del año 2009 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, la cual señala en su artículo 40 “la acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben”.

A partir de esta explicación, es posible desprender que actualmente en Chile los delitos catalogados de lesa humanidad son imprescriptibles, pero ¿A qué nos referimos con la expresión *delitos imprescriptibles*? Cabe hacer una precisión respecto de este punto, toda vez que resulta ser necesario aclarar que la imprescriptibilidad, tal como se comentó anteriormente y que se ha entendido de manera similar en nuestro país, puede referirse tanto a la acción penal, como a la pena o sanción establecida para un determinado delito, de manera tal que cuando hablamos de la institución de la prescripción nos referimos a tanto a la sanción jurídica que opera en un proceso penal por haber transcurrido un determinado lapso de tiempo sin que se haya enjuiciado a un imputado, o bien, sin que se haya hecho efectiva la aplicación de la condena a un sentenciado. Así, respecto a este caso particular relativo a los delitos de lesa humanidad, la imprescriptibilidad corresponde a la acción penal, que como explica HORVITZ “el fundamento común del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, es decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena. La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, pp. 46.

significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos”¹⁹.

Ahora bien, cabe agregar que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra basado en el instituto de la prescripción, lo que se evidencia en, como se expuso anteriormente, que la imprescriptibilidad se encuentre actualmente regulada solo en dos casos que comprenden los delitos sexuales cometidos contra menores de edad y los delitos de lesa humanidad, incorporados por las leyes n° 21.160 y n° 20.357 respectivamente, a diferencia de la vasta regulación que presenta en nuestro ordenamiento jurídico la prescripción, que en el CP es posible identificar en los artículos 93 n° 6 y 7 del CP, como prescripción de la acción penal; a su vez, el artículo 94 del mismo cuerpo legal establece los plazos de prescripción de la acción penal y el artículo 97 del citado cuerpo normativo, los plazos de prescripción de la pena; por su parte, el artículo 95 señala desde cuando se cuenta el plazo de prescripción de la acción penal y el artículo 96 cuando se interrumpe y cuando se suspende, el mismo, indicando los efectos en cada caso. Asimismo, el artículo 100 se refiere al cómputo del plazo cuando el inculpado se ausentare del territorio y el 103 se refiere a los efectos que se producen cuando el inculpado aparece antes de completarse el plazo de prescripción.

De lo anterior, es posible concluir que la imprescriptibilidad de la acción penal constituye una excepción a la regla general, cual es, la prescripción.

¹⁹ Horvitz Lennon, María Inés, “Anmístia y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2006, pp. 223, disponible en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13396/13667>.

3. Análisis crítico de la regla de imprescriptibilidad.

A partir de lo anteriormente expuesto es posible desprender que, aun cuando es posible verificar que se ha mantenido en el tiempo tanto en el panorama comparado como a nivel nacional que la regla general en materia de prescripción de los delitos (incluyendo en esta afirmación tanto la prescripción de la acción penal como de la pena, remitiéndonos por tanto a lo señalado en su momento) es precisamente la prescripción de los mismos; no es menos cierto ni posible desconocer que se aprecia una fuerte expansión de la regla de imprescriptibilidad a nivel internacional, la cual, sin lugar a dudas, en el último tiempo ha arremetido con fuerza en los ordenamientos jurídicos, lo que se demuestra en particular en nuestro país tanto con la entrada en vigencia de la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, como en los actuales proyectos de ley que se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional.

Se evidencia que esta regla ha dejado de remitirse únicamente a crímenes que por su especial gravedad o dificultad de su persecución, atendida su propia naturaleza, tal como ocurre en los casos de los crímenes de guerra o los de lesa humanidad; ampliándose a delitos como el homicidio o aquellos que atentan contra la libertad, indemnidad o intangibilidad sexual, siendo de especial relevancia esto último, ya que conforme a esto, podríamos no menos que aseverar que se atentaría contra el principio de intervención mínima del derecho penal, según el cual este debe ser reservado a los casos de mayor gravedad donde su presencia es imprescindible, principio que, si bien no se encuentra consagrado de forma expresa en nuestra CPR, puede inferirse a partir del artículo 5 inciso segundo del cuerpo legal antes mencionado, el cual señala “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y del artículo 1 de la CPR en cuanto este precepto reconoce el valor de la dignidad humana y proclama que el Estado está al servicio de la persona.

Por tanto, en conformidad a lo expuesto, el DP debiese operar como *última ratio*, esto es, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, en circunstancias que actualmente, como se evidencia de lo anterior, el derecho penal se está posicionando como el mecanismo a utilizar en primera instancia, sin agotar previamente todos los medios que estén al alcance de

los ordenamientos jurídicos para evitar su aplicación, entendiendo que este representa las consecuencias jurídicas más graves de acuerdo a los bienes jurídicos que se pueden ver afectados por su aplicación.

Asimismo, es necesario destacar que la regla de imprescriptibilidad acarrea como consecuencia inevitable la posibilidad de persecución permanente y sostenida en el tiempo de hechos que pueden revestir el carácter de delito, lo cual conduce a efectos negativos considerables en la vida de la persona a la cual se le atribuye el hecho punible, pues no solo se atenta contra importantes garantías individuales ante la persecución penal del Estado, como el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sino que, además se producen afectaciones de carácter social, pues si consideramos las dificultades que existen actualmente en nuestro sistema para reinserirse en la comunidad luego de ser juzgado o investigado por un delito, aun cuando se declara inocente, esto se vería acrecentado ante la posibilidad de ser investigado por un hecho aun cuando este haya sido cometido muchos años antes de la investigación, puesto que pone en cuestionamiento la vida que ha llevado el sujeto hasta ese minuto.

Por lo demás, esta posibilidad de persecución permanente y sostenida en el tiempo vulnera uno de los principios fundantes del Estado de Derecho, cual es, la certeza jurídica, que se encuentra estrictamente relacionada con la prescripción y que, tal como fue expuesto, es la base de nuestra legislación, en el entendido que necesariamente los conflictos deben tener un término.

Por otro lado, nuestro sistema procesal penal actualmente se encuentra basado en un sistema acusatorio, imperando en este por tanto a diferencia de lo que ocurre en el sistema inquisitivo, el principio de oportunidad, entendiendo por tal “la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundado en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para

perseguir y castigar”²⁰. Este se funda, por una parte, en descongestionar el sistema de causas por delitos menores que impiden a los operadores jurídicos dedicar mayor tiempo a la investigación y juzgamiento de los delitos más graves y que afectan bienes jurídicos de mayor relevancia, el que conocemos como fundamento de economía procesal y, por otra, en la priorización de otros intereses sobre la aplicación de la pena respecto de delito de baja o mediana gravedad, donde los autores de los mismos tienen un bajo compromiso delictual y en ese sentido se estima que una sanción distinta a la privativa de libertad, cual es la más gravosa dentro de nuestro sistema, puede ser más efectiva y a la vez no producir aislamiento o estigmatización en la persona que comete el delito.

Así, nuestro sistema contempla como mecanismos de oportunidad o de discrecionalidad reglada el archivo provisional (artículo 167 del Código Procesal Penal -en adelante CPP-), el principio de oportunidad en sentido estricto (artículo 170 del CPP) y el ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación (artículo 168 del CPP), los cuales no hacen más que evidenciar la decisión a que ha llegado el legislador con el objeto de lograr la eficacia del sistema procesal penal.

Por ello, creemos firmemente que la regla de imprescriptibilidad no tiene cabida dentro de nuestro actual sistema procesal penal, ya que esta y las propias consecuencias de su aplicación, no son coincidentes con un sistema basado en el principio de oportunidad y, por otra parte, atenta contra diversos principios y garantías propios del Estado de Derecho, tanto respecto a cómo entendemos que debe operar el DP dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como también en la afectación a derechos fundamentales establecidos en nuestra CPR, respecto a los cuales nos remitiremos y desarrollaremos de forma más extensiva a partir de la aplicación de esta regla en materia de delitos sexuales cometidos contra menores de edad en nuestro país.

²⁰ Maturana Miquel, Cristian y Montero López Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Librotecna, Santiago, Chile, 3° ed., 2017, t. II, pp. 778 citando a Cafferata Nores, José, *Legalidad y Oportunidad. Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 38.

Capítulo II: La regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales contra menores de edad.

1. Marco histórico nacional a partir de la Ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad.

Luego de haber realizado un breve análisis sobre la regla de la imprescriptibilidad dentro del DP, contemplando a partir de esta su incorporación y aplicación tanto en el derecho comparado como nacional, nos avocaremos en este capítulo al análisis de la regla en comento dentro de los delitos sexuales que atentan contra víctimas menores de edad, haciendo énfasis en primer lugar al panorama actual de nuestro país con una referencia al marco histórico nacional a partir de la ley n° 21.160, en segundo lugar trataremos los fundamentos para la incorporación de dicha regla dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para finalmente realizar una valoración crítica sobre la regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Para contextualizar, desde fines de la década de los 90' los delitos que afectan la esfera de la sexualidad humana han recibido un creciente y justificado interés, en especial cuando se trata de delitos que atentan contra bienes jurídicos cuyos titulares son menores de edad, es decir, personas menores de 18 años de acuerdo a la regulación actual de nuestro país. Esto impulsó a que numerosas organizaciones de derechos de la infancia, colectivos y organizaciones no gubernamentales –en adelante ONG- de protección de minorías sexuales instalaran el debate acerca de la prescriptibilidad de las sanciones asociadas a estos delitos.

Así, el año 2007 se publicó en el Diario Oficial la ley n° 20.207 que incorporó el derogado artículo 369 quáter al CP vigente a la fecha, el cual contenía una regla especial de prescripción para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, señalando que el plazo de prescripción de la acción penal comenzaría a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que este cumpliera 18 años de edad, y cuya incorporación contemplaba iguales fundamentos a los que se tuvieron en consideración para declarar estos delitos como imprescriptibles, los que serán tratados con mayor detenimiento posteriormente, pero que sin perjuicio de esto podemos destacar algunos tales como tener por objetivo evitar el no descubrimiento del delito atendido el posible desconocimiento por la víctima del contenido

ofensivo de la acción cometida en su contra o por posibles coacciones de la que podría ser víctima, ya sea por el autor, familiares o en general terceros, lo que pudiese llevar a la no revelación temprana del hecho.

De esta manera, se estimó que la incorporación de dicho artículo conllevaría a un avance significativo en la materia, ya que muchos de los delitos perpetrados contra menores resultaban en la más completa impunidad, dado que, cuando los menores alcanzaban la mayoría de edad y podían, en consecuencia, ejercer las acciones penales sin necesidad de hacerlo a través de sus representantes legales, quienes muchas veces y, tal como lo mencionamos anteriormente, por motivos de dependencia económica y/o emocionales, o bien por simple temor optaban por no revelar los hechos acontecidos, que, debido al largo transcurso del tiempo, se encontraban prescritos y, por consiguiente, extinguida toda responsabilidad, fundamentalmente de carácter penal.

Sin embargo, esta norma desde el estudio para su incorporación hasta su aplicación dentro de los años desde su entrada en vigencia no ha estado exenta de dificultades, en primer lugar en cuanto a su interpretación particularmente por su naturaleza jurídica, la cual ha sido señalada entre otros autores por CABEZAS como una norma con naturaleza suspensiva del plazo²¹, mientras que por otra parte, autoras como PEÑA y SANTIBÁÑEZ indican que no se trataría de una norma de carácter suspensivo, sino que es más bien una ampliación del plazo por medio del cual comenzará a computarse el plazo de prescripción una vez que la víctima haya cumplido 18 años de edad, la cual opera en beneficio exclusivo del menor víctima del hecho²², de manera que incluso ha llevado a cuestionarse si se trataría de la incorporación por parte del legislador de una duplicidad de plazos, esto es, por una parte de un plazo especial relativo a la víctima menor de edad y, otro correspondientes a las demás personas que pueden iniciar el proceso penal. Sin embargo, autores como OLIVER indican no sería el caso del presente artículo, toda vez que la expresión de la norma se referiría más bien a que esta tiene

²¹ De Cabezas, Carlos, “Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal”, en *Polít. crim.*, vol. VIII núm. 16, 2013, pp. 391.

²² De Giro Montecón, Fabiola, “La imprescriptibilidad de los delitos internacionales: un signo autoritario del derecho penal internacional”, 2016, pp. 195 citando a Peña, Silvia y Santibáñez, María Elena, *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificación introducida por la ley 20.207*, Microjuris. Santiago, 2008, pp. 3-4.

lugar cuando la víctima sea mayor de edad, de manera tal que se trataría de un caso de interrupción del plazo de prescripción²³.

Con el pasar de los años y habiendo ocurrido diversos cambios en el contexto social, sumado tal pareciera ser a la no solución del problema de fondo con la incorporación del artículo 369 quáter; la justicia se encontró con casos en que hombres mayores de 40 años que recién a esa edad se atrevieron a denunciar graves delitos de connotación sexual de que fueron víctimas durante su niñez, adolescencia e incluso, en algunos casos, durante su primera juventud. Por lo que, como es evidente, en todos estos casos, las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad de él o los autores de los hechos se encontraban prescritas.

En este sentido, cabe tener presente casos emblemáticos en la materia tales como el caso *Karadima*, el cual sería el inicio de una seguidilla de denuncias que implicaban el abuso de menores por parte de algunos miembros de la Iglesia Católica.

El caso *Karadima* dice relación con denuncias de abuso sexual en contra del sacerdote chileno Fernando Karadima, por parte de feligreses y de ex sacerdotes de la parroquia El Bosque presentadas desde el año 2004 a la autoridad eclesiástica. Posteriormente, la Fiscalía Metropolitana Oriente recibió las denuncias de quienes señalan haber sido objeto de delitos de abuso sexual de parte del mencionado sacerdote, por lo que, a partir de estos antecedentes, se inició una investigación criminal donde se conocieron conjuntamente dichas denuncias. No obstante, en aquel entonces y debido al tiempo transcurrido desde el principio de ejecución del delito se indicó que el Ministerio Público -en adelante MP- debería declararse incompetente y remitir los antecedentes al sistema penal antiguo, donde estos ilícitos podrían ser declarados prescritos. Con todo, y a pesar de que la demanda civil fue acogida en la Corte de Apelaciones de Santiago condenando a la Iglesia Católica una suma de dinero considerable, el caso no pudo terminar en una condena por encontrarse prescritos los delitos, lo que puso en tela de juicio la aplicación de esta institución a esta clase de delitos.

²³ De Oliver Calderón, Guillermo, “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”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIX, 2007, pp. 262-263.

Asimismo, cabe hacer presente las recomendaciones expuestas por la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile en el Informe al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en Chile, que en el año 2014 expuso en cuanto a sus recomendaciones para Chile en materia legislativa, entre otras: “avanzar hacia la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra NNA”²⁴. En esta misma línea se expresó el Comité contra la Tortura en el año 2009, posteriormente el Comité de los Derechos del Niño en el año 2015 y finalmente el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Asamblea General de la ONU en el año 2016, respecto a los cuales nos remitiremos en el acápite siguiente a propósito del análisis de los fundamentos de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

De esta forma, todo lo anteriormente expuesto llevó a las autoridades a creer, de acuerdo a lo expuesto en la historia fidedigna de la ley n° 21.160, específicamente relativo a los argumentos esgrimidos por los senadores en su moción parlamentaria en miras de la aprobación del proyecto de ley, indicaron “este tipo de delitos son especialmente graves, ya que su sola comisión desencadena tales trastornos en la personalidad de la víctima, que difícilmente estos llegan a superarse en el transcurso de la vida. Tal es así, afirman, que expertos en materias conductuales señalan que detrás de todo hombre abusador, hay un niño abusado, significando con ello que, lo más probable, en un patrón normal de conducta humana, es que una persona que ha sido abusada en su niñez, seguramente repetirá tal conducta con otros niños, incluso con los suyos propios. De igual forma, agregan, en el caso de personas resilientes, que no obstante las adversidades del entorno son capaces de superar sus problemas, aun así, el daño que provoca un abuso sexual es inconmensurable, debido a que las personas abusadas encuentran todo tipo de problemas para vivir y desarrollar su sexualidad, con lamentables consecuencias en otros ámbitos de la vida”²⁵. Por lo que, en conclusión, señalan que “los delitos sexuales perpetrados contra menores de edad constituyen acciones tan

²⁴ Red de ONGs de Infancia y Juventud Chile, Informe al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño en Chile presentado al Comité de los derechos de la Niñez en Ginebra, Suiza, 2014, pp. 13.

²⁵ Historia fidedigna de la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7677/>

reprochables que no pueden quedar entregadas a que transcurrido cierto tiempo, estos delitos sencillamente prescriban”.

De esta manera, los senadores indicaron que, aun cuando se entiende que la prescripción como institución se basa en la necesidad de vivir en un estado de paz, subyace detrás de ella la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos es porque han renunciado a ellos. Para estos casos en particular, no sería posible considerar que una persona víctima de un delito sexual siendo menor de edad al no haber ejercido las acciones pertinentes durante un cierto lapso de tiempo ha renunciado a sus derechos. Ello de conformidad a una serie de factores que inciden en este aspecto y los cuales retomaremos en el siguiente apartado.

Por lo demás, los parlamentarios exponen que la prescripción admite variadas excepciones, la primera de ellas y a la cual nos referimos anteriormente dice relación con el caso de los delitos de *lesa humanidad*, los cuales dada su entidad, además de ser imprescriptibles, gozan de un estatus que permite su persecución penal universal. Cuestión que nos lleva a la clara conclusión de que los senadores que impulsaron este proyecto de ley son convencidos de que los delitos sexuales cometidos contra menores de edad tienen igual trascendencia que los delitos denominados de *lesa humanidad*.

Por otra parte, para legislar en torno a la imprescriptibilidad de estos delitos, no solo se plantearon antecedentes de hecho como los ya expuestos, sino que además, se expusieron antecedentes de derecho, es decir, normas que tienen plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y que sirvieron de base para la incorporación de esta regla en estos casos. Estas normas son: el artículo 19 n° 2 de la CPR que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, el artículo 19 n° 3 de la CPR, el cual en su inciso 7° garantiza que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, en su inciso 8° señala 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 y en su inciso final establece que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, los artículos 141 inciso final y 142 inciso final, ambos en relación a la violación, 361, 362, 363, 365bis, 366, 366 bis; 366 quáter, 366 quinquies; 367; 367 ter; 372 bis, 374 bis y

433 N° 1 en relación a la violación cuando la víctima sea menor de edad, todos del CP, el artículo 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -en adelante CADH- y, finalmente, el artículo 19.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

Es así que en mayo de 2018 nos encontramos frente a seis boletines en tramitación en el Congreso Nacional que trataban esta materia, por lo que se optó por reconocer y aprovechar el avance legislativo de uno de ellos y presentar una indicación a la iniciativa más antigua, que ya contemplaba un informe previo de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes. De esta forma, la nueva propuesta del Ejecutivo comprendió las siguientes figuras delictivas: el secuestro con violación (artículo 141 inciso final), la sustracción de menores con violación (artículo 142 inciso final), la violación (artículo 361), la violación de persona menor de 14 años (artículo 362), el estupro (artículo 363), el abuso sexual agravado (artículo 365 bis), el abuso sexual (artículo 366), el abuso sexual de persona menor de 14 años (artículo 366 bis), la corrupción de menores (artículo 366 quáter), la producción de material pornográfico infantil (artículo 366 quinquies), la promoción o facilitación de la prostitución infantil (artículo 367), la obtención de servicios sexuales de menores de edad (artículo 367 ter), la violación con homicidio (artículo 372 bis), la comercialización, importación, exportación, distribución, difusión, exhibición, almacenamiento o adquisición maliciosa de material pornográfico infantil (artículo 374 bis), y finalmente el robo con violación (artículo 433 N°1).

Cabe señalar que la propuesta original de la moción consideraba solo los delitos contenidos en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro Segundo del CP. Sin embargo, en la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes se añadió a este listado, el delito de sustracción de menores con violación (artículo 141 inciso final) y el robo con violación cuando la víctima fuese menor de edad.

De esta manera, pareciera ser que con la entrada en vigencia del artículo 369 quáter no se logró superar los motivos por los cuales se dio origen a la incorporación de esta norma en nuestro CP antes mencionados, lo que habría llevado al legislador a dar un paso adelante y finalmente declarar los delitos sexuales cometidos contra menores de edad como

imprescriptibles, aun cuando de los trabajos del proyecto de ley por el cual se llegó a la promulgación de la ley n° 21.160.

Es importante señalar que mediante oficio N° 335 de 15 de junio de 2018, la Defensoría Penal Pública -en adelante DPP- comunicó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, su parecer sobre la iniciativa de ley en aquel entonces (Boletín N° 6956-07), mostrándose en una posición contraria a la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, indicando como problemas de la imprescriptibilidad: en primer lugar señalando que el establecimiento de esta “implica hacerse cargo de justificar tanto la proporcionalidad de la medida como la necesidad de dar un tratamiento especial a estos ilícitos, a diferencia de otras figuras penales que traen aparejada una mayor sanción, o resultan tanto o más difíciles de investigar, como los femicidios, violencia intrafamiliar, colusión, corrupción, tráfico de drogas o delitos económicos. Actualmente, la figura de la imprescriptibilidad es excepcional y está reservada a delitos de lesa humanidad, tales como el genocidio, los crímenes de guerra y aquellos más graves en el marco de la comunidad internacional cuyo fundamento jurídico y político reside, entre otros, en alcanzar la convivencia y paz social. En definitiva, en el proyecto no se vislumbran argumentos que expliquen de qué forma los delitos sexuales cometidos contra menores de edad afectan la paz social en términos comparables a los efectos de los delitos de lesa humanidad, ni tampoco se ofrece mayor argumentación acerca del por qué se les debe otorgar un tratamiento diferente a otros ilícitos de difícil develación o de mayor penalidad, de modo que la propuesta queda expuesta a ser calificada de arbitraria y desproporcionada”²⁶.

En segundo lugar, indican que el proyecto también suscita problemas a nivel constitucional en relación con la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 n° 2 de la CPR y al principio de proporcionalidad, ya que según expresan “una medida como la propuesta establece un catálogo de tipos penales “beneficiados” con la imprescriptibilidad y sin atender a la necesidad concreta de cada caso, produciéndose un desbalance respecto a otros delitos de gravedad. Asimismo, al establecerse la imprescriptibilidad se afecta de forma

²⁶ Historia fidedigna de la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp. 35-36, citando a Defensoría Penal Pública, Oficio N° 335 de 2018, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7677/>.

arbitraria la garantía de todo imputado a ser juzgado en un plazo razonable conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos²⁷.

Finalmente, señalan que “el establecimiento de la imprescriptibilidad genera problemas en relación a la eficacia probatoria y el correcto funcionamiento del sistema de justicia criminal. Teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos sexuales y su dificultad de prueba, el transcurso del tiempo es un factor que diluye la efectividad y la calidad de la evidencia tanto para la defensa como la parte acusadora, de modo que con la introducción de normas que aseguren la imprescriptibilidad, el sistema enfrentará serias dificultades probatorias y un consecuente aumento de sentencias absolutorias y también aumentar la posibilidad de un incremento de las sentencias condenatorias fundadas en evidencia de cuestionable calidad. En este escenario, la propuesta también contribuye a crear en la ciudadanía expectativas desmesuradas sobre lo que se espera del sistema y que luego no se podrán cumplir, con los costos de legitimidad que eso supone²⁸”.

Por otra parte, cabe tener presente las modificaciones introducidas por la ley n° 21.160 y entregar una explicación a este respecto. En primer lugar, por su artículo primero se incorpora a nuestro CP el artículo 94 bis, el cual señala “No prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 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 con la explotación sexual; y el artículo 433, n° 1, en relación con la violación, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad²⁹”, quedando así resuelta la discusión sobre cuales delitos en particular recaería la imprescriptibilidad, contemplando el catálogo respectivamente, el secuestro simple y calificado, y sustracción de menores, según indica el artículo ambos en relación con la violación, la violación propia e impropia, el estupro, el abuso sexual calificado por uso de objetos o animales, el abuso sexual propio e impropio, las acciones de significación sexual cometidas ante menor de catorce años, la participación en la producción

²⁷ Ídem, pp. 36.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, artículo 1, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1134001&buscar=ley+21160>.

de material pornográfico con menores, la promoción o facilitación de la prostitución de menores, la obtención de servicios sexuales de menores residual, la trata de personas en relación con la explotación sexual y el robo calificado en relación con la violación.

En segundo lugar, indica que se suprime el artículo 369 quáter, por el cual básicamente queda derogado de nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo anterior, no se debe perder de vista este artículo, ya que en su artículo transitorio la ley expresó: “Para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal”³⁰. De manera tal que no es posible menos que concluir que por medio del presente artículo tendremos dos normas vigente de manera simultánea, por una parte la imprescriptibilidad para los delitos sexuales cometidos a partir de la entrada en vigencia de la ley n° 21.160 y por otra el plazo de prescripción especial contenido en el artículo 369 quáter a partir de su entrada en vigencia en el año 2007, siendo posible agregar inclusive una tercera normativa aplicable contemplando los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 369 quáter; lo que sin dudas, requerirá de especial atención en la práctica judicial para los distintos intervinientes dentro del proceso penal. Con todo, con la incorporación expresa del artículo transitorio antes mencionado, se excluye definitivamente la posibilidad de aplicación retroactiva de la presente ley, lo cual fue objeto de gran discusión durante los trabajos preparativos y fue uno de los principales ejes de análisis por los especialistas y la doctrina en general, dadas las consecuencias que su incorporación podía acarrear, ya que nuestro ordenamiento jurídico actual no permitiría la incorporación de la irretroactividad de la ley penal a la luz de lo señalado en el artículo 18 inciso primero del CP, el artículo 19 n° 3 inciso 7 de la CPR y los tratados internacionales ratificados por nuestro país y actualmente vigente, esto es el artículo 15. 1 del Pacto Internacional de Derechos Humanos y el artículo 9 de la CADH, siguiendo por tanto el adagio *nullum crimen, nulla pena sine lege praevia*.

En tercer lugar, el artículo 369 quinquies señala “Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final, ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362 y 365 bis; los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411

³⁰ Ídem, artículo transitorio, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1134001&buscar=ley+21160>.

quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N° 1, en relación con la violación, perpetrados en contra de una víctima menor de edad, se considerarán delitos de acción pública previa instancia particular y se registrarán 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". Respecto a este punto, es rescatable la incorporación de este artículo en el sentido que se puede evidenciar de su lectura que la acción penal será en su naturaleza distinta, por cuanto siendo la víctima menor de 18 años se configurara como acción penal pública, mientras que cumpliendo la mayoría de edad esta pasará a ser un delito de acción penal pública previa instancia particular; cuestión que también fue ampliamente discutida y posiblemente esta fue la opción escogida por el legislador con el objeto de evitar una revictimización para la persona en quien recayeron los hechos, cuestión que se produciría evidentemente si la acción se mantuviese como acción penal pública aun cuando el sujeto hubiese cumplido la mayoría de edad, atendido que si fuese de esta forma se dejaría absolutamente de lado la voluntad de la víctima de iniciar el proceso penal o no.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad penal adolescente, el artículo 5° de la presente ley señala "De la responsabilidad penal adolescente. Las disposiciones de esta ley no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes, sujetos a la ley n° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal"³¹. Disposición bastante relevante para efectos prácticos y que deberá tenerse en consideración conjuntamente con lo antes dicho respecto a las normas vigentes al momento de la perpetración del hecho. Sin embargo, no deja de llamar la atención que las disposiciones de esta ley no se hagan aplicables a los delitos cometidos por adolescentes, dejando de lado pareciera ser a la víctima cuando el objeto de la creación de la misma es justamente esta y, en circunstancias donde actualmente en el país se encuentran en tramitación una serie de proyectos que pretenden modificar la responsabilidad penal adolescente, en algunos casos inclusive buscando rebajar las edades tomadas en consideración por la ley con el objeto de hacer aplicable la misma a más temprana edad. Pareciera ser a simple vista que en el caso particular de los delitos cometidos por adolescentes la víctima habría pasado a segundo plano, poniéndose por delante al sujeto activo y revistiendo mayor importancia, entendiendo que la ley de responsabilidad penal adolescente contempla sanciones que evidentemente son menos

³¹ Ídem, artículo 5, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1134001&buscar=ley+21160>.

nocivas para quienes le son aplicables, atendida la edad del sujeto activo del delito. Cuestión que fue ampliamente discutida y en esta línea la DPP, en el informe anteriormente mencionado, señalaron siguiendo lo expresado por el profesor MAÑALICH quien sostiene que los principios de “tolerancia especial” y “celeridad de la materialización de la reacción punitiva”, inspiran el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, el cual tiene entre otras manifestaciones, la fijación de plazos especiales de prescripción de las acciones penales y de la pena que resultan más breves que aquellos previos en el CP, motivo por el cual los principios antes mencionados se verían cuestionados si fuese aplicable el derogado artículo 369 quáter CP y con mayor razón si se estableciera la aplicación de la imprescriptibilidad para los delitos cometidos por adolescentes, ya que según indica el informe, “el hecho de que los adolescentes estén en una fase de desarrollo, en la que su personalidad está todavía en formación, sirve de base para poner en duda la asunción de que su crimen refleja rasgos permanentes de su carácter, sus valores y actitudes ante los demás y la sociedad. Las decisiones criminales de un infractor juvenil típico son distintas de las de un adulto no sólo porque la decisión, en sí misma, es deficiente como consecuencia de una inmadurez de juicio, sino también porque la acción criminal del adolescente no es expresiva de un carácter negativo del agente.

La evidencia empírica justifica un tratamiento penal diferenciado, aunque parezca contraintuitivo, especialmente respecto de hechos que de ser cometidos por adultos merezcan ser tratados con la mayor severidad. Lo anterior implica que todos los aspectos que conforman la reacción punitiva deben ser menos severos y, entre esos aspectos, se encuentra las normas sobre prescripción”³².

De esta manera, se explica que la presente ley –a pesar la amplia discusión que se tuvo sobre este punto- no fuese aplicable y, por tanto, no modificara la actual Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, tomando como argumentos tanto los expuestos anteriormente por la DPP, así como también que la reacción penal frente a delitos cometidos por adolescentes para que sea pertinente, justa y oportuna, debe necesariamente ser cercana al hecho cometido, cuestión que pugna indudablemente con la imprescriptibilidad. Sin perjuicio

³² Historia fidedigna de la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp. 37-38, citando a Defensoría Penal Pública, Oficio N° 335 de 2018, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/7677/>.

de esto, habrá que esperar si llegado el momento de la aplicación de esta ley se producirán discusiones referidas a la exclusión de la incorporación de la imprescriptibilidad a los delitos cometidos por adolescentes.

Finalmente, la presente ley dedica tres artículos en su título segundo para referirse a la acción civil relacionada con los delitos contemplados por la misma, cuestión que no será abordada en el presente trabajo pero que es relevante tener en consideración para la aplicación de esta ley.

2. Fundamento de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

En la misma línea de lo expuesto anteriormente, y retomando el comentario sobre la incorporación del artículo 369 quáter en nuestro CP, cabe señalar que ya desde la incorporación de dicho artículo en el año 2007 comenzaban a visualizarse las dificultades que suscitan los delitos sexuales cometidos contra menores de edad principalmente relacionados a la prescripción de los mismos y las consecuencias que esto conlleva. Así, en aquel entonces con este artículo, el legislador había presumido que, llegado cierto momento, en este caso la mayoría de edad de la víctima, esta tendría la madurez suficiente o contaría con los recursos o medios necesarios para desvincularse de las coacciones de que podría haber sido objeto y revelar el delito, evitando de este modo la impunidad que suponía la llegada del plazo de prescripción. Sin embargo, actualmente se considera esta norma como insuficiente, toda vez que, a pesar de que la recomendación que a nivel internacional venía dada por diversos organismos internacionales, tales como la ONU que señalaba, respecto de los plazos contemplados por esta norma, 10 años como plazo máximo al que se podría llegar antes de su prescripción, el cual se contaría desde que la víctima cumpliera la mayoría de edad, la evidencia científica -principalmente dada por la psicología-, apuntaría a que los momentos de revelación de estos hechos producidos en algunos casos muy a temprana edad durante la infancia del individuo, se producirían posterior a los plazos máximos antes señalados, caso en el cual el delito se encontraría prescrito, por lo que establecer la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad tendría por finalidad evitar el no descubrimiento

del delito, lo que dejaría por una parte a la víctima en absoluta indefensión y por otra al agresor impune.

Esto viene dado por una serie de factores que inciden en estos delitos, especialmente por el sujeto pasivo de la acción que en muchas ocasiones tiene falta de conocimiento del contenido lesivo del acto de que fue objeto y del cual se hace consciente una vez avanzada su edad, y también por otras circunstancias tales como amenazas de que es sujeto tanto por su agresor o bien familiares con el fin de no “exponerlo” o para favorecer la impunidad del hechor, ya que no es posible desconocer que en la mayoría de los casos el agresor proviene del círculo más cercano de la víctima, razones que llevan a que estos delitos no sean descubiertos de forma inmediata y en muchos casos a no ser develados por la víctima.

En este sentido, CABEZAS sintetiza los fundamentos esgrimidos por quienes promueven la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad de la siguiente forma, los cuales pasaremos a desarrollar: “1) los menores que sufren de este tipo de abusos no están en condiciones de revelar su acaecimiento dentro de los tiempos de prescripción ya modificados por la norma del art. 369 quáter, pues la reconstrucción del relato se produce solo a edades más avanzadas difíciles de determinar con precisión; 2) documentos internacionales declaran que el abuso sexual infantil es asimilable a delitos como la tortura, lo que justifica un régimen similar; 3) aun levantando estas barreras, los denunciadores se enfrentan con un sistema no diseñado para ocuparse eficazmente de ellos, lo que nuevamente justificaría no contemplar plazo alguno”³³.

El primer fundamento dice relación con que las víctimas de este tipo de delitos no se encuentran en condiciones de revelar estos acontecimientos dentro de los tiempos de prescripción que contemplaba el artículo 369 quáter, de manera que la imprescriptibilidad de estos delitos sería la única forma de asegurar el acceso a la justicia de parte de las víctimas, no condicionándolas a plazo alguno. Lo que vendría apoyado de estudios psicológicos y criminológicos en que se ha determinado que la edad de revelación es fluctuante y superaría los plazos establecidos por la norma en comento.

³³ Cabezas, Carlos, “La imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, en *Revista de derecho de Valdivia*, vol. XXXII núm. 1, 2019, pp. 283.

En relación a lo anterior también se ha sostenido el derecho al tiempo de que gozaría la víctima como patrimonio de la misma y que, como tal, debe ser respetado por el legislador quien no podría más que eliminar dichos plazos de prescripción. Derecho al tiempo que consistiría en el derecho a perseguir delitos en el momento en que las víctimas de estos se encuentren en condiciones de hacerlo sin verse sujetos a plazo o condición alguna.

Si llegamos a la conclusión de que esto es así, necesariamente se seguiría que el proceso de reconstrucción del trauma sufrido por la víctima en su infancia o adolescencia sería reparable por medio de una sanción punitiva impuesta por el Estado, pero cabe hacer presente que actualmente la víctima si bien es un interviniente dentro del proceso penal y parte del conflicto penal, este último ha dejado de ser únicamente entre privados con el objeto de asignarle un interés público y recayendo por tanto la resolución del mismo monopólicamente en el Estado. Sin perjuicio de que actualmente se ha buscado por diversos movimientos hacer resurgir la figura de la víctima y su importancia dentro del proceso penal con el movimiento neopunitivista o el derecho de la víctima a la justicia y el castigo en los términos expuestos por MATUS a partir consideraciones sobre lo señalado por la CIDH relativo a casos de graves violaciones a los derechos humanos³⁴; lo que no es posible menos que evidenciar con la creación de la presente ley en estudio y que se materializa en nuestro derecho penal en otros aspectos tales como la actual relevancia de la mediación, la cual se busca potenciar como método de resolución de conflictos relevante, es el Estado quien sigue teniendo la potestad punitiva y, por lo demás, el protagonismo dentro de los procesos penales, pasando la víctima a un notorio segundo plano.

Así, respecto de este primer fundamento, podemos señalar que es a lo menos discutible, toda vez que no es posible evidenciar dentro de nuestro ordenamiento jurídico ni en el derecho comparado consagración alguna sobre el derecho de las víctimas al castigo del hechor y, en estricta relación con esto, con el derecho a la verdad como tal, ya que la estructura de nuestro sistema procesal penal se basa en la idea de una verdad procesal y consecuentemente no en todos los casos se seguirá de la misma una sanción, lo que no deslegitima el sistema de forma alguna, ya que pensar lo contrario sería entender que todos los

³⁴ De Matus Acuña, Jean Pierre, “Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. IX núm. 81, Medellín, 2013, pp. 140-141.

casos requieren de una sentencia condenatoria, lo cual acabaría por completo con el ordenamiento jurídico establecido, sobretodo porque, en materia procesal penal, contamos con el estándar de la duda razonable, de manera tal que el estándar de convicción que debe alcanzar el tribunal para condenar a una persona en la sentencia definitiva, de acuerdo a nuestro sistema actual es uno consistente más allá de toda duda razonable, en orden a que se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley, lo que, de acuerdo a las pruebas otorgadas y a la defensa realizada, no siempre se logrará.

Por otra parte, el segundo fundamento viene dado por una serie de recomendaciones provenientes de diversos organismos internacionales, centrándonos para este caso particular en lo expuesto por la ONU, que según indica en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño respecto de sus informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile del año 2015, le recomienda al Estado chileno que “tenga en cuenta la recomendación formulada por el Comité contra la Tortura en 2009 (véase CAT/C/CHL/CO/5, párr. 10) e introduzca en el Código Penal una disposición en que se establezca que el delito de tortura de niños no prescribe”³⁵. Cabe hacer presente que el Comité contra la Tortura expresó sus recomendaciones en los siguientes términos; “el Estado parte debería tomar todas las medidas necesarias para garantizar que todos los actos de tortura a que se refieren los artículos 1 y 4 de la Convención se sometan a su legislación penal y que se impongan sanciones en cada caso en relación con el gravedad de los actos delictivos. El Comité insta además al Estado parte a que elimine el plazo de prescripción vigente para el delito de tortura”, indicando a su vez, “el Comité insta al Estado parte a que adopte formalmente el proyecto de ley que proclama la imprescriptibilidad de estos crímenes”³⁶. Asimismo, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Asamblea General de la ONU del año 2016 indica que “está demostrado que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos”³⁷. A partir de lo expuesto es que se ha señalado

³⁵ Comité de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, 2015, pp. 10.

³⁶ Comité contra la tortura, Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuadragésimo segundo período de sesiones, Observaciones finales del Comité contra la tortura, Ginebra, 2009, pp. 2-3.

³⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, trigésimo y un período de sesiones, Ginebra, 2016, pp. 16.

entonces que si la violencia sexual y otras formas de abusos pueden asimilarse a la tortura y este delito es imprescriptible en nuestro ordenamiento jurídico por ser considerado un delito de lesa humanidad, entonces los delitos sexuales cometidos contra menores de edad también deben recibir el mismo tratamiento y por tanto ser considerados imprescriptibles.

Sin embargo, aun cuando no es posible desconocer la gravedad que revisten estos delitos y las consecuencias que producen en la vida de las víctimas de los mismos, desde nuestro punto de vista no es posible asimilarlos al delito de tortura, pues en estos casos la violencia es ejercida por un aparato estatal o similar, la cual podría anular posibilidad alguna de recurrir a este en auxilio para detener o sancionar dichas conductas y que, por lo demás, cuenta con una serie de ventajas con las que no cuenta un ciudadano común. Sumado a lo anterior es que estadísticamente los delitos sexuales se denuncian, persiguen y sancionan en mayor medida que los delitos de tortura, motivo que no nos lleva más que a concluir que, a pesar de que las vejaciones producidas por los delitos sexuales cometidos contra menores de edad son gravísimas, no es justificable considerar aplicar el mismo estatuto normativo que el regulado para los delitos de lesa humanidad, sobretodo porque, además, estos son cometidos con mayor regularidad y de forma masiva en épocas de crisis social o estancamiento económico por aparatos o instituciones estatales que cuentan con todos los recursos para cometer estas acciones y también con la impunidad para hacerlo.

Finalmente, el tercer fundamento es más bien de orden procesal, ya que se basa en que nuestro ordenamiento jurídico actual no contaría con un diseño apropiado que permita ocuparse eficazmente de las víctimas de los delitos en estudio; respecto de lo cual cabe decir que, si bien, aterrizando este fundamento a nuestro sistema procesal penal, es posible señalar que este ha sufrido cambios absolutamente relevantes en esta línea, partiendo de la base que anteriormente con el sistema inquisitivo las víctimas eran expuestas al “careo”, momento que consistía en una diligencia dentro del proceso en que las víctimas se veían enfrentadas directamente a su agresor, lo que llevaba a las mismas muchas veces a no interponer denuncia o querrela alguna por la sobreexposición a la que el sistema las sometía. Sin embargo, esto se modifica con el sistema procesal actual basado en un proceso acusatorio donde la diligencia anteriormente mencionada es suprimida. Asimismo, los diversos intervinientes en el proceso penal actual, desde los defensores, el MP, las policías y los propios tribunales, se encuentran en

constantes capacitaciones con el objeto de poder mejorar aspectos sin lugar a dudas relevantes en relación a la víctima y su tratamiento dentro del proceso, sumado a las últimas reformas que son posibles señalar tales como la ley n° 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, la cual justamente tiene por objeto resguardarlas del proceso de victimización secundaria a que se podían ver afectas dentro del proceso penal, ley que entró en vigencia el presente año, comenzando su aplicación por las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, del Maule, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y la Antártica Chilena, pues en esta se incorporó un artículo transitorio de manera que su entrada en vigencia se produjera de manera gradual, dividiéndose en tres etapas correspondiendo la primera de ellas las regiones anteriormente mencionadas, la segunda etapa comprendiendo las regiones de Atacama, de Coquimbo, de Ñuble, del Biobío, de la Araucanía y de los Ríos y, finalmente la tercera etapa contempla las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y de los Lagos.

De esta manera, actualmente y sin perjuicio de considerar que nuestro sistema procesal penal tiene actualmente aspectos que mejorar, no es posible considerar este tercer fundamento como suficiente en nuestra opinión para declarar estos delitos como imprescriptibles otorgándole un tratamiento especial frente otros, puesto que estimamos no le corresponde atribuir al DP aspectos respecto a los cuales no debe hacerse cargo tales como tratamiento de las víctimas dentro del proceso, las que sin lugar a dudas mediante el establecimiento de reformas al sistema procesal penal -si así se estima pertinente- pueden subsanarse con el objeto de asegurar los derechos y garantías de que gozan las víctimas.

A partir del análisis efectuado podemos señalar que actualmente nos enfrentamos a un movimiento neopunitivista en los términos antes señalados que busca posicionar a la víctima al centro dentro del proceso penal que nos es posible desconocer, el cual ha influido desde el derecho comparado a nuestra legislación nacional, lo que se evidencia en las doctrinas de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, basadas en el adagio *nullum crimen sine poena* que en palabras de SILVA señala “la expresión *nullum crimen sine poena*, de algún modo contrapuesta a la clásica de *nullum crimen sine lege*, se vincula al derecho penal autoritario. La idea que la inspira es la de que ningún delito debe quedar impune. Según

ello, habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando éstas se opusieran a la sanción de una conducta que se considerara materialmente merecedora de pena³⁸. Lo que en nuestra opinión es a lo menos criticable, no pudiendo de forma alguna obviar los principios fundamentales del DP y no siendo posible reconocer en nuestra legislación el derecho de las víctimas al castigo del autor.

3. Valoración crítica de la incorporación de la regla de imprescriptibilidad en delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Para el desarrollo del presente capítulo estructuraremos nuestra valoración crítica sobre la incorporación de la regla de imprescriptibilidad en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en cinco fundamentos principales, con el objeto de entregar un tratamiento acabado respecto a cada uno de ellos, los cuales nos llevan a cuestionar la incorporación de dicha regla en nuestro ordenamiento jurídico.

El primer fundamento dice relación con la necesaria limitación del *ius puniendi* la que a su vez se relaciona con diversos aspectos, los cuales trataremos de manera secuencial con el fin de desarrollar un análisis completo sobre la importancia, desde nuestro punto de vista, de los límites del *ius puniendi* y, por tanto, a criticar la incorporación de la regla de imprescriptibilidad a propósito de delitos sexuales en que son víctimas menores de edad.

En primer lugar, cabe hacer presente que existen múltiples definiciones sobre que debemos entender por *ius puniendi*, siendo definido por algunos como “el “derecho” o la “facultad” de imponer penas y medidas de seguridad³⁹ y por otros como “la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho que garantizar el alcance de su

³⁸ Silva Sánchez, Jesús María, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, dedicado a: memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del Derecho Penal*, vol. XXIX núm. 86-87, 2008, pp. 150.

³⁹ Giraó Monteconrado, Fabiola, op. cit., pp. 9 citando a Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*, en Fernández, Gonzalo, “Maestros del Derecho penal”, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 97.

objeto punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas”⁴⁰.

En segundo lugar, la doctrina distingue respecto a este, por una parte, límites formales contemplando dentro de ellos la reserva de ley, la exclusión de analogía y los principios de taxatividad e irretroactividad derivados del principio de legalidad y, por otra, límites materiales que comprenden la necesidad de la intervención penal y los principios de lesividad, culpabilidad y humanidad, los cuales constituyen garantías en relación al contenido de las normas penales y la base que sustenta el propio *ius puniendi*.

En tercer lugar, respecto a los límites antes señalados, consideramos relevante para el análisis a desarrollar, referirnos a dos de ellos, sin perjuicio de la importancia de los demás principios antes mencionados. Así, en cuanto al principio de proporcionalidad que, en palabras de OLIVER, es “la existencia de una adecuada relación entre la gravedad de un delito y la magnitud de la consecuencia jurídico-penal asignada a éste por la ley”⁴¹, comprendiendo en su opinión tres exigencias, a saber adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴². A partir de esto no se colige la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad con el principio de proporcionalidad, toda vez que las consecuencias de la incorporación de dicha regla excede objetivamente la gravedad de estos delitos.

A su vez, el principio de humanidad es central para analizar la regla de imprescriptibilidad, el cual si bien lleva a algunas complejidades para delimitarlo, en particular porque este se asocia con la idea de dignidad, consideramos que DE LA CUESTA acierta al señalar que “el concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración, se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como “fin en sí mismo” y no “puro o simple medio: producto de una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales, pero lleno de posibilidades de realización, de deseos, de libertad”⁴³, que siguiendo al autor en comentario proyecta su contenido específico dentro del DP

⁴⁰ Ibídem citando a Rocco, Arturo, *Cinco estudios sobre derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2003, pp. 17.

⁴¹ Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, pp. 284.

⁴² Ídem, pp. 288.

⁴³ De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “El principio de humanidad en Derecho penal”, en *Eguzkilore*, núm. 23, San Sebastián, 2009, pp. 210.

en tres líneas “la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito; la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad y la atención a las víctimas de toda infracción penal”⁴⁴. Así, con la incorporación de la regla en análisis el ser humano deja de ser un fin en sí mismo, en particular el sujeto a quien se le atribuye el hecho punible, convirtiéndose en un medio para la víctima que busca resarcir el daño que este le ha causado.

El segundo fundamento es la prescripción en relación al transcurso del tiempo, el que su vez se encuentra estrechamente vinculado al fundamento anteriormente expuesto. Si entendemos que la naturaleza jurídica del *ius puniendi*, siguiendo lo expuesto por GIRAÑO “es de un auténtico derecho subjetivo, que como tal, es renunciable, su fuente es el Derecho positivo emanado del Estado de Derecho, único modelo compatible con la idea que defendemos , y se expresa a través del establecimiento de la relación jurídica entre el Estado, como titular del derecho de punir, y al individuo a quien incumbe la obligación de sufrir la pena, pero no es posición de súbdito, sino como sujeto de derecho”⁴⁵. Pareciera ser absolutamente justificado que en ciertos casos por diversas consideraciones tales como la pérdida de necesidad de la pena debido al transcurso del tiempo y el olvido social del hecho; el Estado renunciara al ejercicio del *ius puniendi*, como sería en el caso de la prescripción y que a su vez, en nuestra opinión en alguna medida constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi*.

En este sentido, no es posible menos que afirmar que los delitos sexuales se encuentran dentro de la categoría de delitos con mayores dificultades dentro de su investigación, toda vez que con el transcurso del tiempo la prueba se va debilitando, haciendo presente que si bien es cierto no todos los medios de prueba se ven afectados o no de la misma forma debido al tiempo como sería el caso de la prueba instrumental, no es posible desconocer que dentro de los diversos medios de prueba a los cuales se puede acudir con el objeto de comprobar el hecho punible, uno de los más relevantes corresponde al informe de peritos el cual “consiste en la opinión escrita emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o

⁴⁴ Ídem, pp. 211.

⁴⁵ Girao Monteconrado, Fabiola, op. cit., pp. 30-31.

de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto”⁴⁶, y respecto al cual se goza de procedencia obligatoria –entre otros casos– de prueba pericial relativo a exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 del CP, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 198 CPP. Siendo de suma relevancia las pruebas relacionadas a tomas de muestras genéticas, específicamente de A.D.N. y rastros de sangre que puedan posteriormente cotejarse con la del imputado y así obtener conclusiones respecto a su participación en el hecho materia de investigación; es así que estas pruebas no son posibles de realizar cuando ha transcurrido demasiado tiempo entre la comisión del hecho y la investigación de los mismos cualquiera sea la forma de inicio de esta última, o aun cuando puedan solicitarse es claro que no tendrán probablemente los resultados idóneos, ya que tanto el material genético como los rastros de sangre posiblemente hayan desaparecido, restándole de esta manera a la investigación una de las principales pruebas solicitadas para la acreditación del hecho dentro de los delitos sexuales. Lo que sumado al alto estándar de valoración de la prueba en nuestro proceso penal necesario para condenar a una persona, esto es *más allá de toda duda razonable*, es que no podemos más que señalar que en cuanto a este punto existe un efectivo debilitamiento de la prueba relacionada al transcurso del tiempo, lo que puede llevar a un aumento en el error judicial y no menos importante, a las víctimas a un sentimiento de frustración, ya que la incorporación de la imprescriptibilidad por la presente ley llevaría a pensar que existirá un aumento de sentencias condenatorias, cuestión que no es posible concluir con la sola incorporación de dicha regla, y la cual en nuestra opinión no llevará necesariamente a ese fin.

De esta forma, en relación a lo antes expuesto el autor PEDREIRA señala “es fácil deducir que la negación de la prescripción penal posee, al menos en gran medida, una raíz autoritaria, que justifica menoscabo de los derechos y garantías individuales en favor de unos pretendidos intereses sociales y colectivos que se hallan al margen del individuo y no dudan en sacrificarlo si fuera preciso. Ciertamente, no es una casualidad que los retrocesos más notorios en materia de prescripción penal se encuentren estrechamente vinculados a sistemas

⁴⁶ Maturana Miquel, Cristian y Montero López, Raúl, op. cit., pp. 1306.

esencialmente antiindividualistas y autoritarios, y que sus grandes avances hayan venido de la mano de la legislación revolucionaria francesa”⁴⁷.

El tercer fundamento es la seguridad jurídica, la cual se encuentra estrechamente relacionada con la prescripción, que tal como señalamos en su oportunidad sienta las bases de nuestro ordenamiento jurídico que entrega un tratamiento amplio y relevante a la prescripción como una forma de dar fin a situaciones de incertidumbre jurídica, contribuyendo a la necesaria seguridad jurídica, así como también y en específico sobre la prescripción en materia penal se relaciona con el fundamento de la pena, la pertinencia de la sanción y la incorporación de la prescripción por razones de humanidad. A partir de lo cual es posible evidenciar, tal como señala PEDREIRA que “la institución de la prescripción, incluso en el ámbito de las infracciones penales, es una constante histórica, pudiendo encontrarse, incluso, en las etapas más remotas del Derecho Criminal, pues ello viene a poner de manifiesto que la exigencia de seguridad, la cesación de la incertidumbre, de la zozobra, de la inquietud, del desasosiego y, en definitiva, la necesidad de que no se prolonguen de forma indefinida las situaciones jurídica expectantes vendría a ser algo inherente al ser humano, frente a lo que el Derecho nunca ha podido cerrar los ojos”⁴⁸.

Asimismo, en cuanto a la necesidad de un plazo razonable para el juzgamiento de los hechos señala PASTOR, “el juzgamiento tempestivo de la sospecha de que se ha cometido un delito, dentro de un plazo razonable pero sin restricción de los demás derechos fundamentales del imputado, permitirá evitar la pérdida de medios probatorios, ahorrar recursos financieros estatales hoy dilapidados en procesos interminables, aumentar la capacidad funcional de la administración de justicia y colmar las expectativas sociales, en gran medida simbólicas, que reclaman para él caso de que se haya cometido un delito una rápida pero licita declaración de culpabilidad que restablezca la paz jurídica”⁴⁹.

⁴⁷ Pedreira González, Félix, “Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho Romano a través de dos aportaciones fundamentales”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007, pp. 444.

⁴⁸ Ídem, pp. 436.

⁴⁹ Pastor, Daniel, “Acerca del Derecho Fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Revista de Estudio de la Justicia*, núm. 4, Madrid, 2004, pp. 126.

El cuarto fundamento es constitucional, por cuanto se ha señalado que la incorporación de la regla de imprescriptibilidad respecto de los delitos cometidos contra menores de edad atentaría contra el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 n° 2 CPR, toda vez que con la incorporación de estay al ser declarados imprescriptibles, se establece un catálogo de tipos penales “beneficiados”, asimilándolos en cuanto al tratamiento dado por nuestro ordenamiento jurídico a los delitos de lesa humanidad gozando por tanto de un estatuto privilegiado en relación a otros delitos de igual o mayor gravedad, lo que llevaría a las víctimas de los mismos a sentirse vulneradas en su derecho a la igualdad ante la ley.

En estos términos se expresó, la Excelentísima Corte Suprema en el año 2018 mediante oficio enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, señalando “que, la garantía constitucional de igualdad ante la ley se verá lesionada con la aprobación de las normas propuestas, desde que los responsables de delitos de mucha mayor gravedad – atentatorios de la vida humana autónoma e integridad física de las personas (mutilaciones y lesiones gravísimas)- tendrán a su favor la causal extintiva de prescripción de la acción penal y, en cambio, estarán privados de ella los culpables de los ilícitos mencionados en las iniciativas (al menos, los de carácter únicamente sexual)”⁵⁰.

Finalmente, tenemos el argumento de la aplicación práctica, ya que la presente ley, luego de haber zanjado la amplia discusión suscitada sobre su posible retroactividad, no prosperando esta iniciativa tal como fue señalado en el apartado respectivo, produjo que actualmente tengamos a lo menos tres normas vigentes aplicables a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, en primer lugar la imprescriptibilidad para los delitos sexuales cometidos a partir de la entrada en vigencia de la ley n° 21.160, en segundo lugar el plazo de prescripción especial contenido en el artículo 369 quáter a partir de su entrada en vigencia en el año 2007, y finalmente la normativa aplicable contemplada para los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 369 quáter; lo cual puede suscitar a lo menos dificultades en la práctica para los distintos intervinientes en el proceso penal, quienes deberán tener a la vista por cierto la normativa vigente al momento de la comisión de los hechos y, sin dudas frustración en las víctimas al aplicar normativas absolutamente distintas las unas de las otras y con consecuencias en este sentido diversas.

⁵⁰ Excelentísima Corte Suprema, Oficio n° 148, 2018, pp. 6.

A su vez, tal como se expuso en su oportunidad, la ley n° 21.160 excluyó la posibilidad que las modificaciones incluidas por esta fuesen aplicables a los delitos cometidos por adolescentes, cuestión que suma relevancia para efectos prácticos donde además de tener presente el momento en que fueron cometidos los hechos se deberá considerar el sujeto activo de los mismos, respecto a lo cual en su momento fue objeto de nuestro análisis, ya que aplica un estatuto privilegiado en atención al sujeto activo del delito, considerando que las penas establecidas en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente evidentemente son menos lesivas que las aplicables a las personas mayores de edad, lo que en nuestra opinión es absolutamente lógico considerando el trato especial que merecen los adolescentes atendidas las repercusiones que las penas provocarían en sus vidas y considerando la temprana edad a la que son aplicables, justificando un tratamiento penal diferenciado para estos. Sin perjuicio de lo anterior, habrá que esperar las repercusiones que la aplicación de la nueva normativa produzca y de las cuales deberá hacerse cargo nuestro sistema procesal penal.

De los argumentos antes expuestos podemos concluir que en nuestra opinión la regla de imprescriptibilidad en relación con los delitos sexuales cometidos contra menores de edad atenta contra principios esenciales del Derecho Penal, en un afán aunque legítimo por parte de las víctimas en conseguir justicia frente a delitos de los cuales fueron objeto y que sin lugar a dudas afectan de sobre manera la vida de las mismas, pero que excede del necesario equilibrio entre dos intereses contrapuestos, por una parte los del menor víctima y por otra la necesidad de la pena cuando ha transcurrido un largo lapso de tiempo.

En concordancia con lo anterior, en palabras de GIRAIO “en este sentido la amenaza *ad perpetuum* del castigo, impuesto por la regla de la imprescriptibilidad, atenta contra el principio de humanidad de las penas y, necesariamente, contra el de proporcionalidad, al igual que la pena capital y las penas perpetuas. En estas condiciones, todas ellas dejan de considerar al hombre como un fin, para transformarlo en medio con que satisfacer intereses que, por muy relevantes que puedan ser, por ejemplo, la lucha contra la impunidad o la protección de las víctimas, sin embargo, le son ajenos”⁵¹.

⁵¹ Girao Monteconrado, Fabiola, op. cit., pp. 52.

Así, a partir de los fundamentos antes mencionados, consideramos que no se justifica entregar un tratamiento especial en orden a declarar los delitos sexuales cometidos contra menores de edad como imprescriptibles frente a otros delitos que se pueden considerar de la misma entidad e inclusive mayor gravedad para la sociedad, y que en nuestra opinión solo tendría fundamento para los crímenes de lesa humanidad debido a su entidad, ya que estos constituyen graves vulneraciones a los derechos humanos, especialmente cuando estos son cometidos por agentes estatales o de características similares.

Finalmente es erróneo estimar que la regla de imprescriptibilidad viene a garantizar el fin de la impunidad respecto de estos delitos como se ha fundamentado para su incorporación, lo cual depende de otros factores que no van necesariamente en estricta relación con el plazo de prescripción del delito, y que además solucionará el problema de fondo relativo a las vulneraciones en los derechos de la infancia de los cuales hemos sido testigos, las que constituyen expectativas que deberá soportar nuestro sistema procesal penal y el poder judicial, así como las consecuencias derivadas de la incorporación de dicha regla en nuestro ordenamiento jurídico, que podremos analizar posteriormente con la aplicación de la nueva normativa.

CONCLUSIÓN

Iniciamos el presente trabajo dando cabida a la institución de la prescripción, la cual de acuerdo a lo expuesto constituye la regla general en el Derecho penal, con el fin de posteriormente basar nuestro análisis en regla de imprescriptibilidad, la cual a pesar de ser un tema complejo y no zanjado dentro de la doctrina, actualmente ocupa un lugar relevante dentro de los ordenamientos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional, pues ha dejado de remitirse a los delitos considerados de lesa humanidad, iniciando una creciente expansión y aplicándose a otros de distinta naturaleza.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que la regla de imprescriptibilidad es una excepción que dice relación con la especial gravedad de ciertos delitos a los cuales es aplicable, que se desprende a partir del análisis efectuado en la primera parte del capítulo 1 de este trabajo, de conformidad al estudio de la regla en el panorama comparado.

En Chile, la regla de imprescriptibilidad que anteriormente se encontraba reversada únicamente a los delitos de lesa humanidad, al igual que ocurre a nivel internacional comienza a analizarse la posibilidad de su aplicación en otros delitos, lo que finalmente se concretó con la aprobación de la ley n° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, materia de este análisis y, que fluye de su historia fidedigna tiene por objetivo principal dar solución a aquellos casos en que las víctimas de delitos sexuales menores de edad no develan con prontitud los hechos de que fueron objeto, por diversos motivos ya expuestos, considerándose los delitos prescritos.

De conformidad al análisis efectuado, podemos concluir que ley n° 21.160 no solo no resuelve el problema de fondo relativo a las graves vulneraciones cometidos contra niños, niñas y adolescentes, sino que, además, acarrea consigo otros conflictos jurídicos de difícil solución.

Así, consideramos absolutamente relevante la existencia de una limitación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que según expresamos en su oportunidad debe ajustarse a diversos principios, dentro de los cuales destacamos al principio de proporcionalidad, no evidenciando para el caso de los delitos en estudio una correlación entre la gravedad del delito y la magnitud

de las consecuencias asignadas a este por la ley, viéndose vulnerado a su vez el principio de humanidad en atención a que el sujeto a quien se atribuye el hecho punible deja de ser un fin en sí mismo, pasando a ser un simple medio para resarcir la afectación sufrida por la víctima.

Asimismo, obviar la importancia de la prescripción dentro de nuestro ordenamiento jurídico implicaría desconocer por una parte, la contribución que esta institución a la seguridad jurídica y, por otra a la necesidad de establecer límites al ejercicio del *ius puniendi* cuando en atención al trascurso del tiempo por ejemplo se ha perdido la necesidad de la pena, lo que implica un menoscabo de los derechos y garantía individuales en pos de otros intereses de la sociedad que finalmente dejan al margen al individuo.

Por otra parte, establecer un catálogo de tipos penales beneficiados por la imprescriptibilidad afecta sin dudas la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 n° 2 CPR, en los términos expuestos en su oportunidad, no justificándose la aplicación de esta regla a los delitos en comento, frente a otros de mayor gravedad que atentan contra la vida o salud de la víctima que se verán afectados por la prescripción.

Finalmente, la incorporación de la ley n° 21.160 produce serios problemas al momento de aplicar la norma, puesto que, en primer lugar, otorga un tratamiento diferenciado y, por lo demás privilegiado, para aquellos sujetos activos que sean menores de edad y, en segundo lugar, como ya explicamos en el último acápite, contamos actualmente con tres normas vigentes aplicables a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, lo cual indudablemente puede ocasionar dificultades en la práctica para los intervinientes en el proceso penal y, además, frustración en las víctimas al aplicar normativas absolutamente distintas.

En definitiva, consideramos que a pesar de la gravedad y afectación que produce en las víctimas los delitos sexuales de que son objeto, especialmente cuando se trata de menores de edad, no se justifica sin embargo la aplicación de la regla de imprescriptibilidad a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, otorgándoles por tanto de un tratamiento especial en relación a otros delitos de igual o mayor entidad, toda vez que la aplicación de esta conlleva a la vulneración de principios y garantías fundantes del Estado de Derecho y, en específico, del Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Amara, Giuseppe, “Italia” en “Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas”, en *Revista Penal*, 2003-2006.
- 2) Bernales Rojas, Gerardo, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista Ius et praxis*, vol. XIII, núm. 1, 2007.
- 3) Cabezas, Carlos, “La imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, en *Revista de derecho de Valdivia*, vol. XXXII núm. 1, 2019.
- 4) Cabezas, Carlos, “Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal”, en *Polít. crim.*, vol. VIII núm. 16, 2013.
- 5) Cerrada Moreno, Manuel, “La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el derecho comparado y en el derecho español”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. LXXXII, 2004.
- 6) De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “El principio de humanidad en Derecho penal”, en *Eguzkilore*, núm. 23, San Sebastián, 2009.
- 7) Girao Monteconrado, Fabiola, “La imprescriptibilidad de los delitos internacionales: un signo autoritario del derecho penal internacional”, 2016.
- 8) Horvitz Lennon, María Inés, “Anistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2006.
- 9) Maturana Miquel, Cristian y Montero López Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Librotecnia, Santiago, Chile, 3º ed., 2017, t. II.
- 10) Matus Acuña, Jean Pierre, “Víctima, idealismo y neopunitivismo en el Derecho Penal Internacional”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. IX núm. 81, Medellín, 2013.
- 11) Mommsen, Teodoro, *El Derecho Penal Romano. Primera parte*, Analecta, Ediciones y Libros, Pamplona, España, 1999.
- 12) Morillas, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.
- 13) Niño, Luis, “Argentina” en “Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas”, en *Revista Penal*, 2003-2006.
- 14) Oliver Calderón, Guillermo, “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”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXIX, 2007.
- 15) Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007.
 - 16) Pastor, Daniel, “Acerca del Derecho Fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Revista de Estudio de la Justicia*, núm. 4, Madrid, 2004.
 - 17) Pedreira González, Félix, “Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho Romano a través de dos aportaciones fundamentales”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007.
 - 18) Pessina, Enrique, *Elementos de derecho penal*, trad. de Hilarión González del Castillo, Editorial Reus, Madrid, España, 4º ed., 1936.
 - 19) Silva Sánchez, Jesús María, “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, dedicado a: memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del Derecho Penal*, vol. XXIX núm. 86-87, 2008.
 - 20) Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, España, 11º ed., 2010.
 - 21) Wassmer, Martin, “Alemania” en “Sistemas penales comparados. La prescripción de los delitos y las penas”, en *Revista Penal*, 2003-2006.
 - 22) Yussef Sotomayor, Gonzalo, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de las Américas, México D.F, México, 2009.