



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

**ANÁLISIS DE LEGE LATA Y LEGE FERENDA RESPECTO A LA PRESCRIPCIÓN DE
LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA MENORES
DE EDAD**

Memorista: Rodrigo Ruiz Velásquez
Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid

Santiago, 2018.

"Quién sabe si vivimos siempre nada más que alrededor de las personas, aun de aquellas que viven con nosotros años y años, y a quienes, debido al trato frecuente o diario y aun nocturno, creemos que llegaremos a conocer profundamente; de algunas conoceremos más, de otras menos, pero sea cual fuere el grado de conocimiento que lleguemos a adquirir, siempre nos daremos cuenta de que reservan algo que es para nosotros impenetrable y que quizás les es imposible entregar : lo que son en sí y para sí mismas, que puede ser poco o que puede ser mucho, pero que es: ese oculto e invisible núcleo que se recoge cuando se le toca y que suele matar cuando se le hiere"

Hijo de Ladrón, Manuel Rojas

AGRADECIMIENTOS

Como señala el poema de John Donne, *nadie es una isla por completo en sí mismo; cada hombre es un pedazo de un continente, una parte de la Tierra*. Por ello, si hoy está disponible la presente tesis, último paso para mi titulación, se debe al invaluable apoyo y acompañamiento de mis cercanos, de aquellas personas que me han brindado su cariño y afecto. Son muchas las personas que podría nombrar, pero debido al espacio mencionaré solo algunas.

Primero y, ante todo, a mi familia. A mi padre y madre, por saber guiarme y brindarme su amor desde el primer día de vida, y en esta etapa específica, por ser pacientes y comprensivos con lo largo e intrincado del proceso. A mi hermano, por saber aportar esa necesaria distracción y descanso que se hace tan necesario en esta carrera. Y a mis abuelos, tíos y primos, quienes han estado presentes en toda ocasión.

Enseguida, está la familia que uno escoge y que lo escogen a uno: Los amigos. Agradezco a ellos por su alegría, amabilidad y compañerismo, el que, sumado a fuertes dosis de humor negro, han hecho de mi estadía en la facultad un gran periodo de mi vida. Particularmente, doy las gracias a Felipe, Fernando, Pablo y Tomás, quienes han estado presentes en las buenas y en las malas, en las alegrías y en aquellos momentos de dolor.

Agradezco también a mi profesor guía, Germán Ovalle Madrid, quien amablemente se ofreció a guiar mi tesis, facilitando bibliografía de difícil acceso y respondiendo prontamente a mis dudas y solicitudes.

Finalmente, doy las gracias a todos quienes me han ayudado durante esta última etapa de la carrera, ya sea facilitando, materiales, espacio, tiempo, o simplemente una palabra de aliento. En particular, estoy en deuda con los miembros de secretaría del Tribunal Constitucional, y con los abogados de Rivera Godoy, quienes han sido de gran importancia estos últimos meses.

A ellos, y a todos quienes han sido parte de mi vida, les doy mi más sincero agradecimiento

(Rodrigo Ruiz, Julio 2018)

INDICE

| | |
|--|----|
| AGRADECIMIENTOS..... | v |
| GLOSARIO:..... | x |
| RESUMEN | xi |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: LA PRESCRIPCIÓN PENAL | 4 |
| Concepto, distinción entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena | 4 |
| Clases de prescripción | 6 |
| Evolución histórica | 7 |
| Fundamentos de la prescripción..... | 8 |
| Transcurso del tiempo..... | 8 |
| Olvido de la Infracción..... | 9 |
| Renuncia o perdida de interés estatal en la represión | 10 |
| Estabilización de las situaciones Jurídicas | 11 |
| Teoría de la expiación moral o indirecta | 12 |
| Teoría de la enmienda..... | 12 |
| Desaparecimiento de las pruebas | 13 |
| Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas | 14 |
| Teoría de la autolimitación temporal del estado al ejercicio de la acción penal | 15 |
| Teorías en relación con la función de la pena..... | 16 |
| Fundamento múltiple de la prescripción | 18 |
| Prescripción y función del derecho Penal | 18 |
| Naturaleza Jurídica de la Prescripción Penal..... | 22 |
| Plazos de Prescripción de la Acción Penal..... | 24 |
| Interrupción y Suspensión de la prescripción de la acción penal | 25 |
| Prescripción de la pena | 27 |

| | |
|---|----|
| Reglas comunes a ambas clases de prescripción | 28 |
| Caso de ausencia del territorio de la Republica | 28 |
| Carácter igualitario de las normas sobre prescripción..... | 28 |
| Declaración de oficio de la prescripción | 28 |
| La media prescripción o prescripción gradual | 29 |
| Prescripción de la reincidencia..... | 29 |
| La prescripción de las inhabilidades..... | 29 |
| Prescripción de la acción civil derivada del delito..... | 30 |
| CAPITULO II: EL ABUSO SEXUAL INFANTIL | 31 |
| Concepto de abuso sexual infantil | 31 |
| Caracterización y prevalencia del abuso sexual infantil..... | 32 |
| Consecuencias de los delitos sexuales en victimas menores de edad..... | 34 |
| Efectos y consecuencias de corto plazo | 35 |
| Efectos y consecuencias de largo plazo | 36 |
| Dificultades y barreras para la develación y denuncia del abuso sexual infantil..... | 38 |
| Barreras intrapersonales | 39 |
| Barreras interpersonales..... | 39 |
| Barreras Sociales | 41 |
| Marco jurídico penal del abuso sexual infantil | 41 |
| Bien jurídico Protegido..... | 42 |
| CAPITULO III: NORMAS ESPECIALES DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS SEXUALES..... | 45 |
| Reglas especiales de prescripción en el derecho comparado..... | 46 |
| Plazos especiales de prescripción: | 47 |
| Suspensión del <i>Dies a Quo</i> hasta determinada edad de la victima | 48 |
| Imprescriptibilidad | 52 |

| | |
|---|----|
| La ley 20.207 que Suspende la Prescripción de la Acción Penal en casos de Delitos Sexuales cometidos contra menores de edad | 55 |
| Historia fidedigna de la ley..... | 55 |
| Características generales de la norma | 59 |
| Ámbito de aplicación típico del artículo 369 quater | 60 |
| Limitaciones teleológicas al alcance literal de la norma | 61 |
| Antinomia entre la ley 20.207 y la ley 20.084..... | 63 |
| Existencia de duplicidad de plazos en el artículo 369 quater | 65 |
| Aplicación temporal de la ley..... | 68 |
| CAPITULO IV: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL EN CHILE | 71 |
| Boletín N°8134-07 de la Cámara de Diputados..... | 73 |
| Boletín N°6956-07 del Senado | 75 |
| Fundamentos de la imprescriptibilidad | 78 |
| Valoración crítica de la imprescriptibilidad en delitos sexuales contra menores..... | 81 |
| CONCLUSIONES | 88 |
| BIBLIOGRAFIA | 94 |

GLOSARIO:

Art.: Artículo

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)

CP: Código Penal

CPI: Código Penal Italiano

MP: Ministerio Público

SCA: Sentencia Corte de Apelaciones

SCS: Sentencia Corte Suprema

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)

RESUMEN

La prescripción de la acción penal es una institución clave de nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina es casi unánime en que su existencia es útil y necesaria, actuando como una poderosa autolimitación estatal, necesaria para la vida en comunidad. Sin embargo, cuando existen ciertas formas de delincuencia que se ven excesivamente favorecidas por esta, la doctrina y legislación han reconocido la posibilidad de establecer reglas excepcionales a la norma general de prescripción penal. El presente estudio se enfoca en proveer un análisis crítico de estas reglas especiales cuando están referidas a delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Para ello, el presente estudio revisa los fundamentos y reglas básicas aplicables a la prescripción de la acción penal. Luego, analiza las características del abuso sexual infantil, haciendo énfasis en las barreras a la develación que justifican un tratamiento diferenciado. Posteriormente, se hace una revisión de las reglas especiales utilizadas en el derecho comparado, para luego centrarse en la norma especial de prescripción del artículo 369 quater del Código Penal y sus problemas aplicativos. Finalmente, se estudian los proyectos en actual tramitación en el congreso, los que buscan introducir la imprescriptibilidad en esta clase de delitos, analizando críticamente los fundamentos estos.

Palabras clave: Prescripción penal, delitos sexuales, abuso sexual infantil, imprescriptibilidad, suspensión de la prescripción.

INTRODUCCIÓN

El tiempo es sin duda un elemento relevante en la vida de los seres humanos. Todo acto que realizamos es medido por él, determina como estructuramos nuestros planes de vida, determina aquello que queda en nuestro pasado, e inclusive se marca en nuestros cuerpos en cada arruga o cana.

El derecho no es indiferente al tiempo. Al contrario, lo considera como hecho jurídico relevante en múltiples operaciones: La mayoría de edad determina nuestra capacidad de ejercicio en el ámbito del derecho, las penas establecidas en el derecho penal se gradúan según su duración en el tiempo, y el transcurso del mismo permite fijar ciertos hechos (o la extinción de estos) por medio de la prescripción.

Esta última institución juega un rol crucial en el ordenamiento jurídico. En su fase civil, la prescripción permite por una parte extinguir los derechos y obligaciones que no han sido ejercidos oportunamente, otorgando estabilidad al sistema de responsabilidad civil. Por otra parte, permite adquirir aquellos derechos que se han poseído durante cierto lapso de tiempo, funcionando como norma de clausura, que estabiliza la propiedad de bienes, tanto muebles como inmuebles.

En su fase penal, la prescripción juega un rol de igual importancia. Entendida como la cesación de la potestad punitiva del estado al transcurrir cierto periodo de tiempo, es una causal de extinción de responsabilidad de larga data, tanto en el derecho nacional como comparado. Consagrada en los artículos 93 y siguientes del Código Penal y aplicado a la generalidad de los delitos, es la principal causal de extinción de responsabilidad penal.

Existe amplio consenso en la doctrina y jurisprudencia en que la prescripción es un instituto útil y necesario. Se la valora como una poderosa autolimitación estatal, necesaria para la vida en comunidad. Sin embargo, quizás debido a la antigüedad de la institución, no existe consenso respecto al fundamento de esta, lo que se grafica en las numerosas teorías que se han planteado para justificar su existencia.

Esa misma falta de claridad en el fundamento de la prescripción explica en parte que sea una de las instituciones jurídicas más cuestionadas por la opinión pública. A menudo es percibida por la gente como un error en la ley, que permite a personas culpables quedar libres por el mero transcurso del

tiempo. Se la menciona a veces como una pillería de abogados, que fomenta la impunidad e impide ejercer los efectos retributivos que comúnmente se asocian al derecho penal.

Al cuestionamiento público de la prescripción, se suman las múltiples críticas formuladas al derecho penal clásico, y que ha llevado a una expansión del derecho penal, motivado por lo que ha sido caracterizado como una *sociedad de los riesgos*¹, y un consecuente rol del estado como preventor de estas conductas.

Esta orientación del derecho penal se ha plasmado en paulatinos cambios de nuestra legislación nacional, especialmente en dos áreas de gran connotación pública: los delitos contra la propiedad y los delitos sexuales. Así, en el marco de modificaciones llevadas en los últimos años en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el legislador promulgó el 31 de agosto de 2007 la ley 20.207. En ella se introduce una nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad, el artículo 369 quater al Código Penal, el cual dispone: "En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años". Junto con ello, existen en ambas cámaras del congreso diversos proyectos de ley, que buscan ampliar los cambios introducidos por la norma antes mencionada, estableciendo la imprescriptibilidad de la acción penal en aquellos delitos sexuales contra víctimas menores de edad.

Pese a que norma legal y los proyectos de ley antes señalados solo afectan a un número limitado de delitos, y se refieren en específico a la prescripción de la acción penal, sus efectos son significativos, puesto que implican una alteración a una norma de aplicación general, alterando los límites del poder punitivo y con ello la seguridad jurídica.

Por ello, en el presente el presente trabajo busca analizar de manera crítica dichas normas de *lege lata* y *lege ferenda*, a la luz de los fundamentos de la prescripción penal, buscando ilustrar si la incorporación de estas normas es congruente con los principios del derecho penal, así como los problemas de aplicación práctica que han tenido o podrían tener en el futuro.

Para esto, en el primer capítulo analizaremos la institución de la prescripción penal, centrándonos en la prescripción de la acción penal. Se describirá y caracterizará esta, exponiendo su funcionamiento y alcance en la legislación nacional. Con el fin de realizar el posterior análisis y crítica a las normas especiales aplicables a los delitos sexuales en víctimas menores de edad, se desarrollarán de forma

¹ Véase SILVA SANCHEZ, Jesús María. 2001. *La Expansión del Derecho Penal*. 2da Ed. Madrid: Civitas Ediciones. Pp. 26 y ss.

exhaustiva los diversos fundamentos entregados por la doctrina para la existencia y aplicación de la prescripción penal. También se mencionará la distinción entre prescripción de la acción penal y de la pena, la forma en que operan los plazos de prescripción penal, la suspensión e interrupción de estas y la discusión en torno a su naturaleza jurídica.

En el segundo capítulo se realizará una caracterización del abuso sexual infantil, exponiendo la prevalencia de este tipo de delitos, sus características de comisión y las consecuencias sufridas por las víctimas a corto y largo plazo. Se hará hincapié en las barreras intrapersonales, interpersonales y sociales que repercuten en la demora y negativa a denunciar estos abusos. Finalmente se mencionará el sistema de delitos contemplado en nuestra legislación y el bien jurídico protegido en esta categoría de delitos.

El tercer capítulo expondrá como los ordenamientos jurídicos de distintos países, y en particular Chile, han respondido a la complejidad de los delitos sexuales contra menores de edad, estableciendo normas especiales de prescripción de la acción penal. Se analizará en especial, la modificación del código penal por la ley 20.207, la que introdujo una nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, relatando brevemente la discusión parlamentaria y los fundamentos para la creación de una norma especial en la materia. Por otra parte, se analizará el texto de la ley 20.207 y los problemas aplicativos que ha tenido o podría tener en el futuro.

El cuarto y último capítulo tendrá por objeto exponer los proyectos actualmente en discusión sobre la materia, en particular el Boletín N°6956-07 que busca se declare imprescriptibles los delitos sexuales en contra de menores de edad. Se observará el contexto de gestación del proyecto, los fundamentos, discusión y estado actual de la moción parlamentaria. Además, se expondrán las críticas que se han formulado al proyecto en discusión, en especial en relación con los fundamentos de la prescripción penal.

CAPÍTULO I: LA PRESCRIPCIÓN PENAL

Concepto, distinción entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena

Para poder desarrollar el concepto de prescripción, debemos señalar primero que entendemos como Derecho Penal. La doctrina clásica lo define como “el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”^{2,3}. Se considera también derecho penal aquel conjunto de normas que asocian al delito como presupuesto de otras medidas de índole diversa, en especial las medidas de seguridad que tienen por objeto la prevención de los delitos⁴. En un concepto más moderno, coherente con la teoría de sistemas planteada por LUHMAN el derecho penal es “un sistema de comunicaciones cuya función es el aseguramiento y reestabilización de las expectativas que conforman el orden social”⁵.

El derecho penal forma parte del derecho público y está constituido sobre los principios de autoridad y subordinación, de esto se sigue que el derecho penal impone sus normas por sobre los intereses particulares, sean ellos hechos o víctimas⁶.

Dado que el derecho penal es la expresión máxima del *ius puniendi*, su aplicación está restringida por el principio de la *intervención mínima*, esto es “que la sanción penal debe reservarse solo para los casos más graves de ataque a los bienes jurídicos más importantes, y debe evitarse cuando sanciones de otro orden sean suficientes para crear la motivación”⁷.

La expresión más clara del principio de este principio de legalidad es la construcción dogmática de la *Teoría del delito*. Bajo este sistema de imputación, solo consideraremos como delito aquella conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable⁸. Este sistema permite garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder del estado, que debe sujetarse en todo momento a la racionalidad establecida por la voluntad soberana de la nación⁹. La ausencia de alguno de los

²MEZGER, Edmund. 1955. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Madrid: Revista de derecho Privado, p. 3.

³ En un sentido similar, POLITOFF entiende el derecho penal como “el conjunto de normas jurídicas que asocian a un hecho determinado (el delito) una determinada pena y/o medida de seguridad” (POLITOFF, Sergio; MATUS Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. 2004. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2da Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.73).

⁴ MEZGER, E., Óp. Cit. p. 4.

⁵PIÑA, Juan Ignacio. 2010. *Derecho penal: Fundamentos de la responsabilidad*. Santiago: AbeledoPerrot, p. 27.

⁶POLITOFF, S., MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C., Óp. Cit., p. 74.

⁷ETCHEBERRY, Alfredo. 1999. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. 3ra Ed. Santiago: Editorial Jurídica De Chile, p. 31.

⁸POLITOFF, S., MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C., Óp. Cit., p. 159.

⁹PIÑA ROCHEFORT, J. I., Óp. Cit., p. 27.

elementos del delito o de las condiciones establecidas constituye una eximente de responsabilidad penal, la que impedirá el nacimiento de la responsabilidad penal¹⁰.

En este sentido, la concurrencia de todos los elementos del delito (tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad) deberá acarrear como consecuencia la responsabilidad Penal. Sin perjuicio de aquello, existen casos en que, aun encontrándonos frente a un hecho merecedor de reproche penal, dicha sanción no se concrete produciéndose una decaída en la pretensión punitiva del estado. Esto se debe porque el derecho atribuye a ciertos hechos la capacidad hacer cesar la pretensión punitiva del estado, consagrando de esta manera procedimientos o instituciones que pueden contrarrestar la necesidad de la pena. Estas son las llamadas causales de extinción de la responsabilidad penal.

El derecho nacional comprende estas en el artículo 93 del Código Penal, cuyas razones para extinguir la responsabilidad son varias. Algunas son llamadas naturales, porque impiden la aplicación de la pena (como la muerte del imputado), otras obedecen a la entrega de la titularidad de la acción a un particular (el indulto, la amnistía, el perdón del ofendido), mientras que otras se deben a la necesidad de paz social y estabilización de las expectativas sociales, como la prescripción¹¹.

MAGGIORE la define como “la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley”¹². Por su parte, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, entienden esta como “la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. La prescripción no es otra cosa que la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado pues, por el paso del tiempo, ha perdido su interés”¹³.

PEDREIRA, poniendo énfasis en la seguridad jurídica generada por la prescripción, la define como “un límite temporal a la pretensión punitiva del estado, que, fundado en la exigencia social de que no se prolonguen indefinidamente las situaciones jurídicas expectantes, se concreta básicamente en una causal de exclusión de la pena”¹⁴.

En la doctrina nacional, POLITOFF define la prescripción como “la cesación de la pretensión punitiva del estado, por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido o sin que pudiese

¹⁰ ETCHEBERRY, A., Óp. Cit., t. I, p. 245.

¹¹ Ídem.

¹² MAGGIORE, Giuseppe. 1954. *Derecho Penal*, vol. II, trad. de José S. Ortega. Bogotá: Editorial Themis, p. 363.

¹³ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. 1996. *Derecho Penal. Parte general*. 4ta Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 866.

¹⁴ PEDREIRA, Félix María. 2004. *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*. Madrid. Editorial Universitaria Ramon Areces, p. 38.

ejecutarse la condena, respectivamente, siempre que durante ese lapso no se cometa por el responsable un nuevo crimen o simple delito”¹⁵.

Finalmente, en una definición que considera los fundamentos de la institución, VARGAS define la prescripción como “el olvido social del delito de la pena, transcurrido el término legal que hace cesar su punibilidad”¹⁶.

Clases de prescripción

Nuestro Código Penal contempla dos clases de prescripción, La prescripción de la acción penal (artículo 93 N°6) y la prescripción de la pena (artículo 93 N°7). Lo determinante para diferenciar una de otra es si previamente se ha dictado sentencia condenatoria o no.

La prescripción de la acción penal ocurre por el transcurso del tiempo después de cometido el delito y antes de pronunciarse sentencia. Con ella, se extingue la potestad punitiva del estado antes que este haya podido concretarse en una sentencia.

Cabe señalar que en la legislación española e italiana se habla de *prescripción del delito*. Sin perjuicio de aquello, ETCHEBERRY considera que lo correcto es hablar de prescripción de la acción ya que “El delito es un acontecimiento que no se borra por el transcurso del tiempo: lo que se acaba es el derecho a perseguir su castigo, o sea, precisamente lo que se llama acción penal”¹⁷.

Por otra parte, la prescripción de la pena implica la extinción del *Ius Puniendi* cuando habiéndose dictado una sentencia de termino condenatoria, esta no ha sido ejecutada durante el lapso de tiempo contemplado por el legislador, ya sea por un error en la administración de justicia que no ejecuta la sentencia, o porque el condenado se haya sustraído de la justicia.¹⁸ En la legislación comparada, generalmente la prescripción de la pena posee un plazo mayor que la prescripción de la acción penal.

¹⁵POLITOFF, S., MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C., Óp. Cit., p. 582.

¹⁶VARGAS, Juan Enrique. 1994. *La extinción de la responsabilidad penal*. Santiago: ConoSur, p. 109.

¹⁷ETCHEBERRY. A., Óp. Cit., t. II, p. 257. A Favor de esta interpretación GARRIDO MONTT, Mario. 2001. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 374. En contra, Cury, quien sostiene que lo correcto es hablar de prescripción del delito, por cuanto esta empieza a correr desde la comisión del hecho, pese a que la acción persecutoria no sea ejercida. Además “la prescripción no puede afectar a la acción persecutoria sino al delito mismo, precisamente porque sus efectos no son de índole procesal sino sustantivos” CURY, Enrique. 2005. *Derecho Penal. Parte General*. 7ma Ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica De Chile, p. 800.

¹⁸RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. 2004. *La prescripción penal: fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*. Barcelona: Atelier, p. 196.

Evolución histórica

Como gran parte de las instituciones del derecho, La prescripción penal ha sido una construcción legal progresiva, incorporada paulatinamente a los ordenamientos jurídicos. PESSINA sostiene que el origen de la institución se remonta a la antigua Grecia, quienes la habrían incorporado porque “las pruebas, especialmente las de la inocencia, se han hecho difíciles de obtener por el transcurso del tiempo”¹⁹.

En tanto en Roma, durante la república y los primeros tiempos del imperio, no estaba incorporada la prescripción. Existe consenso en que la *Lex-Julia de Adulteris*, es la norma más antigua en Roma en materia de prescripción penal, fijando un plazo de cinco años para el estupro, el adulterio y el lenocinio. Posteriormente en tiempos de Diocleciano, se habría ampliado la prescripción para la generalidad de los delitos, fijando un plazo de veinte años. Excepcionalmente, algunos delitos como el parricidio y la apostasía habrían sido imprescriptibles²⁰.

Durante la edad media hubo distintas modificaciones. El Derecho germánico no contemplaba la prescripción, pero comenzó a incorporarse en los estados alemanes durante los siglos XVI y XVIII. Por su parte el derecho canónico admitía la prescripción romana de veinte años, pero no aceptaba la prescripción de la condena²¹. En España, el fuero juzgo estableció la prescripción con un plazo general de treinta años. Mientras que en las Siete Partidas se establecieron tiempos de prescripción especiales para cada delito, como veinte años para el delito de falsedad, o cinco años para el adulterio, entre otros²².

Sin perjuicio de las normas anteriores, hasta finales del siglo XVIII la prescripción carecía de reglas fijas y principios estables, siendo una figura de aplicación restringida y excluida para los delitos graves. Es con la Codificación francesa del periodo revolucionario, cuando se da un impulso decisivo a la institución. El Código Penal Frances del 6 de octubre de 1791, estableció por primera vez un conjunto ordenado y sistemático de normas referentes a la prescripción²³.

¹⁹PESSINA, Enrique. 1936. *Elementos de derecho penal*. 4ta ed. Trad. de Hilarión González del Castillo. Madrid: Editorial Reus, p. 695.

²⁰YUSEFF, Gustavo. 2009. *La Prescripción penal*. 3ra Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 25 / PESSINA, E., Óp. Cit. p. 695.

²¹YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 28.

²²VARGAS, E., Óp. Cit., p. 111.

²³PEDREIRA F., Óp. Cit., p. 46.

En materia nacional, al momento de nuestra independencia, el Fuero Real y las Partidas constituían toda la legislación penal de la República²⁴. Estos cuerpos legales carecían de preceptos genéricos y universales, aplicables a todos los delitos, sino que se hacía referencia a cada tipo en particular. Esto cambia con la promulgación del Código Penal el año 1874. El título V del libro primero contiene las normas de extinción de responsabilidad penal, contemplando expresamente la prescripción, distinguiendo la prescripción de la acción penal y de la pena, estableciendo plazos generales de prescripción y que esta corriera contra toda clase de personas.

Fundamentos de la prescripción

Conforme hemos visto en el capítulo anterior, la prescripción es una institución presente en casi todo el derecho continental. Sin embargo, no existe un consenso en la doctrina respecto al fundamento de su existencia en el Derecho Penal. Dilucidar cual es dicho fundamento no solo es importante para justificar su presencia en el ordenamiento jurídico, sino también para poder llevar a cabo un análisis crítico de las modificaciones legales al régimen de prescripción. Para ello debemos responder a la interrogante: “¿Por qué transcurrido cierto tiempo sin que se haya perseguido un delito o ejecutado una condena ha de desaparecer, respectivamente, la responsabilidad de su autor o la posibilidad de que el estado ejecute La pena impuesta en sentencia firme?”²⁵.

Para esta pregunta, se han formulado multiplicidad de respuestas. Teorías que desde distintos enfoques buscan explicar este instituto, algunas entendiendo la prescripción como una institución de naturaleza material y otras de naturaleza procesal. A continuación, expondremos las principales propuestas desarrolladas por la doctrina, sus críticas, para cerrar señalando cual es a nuestra consideración el fundamento de la prescripción.

Transcurso del tiempo

La presente teoría sostiene que la prescripción penal, tanto de la acción penal, como la pena misma, no sería otra cosa que el reconocimiento como hecho jurídico dado a un hecho natural, esto es el transcurso del tiempo²⁶. En este sentido, se ha señalado que, en la prescripción civil, el lapso de tiempo es un elemento relevante, pero no el único que determina la legalidad de su existencia. Lo contrario sucede en materia penal, donde el tiempo es el único motivo y causa de la institución²⁷.

²⁴ YUSEFF, G., Óp. Cit., p. 32.

²⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 17.

²⁶ YUSEFF, G., Óp. Cit., p. 49.

²⁷ VARGAS, J., Óp. Cit., p. 114.

Ciertamente, el transcurso del tiempo es determinante para la existencia de la prescripción, pero esta teoría no responde porque consideramos que dicho lapso justifica el cese de punibilidad del hecho delictivo. Además, y respecto a la realidad chilena, en la prescripción de la acción penal no basta el mero transcurso del tiempo, ya que es necesario también que la persona no haya cometido nuevo crimen o simple delito con posterioridad al que intenta prescribir²⁸.

Olvido de la Infracción

Quienes sostienen esta teoría consideran que “con el transcurso del tiempo se debilita el recuerdo del delito en la sociedad, hasta que llega un momento en que desaparece, como consecuencia del olvido social”²⁹. Desde un criterio preventivo general, se entiende que, llegado a ese momento de olvido social, la pena resulta innecesaria e inútil, desapareciendo por tanto la legitimidad de la misma.

Distintos autores han sostenido esta teoría, así por ejemplo PESSINA, para quien, con el lapso del tiempo, se recuerda menos el delito y la misma sociedad cambia, al cambiar los individuos que la constituyen. Por ello el tiempo, sin destruir o crear derecho ejerce una eficacia “la de sustituir nuevas impresiones a las impresiones precedentes en el espíritu humano, de modo que la inercia de la autoridad penal, callada, durante cierto tiempo, se debilita hasta llegar a extinguirse la conciencia del delito”³⁰.

El mismo criterio mantiene MAGGIORE, señalando que “el Estado –ante la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, elimina el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la consecución de pruebas– abdica el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida”³¹.

Este fundamento ha sido aceptado por parte de la doctrina, en parte porque es coherente con los criterios de prevención general, teoría de la pena aceptada por gran parte de la doctrina, y en parte porque permite explicar el carácter proporcional y escalonado de los términos prescriptivos. Sin embargo, tampoco ha estado exento de críticas. Conforme señala PEDREIRA, esta postura no resulta coherente con los postulados de las teorías absolutas o retributivas. Bajo estas teorías, la pena es un fin en sí misma, y por ello no se entiende como el olvido social debería afectar a su imposición³².

²⁸ Ibid., p. 113.

²⁹ PEDREIRA F., Óp. Cit., p.124.

³⁰ PESSINA, E., Óp. Cit., p. 694.

³¹ MAGGIORE, P., Óp. Cit., p. 363.

³² PEDREIRA, F., Óp. Cit., p. 125.

El mismo autor advierte que “el nivel de alarma social y el recuerdo del delito en la sociedad, no siempre coinciden con la gravedad del hecho y la pena a imponer por el mismo. Con base a este criterio, aquellos delitos de escasa repercusión social podrían llevar aparejados plazos prescriptivos inferiores a aquellos otros, quizás más leves, que por distintas razones tuvieran una mayor afectación social”³³.

Renuncia o pérdida de interés estatal en la represión

Algunos autores señalan que el fundamento de la prescripción penal sería la pérdida de interés estatal en la punición. En estos casos el titular de la acción penal, el estado, al no ejercer dicha función dentro de los términos legales, estaría renunciando a ella³⁴. En este sentido, WELZEL señala que “el transcurso del tiempo extingue el interés estatal en la persecución del delito”³⁵. SAUER observa que aun cuando con el tiempo desaparece el interés en la punición y opera por consiguiente la prescripción, continúa existiendo la punibilidad material³⁶.

La doctrina es crítica a esta postura, por cuanto no existe una titularidad respecto de la acción penal pública. En ese mismo sentido, mal podría hablarse de una renuncia a un derecho, cuando esta no pertenece a nadie³⁷. Por ello, la inactividad estatal puede ser un requisito para que opere la prescripción, pero no el fundamento de la misma.

Más aún, los poderes públicos no pueden recurrir discrecionalmente al *ius Puniendi*, sino que solo están legitimados para ejercerlo como respuesta a determinadas necesidades sociales y conforme las normas del sistema jurídico. Por ello, conforme plantea RAGUÉS I VALLÈS “con la mera apelación a la idea de renuncia estatal se ignora la posibilidad que la necesidad de castigo haya desaparecido por completo y por tanto, el estado esté obligado a prescindir de la pena (...) [En este sentido] resultaría ilegítimo no prescindir de la sanción cuando esta ya no fuera necesaria para preservar los intereses fundamentales de la sociedad”³⁸.

³³ PEDREIRA, F., Óp. Cit. p.127. Sin perjuicio que es el legislador el que establece la gravedad de un delito en tanto el aumento de su cuantía por medio de las penas, no deja de ser cierto que el nivel de alarma social ha afectado en la configuración y penalidad de algunos tipos de delitos. El ejemplo más claro son los delitos contra la propiedad, donde el aumento de cuantía de las penas tiene como consecuencia el aumento de los plazos de prescripción.

³⁴ Conforme señala YUSEFF, Algunos profesores prefieren utilizar el término “pérdida de interés” en vez de “renuncia” para acentuar el carácter predominante de orden público de la institución, desterrando toda referencia a una eventual comparación con una eventual *prescripción adquisitiva de la impunidad*. (YUSEFF, G., Óp. Cit., p. 50).

³⁵ WELZEL, Hans. 1970. *Derecho Penal Alemán*. 11va Ed. Traducción Bustos-Yáñez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 357.

³⁶ SAUER, Wilhelm. 1956. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Bosch, p. 390.

³⁷ VARGAS, E., Óp. Cit., p. 113.

³⁸ RAGUÉS I VALLÈS, R. Óp. Cit., p. 25.

Estabilización de las situaciones Jurídicas

Parte de la doctrina, en especial la nacional³⁹, ha buscado el fundamento de la prescripción en la seguridad Jurídica. Al respecto, ETCHEBERRY señala que “La necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo, ha llevado a contemplar la institución de la prescripción en materia penal, tal como ella existe en materia civil. Institución no fundamentada en una idea estricta de justicia, sino más bien de paz social, la prescripción resulta, sin embargo, imprescindible en la práctica”⁴⁰.

En igual sentido se expresa NOVOA, quien afirma que “Existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aun de hecho, como son las de la elusión prolongada de la responsabilidad penal que a algunos quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad penal de su parte”⁴¹.

LABATUT agrega que el fundamento se encontraría en la necesidad social de eliminar el estado de incertidumbre que se genera en las relaciones jurídico-penales entre el imputado y el estado⁴². En este sentido, se ha señalado que toda persona debe poder conocer antes de actuar las consecuencias de sus comportamientos. Esto incluye el derecho a saber el tiempo en que un determinado delito va a dejar de ser perseguido por los aparatos del estado.

Este último punto ha sido blanco de críticas, ya que, si todos los ciudadanos supieran de antemano que sus conductas delictivas nunca dejarán de ser perseguibles, no con ello se entendería vulnerada su seguridad jurídica⁴³. Esto, además, sería incompatible con la existencia de delitos imprescriptibles, como los delitos de lesa humanidad.

Más allá de lo antes dicho, existe consenso en que la prescripción tiene un efecto pacificador, permitiendo la reincorporación plena de una persona a una sociedad. Aquellas personas que hasta antes que operare la institución eran prófugas, ahora pueden actuar sin miedo a que los

³⁹POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ afirman que “la doctrina mayoritaria comparte la idea de que el fundamento de esta institución radica en el principio de la seguridad Jurídica” (POLITOFF, S., MATUS, J. P., & RAMÍREZ, M. C., Óp. Cit., p. 582).

⁴⁰ ETCHEBERRY, A. 1999., Óp. Cit. T. II. P. 256.

⁴¹NOVOA, Eduardo. 1985. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo II. Santiago: Ediar-ConoSur Ltda., p. 486. En el mismo sentido BELING, quien señala que la prescripción “descansa en la consideración de que el ordenamiento jurídico no puede menos que reconocer como jurídicos a ciertos estados mucho tiempo subsistentes y a causa de su propia firmeza” (BELING, Ernst. 2002. *Esquema de Derecho Penal*. Trad. De Carlos M. de Elia. Buenos Aires: Librería El foro, p.159.)

⁴²LABATUT. Gustavo. 1990. *Derecho Penal. Tomo I*. 9na Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p. 297.

⁴³RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 29.

hechos delictivos cometidos en el pasado afecten las relaciones nuevamente creadas y consolidadas por el tiempo⁴⁴.

Sin embargo, reconocer los beneficios de la seguridad jurídica para la estructura social, no implica señalar que este deba ser el fundamento de la prescripción, de igual manera que esto no resulta incompatible con la idea de señalar que una vez establecidos los plazos de prescripción, estos no pueden ser alterados arbitrariamente por el legislador. Así, la seguridad jurídica es una consecuencia de la existencia de la prescripción, pero no la causa de justificación de la misma⁴⁵.

Teoría de la expiación moral o indirecta

Quienes sostienen esta teoría afirman que el temor al castigo, la angustia de ser apresado y el remordimiento sufridos durante el plazo de prescripción por el sujeto que elude la acción de la justicia serían un castigo equivalente e inclusive mayor a la pena misma. En este sentido, imponer nuevamente una pena atentaría contra el principio del *Non Bis in ídem*⁴⁶.

Esta teoría ha sido duramente criticada. En primer lugar, porque la expiación moral es una teoría arbitraria, en que si bien podrá haber personas que sufran de estos temores y remordimientos, también habrá quienes no tengan angustia alguna y más aún a quienes la impunidad después de transcurrido el tiempo se vean motivados por la sensación de impunidad⁴⁷. En segundo lugar, y en la medida que la finalidad de la pena no es meramente aflictiva, los sufrimientos del prófugo podrán mitigar, pero jamás considerarse equivalentes a la impunidad⁴⁸.

Teoría de la enmienda

Bajo esta teoría, transcurrido el plazo de prescripción, sin que el delincuente haya cometido otro delito, se entiende que la pena sería innecesaria, ya que puede presumirse la corrección o reinserción social del autor del hecho. Conforme sostiene CUELLO CALÓN “habiendo transcurrido largo tiempo sin cometerse nuevo delito, se prueba que el delincuente se ha corregido, por lo cual es innecesaria la sanción penal”⁴⁹.

⁴⁴VARGAS, J., Óp. Cit., p. 114.

⁴⁵RAGUÉS I VALLÈS, R. Óp. Cit., p. 29.

⁴⁶Véase CARRARA, Francesco. 1976. *Opúsculos de derecho Penal*. Opúsculo XIII. Bogotá: Temis, p. 66.

⁴⁷VARGAS, J. Óp. Cit. p. 116.

⁴⁸PEDREIRA, F. Óp. Cit. p.135.

⁴⁹CUELLO CALÓN, Eugenio. 1967. *Derecho Penal: Conforme al Código Penal, Texto Refundido De 1944*. V. I. 9a. Ed. Barcelona: Bosch, p. 710.

Nuestro Código Penal adoptaría, al menos en parte este argumento. Esto porque el artículo 96 del Código, establece la interrupción de la prescripción por la comisión de un nuevo crimen o simple delito⁵⁰. Se entendería que al descartarse la presunción de buena conducta debe negarse la posibilidad de prescripción⁵¹.

Sin perjuicio de lo anterior, esta teoría no es adecuada para fundamentar la prescripción. Al igual que en la teoría anterior, la enmienda de la persona es solamente una posibilidad, pero no una certeza del procedimiento. Además, aun cuando pueda tener relevancia para la forma de cumplir la pena, los criterios preventivo-especiales no son aquellos que deben definir la existencia de la prescripción o no⁵².

Desaparecimiento de las pruebas

Considerada como la principal teoría de fundamentación de la pena de orden procesal, parte de la doctrina afirma que las infracciones penales deben prescribir porque el transcurso de los hechos implica la paulatina desaparición de la prueba, dificultando o haciendo imposible probar lo ocurrido, lo que aumentaría el riesgo de error judicial en aquellos tribunales que conocen de la causa.

Según explicaba antes PESSINA⁵³ este habría sido el origen de la institución en el derecho de la Grecia Clásica. A su vez, varios autores, como WELZEL⁵⁴ reconocerían que la desaparición de las pruebas jugaría un rol determinante para la prescripción.

Inclusive, Fontecilla señala que la prescripción no tiene un fundamento político sólido, y existiría solo por motivos de economía procesal, pues existe una dificultad probatoria para la comprobación de hechos después de un largo tiempo transcurrido (con sus consiguientes costos para el sistema)⁵⁵. Por la otra, sería un mecanismo de protección para el inocente. En este sentido, quien es inocente “¿se preocupará por las pruebas que lo demuestren? Claro que no. A medida que transcurra el tiempo le va a ir siendo cada vez más dificultoso al inocente acreditarlo ante un juez”⁵⁶.

⁵⁰ YUSEFF, J., Óp. Cit. p.57.

⁵¹ VARGAS, J. Óp. Cit. p. 115.

⁵² PEDREIRA, F. Óp. Cit. p.131. Cabe agregar, que la prescripción no es la única institución del derecho que posibilitaría esta rehabilitación. La existencia de la suspensión del procedimiento, e incluso las penas sustitutivas establecidas en la ley 18.216, permiten que aún dictada sentencia condenatoria, la reinserción del condenado sea una posibilidad efectiva.

⁵³ Vid Supra P. 9.

⁵⁴ “El transcurso del tiempo hace que la persecución de los hechos muy anteriores se torne cada vez más difícil o prácticamente imposible” WELZEL, H., Óp. Cit., p. 357.

⁵⁵ FONTECILLA, Rafael. 1978. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo III. 2a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 149.

⁵⁶ VARGAS, E., Óp. Cit. P. 116.

Sin perjuicio que este pudo ser el fundamento histórico de la prescripción, consideramos que hoy no es un argumento válido para sostener la misma. En primer lugar, debemos tener presente que la dificultad de prueba no es algo inherente a los hechos que se juzgan una vez transcurridos muchos años, sino que puede estar presente en delitos cometidos muy poco tiempo antes de su enjuiciamiento. Y a la inversa, es perfectamente posible que en sucesos cometidos mucho tiempo atrás se cuente con abundante material probatorio que reduzca al mínimo el riesgo de equivocación⁵⁷. En este sentido afirma PEDREIRA que el empeoramiento de la prueba es un efecto coyuntural, tal vez frecuente, pero no necesario del transcurso del tiempo, por lo que no debería ser elevado a la categoría de presunción⁵⁸.

Por otra parte, los distintos plazos de prescripción no guardan ninguna proporcionalidad con el grado de dificultad probatoria de la clase de delitos, sino con la mayor o menor gravedad de la infracción⁵⁹. Además, bajo esta teoría no es posible justificar la prescripción de pena, toda vez que en aquellos casos en que ya se ha declarado la culpabilidad, la desaparición de pruebas es irrelevante.

Finalmente, en los sistemas procesales modernos, no se observa como necesaria la prescripción como herramienta para limitar el error en la valoración de la prueba. Esto, porque el derecho de presunción de inocencia (artículo 4 del Código Procesal Penal) implica como primera consecuencia que la prueba en el juicio penal corresponde al Estado. En virtud de esta regla de enjuiciamiento si el Estado no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado⁶⁰. Este principio, sumado a un estándar de convicción más allá de toda duda razonable establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, son una protección adecuada al problema de desaparición de pruebas.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Otra teoría de carácter procesal es aquella que ha entendido la prescripción de la acción penal como una expresión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. ZAFFARONI señala que “La amenaza penal no puede quedar suspendida ilimitadamente ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición del proceso penal en

⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, R. Óp. Cit., p. 31.

⁵⁸ PEDREIRA, F. Óp. Cit., p.138.

⁵⁹ GÓMEZ, Víctor. 2017. *La prescripción de los delitos con menores de edad: Análisis del problema y propuesta de lege ferenda*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, p. 7.

⁶⁰ HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 80.

un plazo razonable”⁶¹. Para el autor, la garantía de defensa requiere de una sentencia en un tiempo razonable, ya que lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva, acaba invirtiendo la lógica del proceso⁶².

A nivel internacional se encuentra consagrado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8 N°1) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 N°3), Tratados internacionales suscritos por Chile y por ello parte de nuestra legislación⁶³. Por otra parte, si bien la reforma procesal penal no ha declarado expresamente a nivel de principios el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la doctrina considera que este se observa en numerosas disposiciones orientadas a conferir la protección que impone dicha garantía⁶⁴.

Sin embargo, esta teoría no ha estado exenta de críticas. Se debe reconocer que la prescripción penal y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas son dos cuestiones independientes, y mantienen una relación ante todo causal y no lógica ni jurídica⁶⁵. En este sentido, la prescripción del delito no solo puede producirse durante el proceso, sino también con anterioridad al mismo, pues los plazos de prescripción comienzan desde el día que se haya cometido la infracción. Más aún pueden existir tanto dilaciones indebidas sin prescripción, así como prescripción sin dilaciones indebidas⁶⁶.

Teoría de la autolimitación temporal del estado al ejercicio de la acción penal

Otra formulación interesante ha sido la de BINDER, quien ha reconocido en la prescripción una forma de autolimitación estatal. Señala que “en el caso específico del límite temporal al ejercicio del poder penal del estado, su función consiste en garantizar que ese poder no sea utilizado más allá de los límites de necesidad social, porque ese poder solo existe para garantizar el orden social y es políticamente preferible presumir que el tiempo ha restaurado, por su solo transcurso, ese orden social, que entregarle al estado un poder temporalmente ilimitado”⁶⁷.

En un criterio similar, PASTOR señala que “La potestad es otorgada por el orden jurídico que, en materia procesal, se expresa por leyes, leyes que fijan la competencia, los procedimientos, pero también los límites temporales de esa competencia y de la actuación de esos procedimientos. Esto

⁶¹ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. 2002. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, p. 899.

⁶²ibid.

⁶³ Esto en virtud del artículo 5 N°2 de la constitución política de la república.

⁶⁴ HORVITZ, M. I.; LÓPEZ, J. Óp. Cit., p. 75-76

⁶⁵ PASTOR, Daniel. 2002. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*. Buenos Aires: AD-HOC, p. 447.

⁶⁶ PEDREIRA, R., Óp. Cit., p. 141.

⁶⁷ BINDER, Alberto. 1990. *Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio*. Revista Doctrina Penal. Vol. 13. N°49/52: pp. 279-280.

significa que para la vigencia plena del principio del Estado de Derecho es preciso que tanto los presupuestos sustantivos de la pena como los procesales estén determinados categóricamente en la ley⁶⁸.

Esta teoría, si bien reconoce de manera correcta la función de la prescripción, en tanto forma de autolimitación estatal antes que derecho del imputado, todavía no logra explicar el fundamento de dicha autolimitación. Sin perjuicio de aquello, retomaremos estas ideas en un momento posterior.

Teorías en relación con la función de la pena

Otra forma de aproximación al fundamento de la prescripción penal ha sido a través de función que cumple la pena en el sistema social. En ellas se entiende que transcurrido cierto periodo de tiempo sin que se imponga o cumpla la pena, esta pierde la capacidad de cumplir con los objetivos de su imposición (sean en su caso la retribución, la prevención general o la prevención especial), por lo que no debe ser aplicada.

En este sentido opinan BUSTOS y ORMAZABAL, quienes señalan que “el problema de la naturaleza de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la facultad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia, una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal⁶⁹. Autores como CURY⁷⁰ o GARRIDO MONTT⁷¹ consideran que la necesidad de la Pena o de castigo se diluye con el paso del tiempo hasta ser inferior a la necesidad de paz social.

Sin embargo, la misma doctrina ha observado deficiencias y reparos en cada una de las teorías del fin de la pena, respecto a su capacidad para justificar la existencia de la prescripción penal.

Por una parte, los autores que asocian la función de la pena con la prevención especial han argumentado que debe evitarse la imposición de penas tardías para no impedir la resocialización del reo, la cual podría alcanzarse con el paso del tiempo⁷². Sin embargo, la prescripción no depende en modo alguno de los cambios de actitud que el sujeto experimente con el transcurso del tiempo, sino

⁶⁸PASTOR, Daniel., Óp. Cit., p. 371.

⁶⁹BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. 1997. *Lecciones de derecho penal*. Vol. I. Madrid: Trotta. p. 230. Así también FERRAJOLI, Luigi. 1995. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, p. 574.

⁷⁰CURY, E., Óp. Cit., p. 798.

⁷¹GARRIDO MONTT, M., Óp. Cit., t. I, p. 373.

⁷² Esto en relación con la Teoría de la enmienda antes expuesta. Vid. Supra pp. 12-13.

de la gravedad del hecho cometido, sin tener en consideración las características personales del autor⁷³.

Por otra parte, tampoco se sostiene la justificación de la prescripción en base a las teorías de prevención general, según las cuales la prescripción se fundamenta en la imposibilidad de realizar los fines preventivo-generales transcurrido un periodo de tiempo⁷⁴. Si entendemos que la función de la pena es intimidar al delincuente potencial (prevención general negativa), no es posible descartar que la imposición de una pena mucho tiempo después de la comisión del delito genere los mismos efectos intimidatorios que la sanción impuesta poco tiempo después de cometerse la infracción⁷⁵. Más aún, “si lo que se persigue con la imposición de la sanción es intimidar, la prescripción no contribuye a conseguir tal finalidad, sino que, por el contrario, en ocasiones puede generar un efecto contrapuesto: para el delincuente el que los delitos prescriban es más un pro que un contra para su perpetración”⁷⁶.

A su vez si la función de la pena fuera la prevención general positiva, esto es la pena como acto comunicativo que tiene por propósito reafirmar la vigencia de una norma ante la colectividad, no existen argumentos de peso para negar que la pena impuesta mucho tiempo después de su comisión puede tener la misma capacidad comunicativa⁷⁷.

Finalmente, tampoco las concepciones absolutas de la pena permiten justificar la existencia de la prescripción penal. Como señala Pastor “el retribucionismo, por definición, no está en condiciones de admitir que un delito no sea castigado por el mero transcurso del tiempo. Esta teoría lleva la necesidad de pena hasta los confines mismos de la sociedad de modo que mal podría el tiempo anular el castigo”⁷⁸.

Llegados a este punto es posible afirmar que la prescripción no puede ser explicada como desaparición de las meras funciones que se le atribuyen, utilitariamente, a la aplicación y ejecución de

⁷³RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit. p. 35. El autor, haciendo referencia a LORENZ agrega que, si realmente el fundamento de la prescripción fuera la prevención especial, se tendría que exigir el análisis de ciertas características de personalidad del autor para decretar prescrita su infracción.

⁷⁴PEDREIRA, R. Óp. Cit., p. 129.

⁷⁵RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., pp. 36-37.

⁷⁶Ibid.

⁷⁷Ibid., p. 38. Así también PEDREIRA, R. Óp. Cit., p. 128.

⁷⁸PASTOR, Daniel., Óp. Cit., p. 452.

una pena estatal, pues para ello sería necesario establecer, caso a caso, si esos fines se han alcanzado⁷⁹.

Fundamento múltiple de la prescripción

Finalmente, cabe hacer notar que las dificultades para determinar un único fundamento de la prescripción penal han llevado que un importante número de la doctrina plantee la existencia de dos o más fundamentos para la prescripción penal⁸⁰. Desde esta perspectiva, la prescripción se fundamentaría en parte por consideraciones basadas en finalidad de la pena, en parte por consideraciones procesales (generalmente la tesis de dificultades probatorias), en parte por la necesidad jurídica.

Sin embargo, la mera acumulación de teorías, que pueden concurrir en algunos supuestos, no permite justificar de manera global la existencia de la prescripción penal. Esto porque en casos concretos es perfectamente posible que se dé una antinomia entre las distintas teorías que fundamentan la prescripción penal, no siendo claro cuál debe prevalecer⁸¹. Por esto “En la medida en que las teorías que defienden el fundamento múltiple no aportan criterios para decidir cuál de los datos anteriores debe ser el decisivo resulta imposible determinar con exactitud cuál es la solución de propugnan, lo que permite cuestionar seriamente su utilidad y, por tanto, su corrección misma”⁸²

Prescripción y función del derecho Penal

Finalmente, parte de la doctrina ha señalado que el fundamento de la prescripción debe ser buscada en la función misma del derecho penal. Es decir, aquellas razones que explican la creación y mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del estado⁸³.

Para sostener esta teoría, la que consideramos es la correcta, debemos fijar en primer lugar cual es la función del derecho penal. En este punto, parte de la doctrina ha señalado que dicha función es la

⁷⁹ Ibid. P. 453.

⁸⁰ Así por Ejemplo VELÁSQUEZ, quien señala “parece viable suscribir las tesis mixtas en torno a la naturaleza del fenómeno, a lo que contribuye su regulación conjunta en los estatutos sustantivo y procesal, de donde se deriva un fundamento plural, aunque con hincapié en el transcurso del tiempo” (VELÁSQUEZ, Fernando. 2011. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 1385). También ROXIN para quien “tanto la extinción de la necesidad de pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad” (ROXIN, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. de Diego Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Madrid: Civitas, p. 991.)

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. 2005. *Derecho Penal. Parte general*. Ed. 7ª Montevideo: editorial B de F. p. 751.

⁸² RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 41.

⁸³ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit. p. 41 / BALMACEDA, Gustavo. 2016. *La Prescripción en el Derecho Penal Chileno*. Revista de ciencias penales. Sexta época. N°.1: pp. 110-111 / VARGAS, E., Óp. Cit. pp. 118-119 / En parte, aunque inclinado al concepto de seguridad jurídica, YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 56.

protección de bienes jurídicos⁸⁴. Sin embargo, como plantea PIÑA, los bienes jurídicos no son bienes valiosos en sí mismos, sino que objetos merecedores de protección en cuanto contribuyen a mantener las condiciones de participar en las interacciones sociales⁸⁵. Como explica el mismo autor, “la sociedad, cuando se otorga un sistema jurídico-penal, no pretende la mera conservación u optimización de bienes, sino que pretende posibilitar los contactos sociales, asegurar un mínimo de estabilidad en las relaciones sociales, de manera que los partícipes de la vida social puedan desenvolverse con un mínimo de certeza”⁸⁶.

De esta manera, existe cierto consenso en la doctrina contemporánea, que el verdadero fin o función del derecho penal es *el mantenimiento o estabilidad de un determinado modelo de sociedad*. Función que ha sido expresada en distintos y diversos términos como “mantenimiento de un orden social” o “confirmación de la configuración de la sociedad”⁸⁷.

Ahora bien, si esta es la función del derecho penal, la principal reacción de este, La pena, debe orientarse hacia esta función. En este sentido, la pena es siempre una reacción frente a un hecho perturbador del orden social que quiere ser preservado⁸⁸. Adscribiendo a la teoría de la prevención general positiva, diremos que la pena es un mensaje que acontece y que tiene por objetivo reafirmar la norma vulnerada y declarar que ella sigue vigente, una confirmación normativa de la sociedad⁸⁹.

Sin embargo, aún si es necesario reestabilizar la norma infringida y para ello se impone una pena al delincuente ¿Cuál es el límite para dicha reestabilización? ¿sería aceptable, si es que el hurto estuviera descontrolado en la sociedad, subir a 15 años de condena las penas para estos delitos, aún los de los hurtos de baja monta? La respuesta es no, y es aquí donde observamos que el sistema posee a su vez ciertos mecanismos capaces de contener la operación del sistema penal de modo que pueda predicarse de dicha operación el ser legítima. Solo cuando en la operación del sistema penal cumplen su función todas estas estructuras, puede decirse que el sistema penal cumple su función propia, o lo que es lo mismo, opera legítimamente⁹⁰.

⁸⁴ Así: ETCHEBERRY, A. Óp. Cit., t. I, p. 29 / CURY, E. Óp. Cit., p. 45 / LUZÓN PEÑA, Diego. 2016. *Derecho penal: Parte general*. 3a. ed. Montevideo: Editorial B de F. p. 78 / En cierta medida también WELZEL, H. Óp. Cit., p.5.

⁸⁵ PIÑA, J. Óp. Cit., p. 42.

⁸⁶ Ibid. P. 55.

⁸⁷ Roxin, C., Óp. Cit. P. 81 / JAKOBS, Gunther. 1998. *Sobre La Teoría de la pena*. Bogotá: Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. P. 32 / PIÑA, J. I. Óp. Cit., p. 56; PASTOR, D. Óp. Cit., p. 454.

⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit. p. 42.

⁸⁹ PIÑA, J. I., Óp. Cit., p. 75.

⁹⁰ Ibid., p. 57.

Esto es así porque, en la medida que el derecho penal es un segmento del ámbito social junto a otros sistemas sociales, el mismo sistema normativo es destinatario de expectativas sociales, las que deben ser satisfechas para mantener su estabilidad. De esta manera el derecho penal debe hacerse cargo tanto de aquellas expectativas que se dirigen a los otros (no matar, no lesionar, no defraudar, etc.) como las que se dirigen al propio sistema penal (no condenar sin tipicidad previa, no condenar sin culpabilidad, no exceder el límite proporcional entre hecho y pena, etc.)⁹¹.

El principal efecto de esto es que se rompe la identificación de derecho penal con el fin de la pena. “La estabilización de las expectativas sociales fundamentales no solo se realiza mediante la imposición de penas (lo que equivale a la noción tradicional de prevención general positiva: una teoría de la pena); sino también mediante la no-pena. Cuando la decisión penal determina que cierto hecho ‘no se pena’, también está cumpliendo la función estabilizadora. En términos simples, lo que tradicionalmente se ha denominado prevención general positiva solo atañe a una parte de la función que ha de cumplir el sistema de imputación jurídico-penal, nada más”⁹². Estas otras operaciones del derecho penal que no implican una pena, o que directamente la niegan son necesarias para dicha función estabilizadora, porque “Tan perturbador de la estabilidad social como un delito, es la operación desenfrenada y carente de límites del poder punitivo del estado”⁹³.

Desde esta perspectiva, debemos analizar el rol concreto que juega la prescripción en la función estabilizadora del derecho penal.

Como ya señalamos antes, la pena es una reacción ante un hecho perturbador del orden social que requiere ser preservado. Sin embargo, el contenido perturbador de dicho hecho no tiene un carácter estático, sino que va atenuándose progresivamente en el tiempo⁹⁴. Esta vigencia del conflicto o perturbación se reduce en la medida que los hechos delictivos dejan de ser vistos por la colectividad como un fenómeno peligroso para el modelo social vigente y pasa a percibirse como algo del pasado.

En este sentido, ZAFFARONI afirma que “La pena presupone un conflicto, pero no un conflicto con valor histórico o anecdótico, sino un conflicto que, si bien siempre debe ser pasado, debe seguir siendo vivenciado conforme a su esencia conflictiva, es decir, que debe tener vigencia en la vivencia de los que sufren sus consecuencias y, en general, de quienes lo protagonizaron”⁹⁵. Bajo esta premisa,

⁹¹ PIÑA, J. I., Óp. Cit., p. 58.

⁹² Ibid., p. 81.

⁹³ Ibid., p. 88.

⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 42.

⁹⁵ ZAFFARONI, E., Óp. Cit., p. 882

si un hecho ha perdido su contenido perturbador no tiene sentido que el estado responda punitivamente, pues tal suceso habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al modelo social. En ese caso, se vulneraría el principio que solo es legítima la pena necesaria para el mantenimiento del orden social vigente⁹⁶.

Cabe señalar que la idea que *el paso del tiempo debe extinguir la responsabilidad penal* no se justifica por la imposibilidad de generar efectos social o simbólicamente útiles castigando hechos pretéritos⁹⁷, sino por la falta de lesividad de tales hechos. “Los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en riesgo el modelo social vigente y por tanto carecen de contenido lesivo que justifique su sanción”⁹⁸.

Si entonces, reconocemos que esta clase de hechos ha perdido su carácter lesivo, La prescripción es un instituto necesario para evitar el ejercicio indiscriminado del poder punitivo. En tanto limitación al monopolio de la fuerza que detenta el estado, la prescripción cumple la función del Derecho Penal, estabilizando las expectativas sociales de legitimidad respecto del mismo sistema penal. En este sentido PASTOR señala que “si el Estado de derecho, para impedir el *bellia ommia*, se ha hecho cargo de disponer la pena para determinados comportamientos —los socialmente más reprochables—, es comprensible que la persistencia de esta actitud, que nunca podrá ser, por definición, ilimitada, dependa de ciertos factores que permitan inferir la pervivencia de un deseo social o particular de venganza (reclamo de justicia) que el Estado está obligado a reconocer, representar y ejercer. Pero junto al sentimiento de justicia, también el olvido y el perdón de las ofensas que sufrimos son inherentes a la condición humana y forman parte de nuestra cultura y de su historia moral. Las personas cuentan con que el olvido y el perdón llegarán, con el transcurso del tiempo, tanto para las faltas cometidas como para las sufridas. Así como se reconoce el deseo de libertad de los hombres como fundamento de un libre albedrío indemostrable, así como se defiende una igualdad de todos los seres que es contraria a la realidad de las cosas, así como se utiliza una dignidad de las personas

⁹⁶RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit. p. 43.

⁹⁷ Como señalamos anteriormente, es perfectamente posible imaginar casos en que la aplicación de una pena, aún después de un largo tiempo transcurrido pueda ser funcional a los fines preventivo-generales o especiales que puede tener la pena. Vid. supra p. 17.

⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit. p. 45. En Este mismo sentido VON LISZT, para quien “Ciertamente que sería posible concebir la persecución y el castigo hasta de las más leves contravenciones, aún después de una generación; pero los efectos que la pena podría producir, aún en este caso, respecto del autor, del ofendido y de los demás, serían completamente desproporcionados con las dificultades o incertidumbres que ofrecería la constatación del hecho con la perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas” LISZT, Franz Von. 2003. *Tratado de derecho penal*. Volumen III. Trad. De Luis Quintiliano Saldaña. Ciudad de México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, p. 403.

que ni siquiera puede ser descrita, así también el olvido y el perdón tienen un momento para jugar su ficción jurídica: se los considera sucedidos al tiempo de la prescripción”⁹⁹.

Esta teoría, permite justificar además que la duración de los plazos de prescripción dependa de la gravedad de cada delito, pues es esperable que cuanto más grave sea la infracción, mayor deberá ser también el tiempo que deba transcurrir para que la colectividad pase a percibirla como un asunto del pasado¹⁰⁰. En este sentido, “el Estado ha tasado con el mismo criterio tanto la medida del dolor como la del olvido humano. La del dolor, a su vez, tanto para graduar la magnitud de la lesión sufrida por el ofendido como para establecer la limitación en los derechos del ofensor que el Estado impondrá en compensación del delito. La del olvido, al sostener, coherentemente, que la misma unidad máxima de tiempo prevista como pena debe ser también la medida de la subsistencia de un dolor, sin olvido, que debe seguir siendo representado por el Estado en el reclamo de la pena (...) Después del transcurso del tiempo la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena”¹⁰¹.

Finalmente, esta teoría explica también como la comisión de un nuevo delito interrumpe la prescripción toda vez que, con dicha acción delictiva, el imputado reavivaría el recuerdo del hecho delictivo, recobrando su lesividad y por tanto la necesidad de la pena como reacción de reestabilización social.

Naturaleza Jurídica de la Prescripción Penal

En las monografías y tratados existentes sobre la prescripción penal es común encontrar numerosas páginas dedicadas a dilucidar la naturaleza jurídica de este instituto penal. Esto sucede porque establecer su naturaleza contribuiría a un mejor conocimiento e interpretación de la norma, permitiendo su adecuación al sistema jurídico y a los preceptos que lo regulan¹⁰².

En particular, la discusión se ha centrado en si la prescripción del delito tiene un carácter jurídico material, siendo una causa de exclusión de punibilidad contemplada en el derecho penal sustantivo, o si en cambio tiene un carácter jurídico procesal, en tanto sería un impedimento procesal. Como tercera posibilidad, se ha planteado que la prescripción penal tendría una naturaleza mixta, es decir, tanto penal como procesal.

⁹⁹PASTOR, D. Óp. Cit., p. 454.

¹⁰⁰RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 45.

¹⁰¹PASTOR, D. Óp. Cit., p. 455.

¹⁰²PEDREIRA, R., Óp. Cit., p. 81.

Quienes consideran a la prescripción penal como una institución procesal argumentan que lo suprimido por el paso del tiempo es la acción para perseguir el delito o la ejecución de la pena, y no los elementos del delito¹⁰³. En este sentido, la prescripción operaría “no como una causa de revocación de la pena, sino como un impedimento del proceso, que obsta a la formación de éste, y que por tanto su comprobación debe resolverse por sobreseimiento en el caso de la prescripción de la acción penal, o prohibiendo la ejecución, en el caso de prescripción de la pena”¹⁰⁴. Este sería el criterio preponderante en la doctrina y jurisprudencia alemana y francesa¹⁰⁵.

Esta posición es criticada por GUZMÁN DÁLBORA, quien señala: “Se acomoda mal a una visión procesalista que la medida de los plazos prescriptivos dependa de la gravedad del delito y en su caso, de la entidad de las penas; que la prescripción del primero se cuente desde la fecha en que fue perpetrado, y no desde el día en que el Estado tomó conocimiento de él, así como que interrumpa la secuencia de toda suerte de prescripción la comisión de un nuevo crimen o simple delito por el prescribiente”¹⁰⁶.

Por otra parte, quienes sostienen la tesis material de la naturaleza jurídica de la prescripción señalan que, siendo la pretensión punitiva del Estado de Derecho material, la prescripción, que vendría a ser la cesación de dicha potestad por el transcurso de un período de tiempo fijado por la ley, sería también una institución de Derecho material¹⁰⁷. Existiría en este sentido, una imposibilidad del estado de ejercer su potestad penal habiendo transcurrido determinado plazo desde la comisión del delito. Esta es la posición dominante en la doctrina nacional¹⁰⁸, defendida también por diversos autores españoles¹⁰⁹.

Finalmente, una tercera posición considera a la prescripción penal como una institución mixta, es decir, cuyas normas revisten tanto carácter formal como material, de forma que no pertenece exclusivamente ni al derecho penal ni al derecho procesal. Dentro de la misma teoría se distinguen

¹⁰³ BALMACEDA, G., Óp. Cit., p. 109.

¹⁰⁴ YUSEFF, G., Óp. Cit., p. 65.

¹⁰⁵ Así, por ejemplo, Roxín señala que “la querrela, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho” (ROXIN, C., Óp. Cit. P. 989). Para una exposición más detallada de la discusión teórica en dichos países, PEDREIRA, F., Óp. Cit. P. 84-121.

¹⁰⁶ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. 2002. Comentario a los artículos 93 a 105. En: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.). *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 462.

¹⁰⁷ YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 63.

¹⁰⁸ Así, CURY, E. Óp Cit., p. 798 / BALMACEDA, G. Óp., Cit., p. 112 / GARRIDO MONTT, M., Óp. Cit. t. I, p. 372-373 / GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Comentario...* cit., p. 462. / OLIVER, Guillermo. 2007. *La aplicación temporal de la nueva regla de computo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad*. Revista de derecho (Valparaíso), (29), p. 259.

¹⁰⁹ COBO DEL ROSAL, M; VIVES ANTÓN, T.S., Óp. Cit., p. 956.; MIR PUIG, S., Óp. Cit., p. 751.

dos posiciones, la de aquellos autores que llegan a esta conclusión apoyándose en el fundamento de la institución ampliada, y a la de aquellos otros que otorgan prevalencia, en este ámbito, a sus efectos materiales y procesales¹¹⁰.

Quienes se basan en esta última posición consideran que “la prescripción tiene naturaleza material y procesal, porque el transcurso del tiempo, junto con afectar a la necesidad de pena, crea dificultades de orden probatorio”¹¹¹. Si embargo, como señala el mismo GARRIDO MONTT darle un carácter dual a esta causal es colocarla en un plano de ambigüedad en cuanto a sus posibles consecuencias¹¹².

Como señalamos antes, La doctrina clásica ha considerado que esta discusión guarda una repercusión capital, en especial en la determinación de la validez temporal de las normas que establecen, modifican, o dejan sin efecto plazos de prescripción de responsabilidad penal, es decir, sobre su retroactividad. Si consideramos que tiene naturaleza procesal, las normas que modifiquen o dejen sin efecto un plazo regirían in actum, sin distinciones respecto a su favorabilidad. Si en cambio consideráramos que tiene naturaleza penal, las disposiciones que modifiquen los plazos estarían sometidas al principio de retroactividad y ley penal más favorable.

Plazos de Prescripción de la Acción Penal

Nuestro Código Penal regula los plazos de prescripción en el artículo 94, estableciendo cuatro diferentes plazos, según la gravedad de la pena asignada al delito.

- De quince años para los crímenes a los que la ley impone la pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos.
- De diez años para los demás crímenes
- De cinco años para los simples delitos
- De seis meses para las faltas.

Los plazos antes señalados son sin perjuicio de los plazos de prescripción especiales fijados por la ley para determinados delitos.

Respecto a que base hay que atender para el computo de los plazos, si la pena en abstracto o en concreto, la doctrina entiende que en el derecho chileno debe utilizarse la pena en abstracto, es decir, sin considerar las circunstancias agravantes y atenuantes del delito, pues de lo contrario sería

¹¹⁰ PEDREIRA, R. Óp. Cit., p. 93.

¹¹¹ GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. I, p. 373.

¹¹² Ídem.

necesario acreditar en el procedimiento las circunstancias que eventualmente modifiquen la responsabilidad penal^{113, 114}. Cuando la pena sea compuesta, debe estarse a la privativa de libertad (y se entiende que, si son varias, a la mayor)¹¹⁵.

De acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, “el término de la prescripción empieza a correr desde el día que se ha cometido el delito”. La simpleza de esta norma ha llevado a una serie de dificultades prácticas que han debido ser abordadas por la doctrina. En primer lugar, respecto al momento de *comisión del delito*, en especial en los delitos de resultado, parte de la doctrina atiende al momento del cumplimiento de la acción y estima que el plazo se inicia cuando el agente desarrolla la total actividad punible que de él se requiere para la comisión del hecho delictivo, aun cuando no sobrevenga inmediatamente el resultado típico¹¹⁶. Otro sector de la doctrina considera que en la medida que la prescripción supone la existencia de un hecho típico, se deben cumplir todos los requisitos establecidos en el tipo penal, incluyéndose el resultado o condición objetiva contenida en el mismo, para que comience el plazo de prescripción¹¹⁷.

Además de aquello, existen múltiples discusiones en otros aspectos relacionados al inicio del cómputo, como su aplicación en los delitos permanentes, en los delitos continuados, en los delitos habituales, en los actos preparatorios y en la tentativa, así como en las diversas formas de autoría y participación. Todas cuestiones desarrolladas latamente por la doctrina, pero que por la extensión y objetivos de esta obra serán postergadas para otra ocasión¹¹⁸.

Interrupción y Suspensión de la prescripción de la acción penal

Según dispone el artículo 96, y del Código Penal “Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido”.

¹¹³ BALMACEDA, G. Óp. Cit. p. 114.

¹¹⁴ Si modificará en cambio el que haya circunstancias que, agregadas a la figura del delito simple, integran como elementos constitutivos las formas calificadas o privilegiadas tipificadas en una figura especial, con marco penal propio e independiente. (YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 104).

¹¹⁵ ETCHEBERRY, A., Óp. Cit. t. II, p. 258.

¹¹⁶ En este sentido, ETCHEBERRY, A., Óp. Cit. t. II, p. 257 / GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. I, p. 375 / CURY, E. Óp., Cit. P. 801.

¹¹⁷ GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Comentario...* Cit., p. 469-47 / YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 79-80 / BALMACEDA, G. Óp. Cit. p. 115.

¹¹⁸ Para observar la discusión a nivel nacional e internacional véase YUSEFF, G., Óp. Cit., p. 71-103; también RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., pp. 113-154.

La interrupción del término de prescripción consiste en la pérdida de todo el plazo que hubiere alcanzado a correr, en razón de producirse un hecho al que la ley concede tales efectos¹¹⁹. Como se entiende claramente en la norma, la prescripción solo se interrumpe por crimen o simple delito, excluyéndose las faltas.

Además, para que se pierda el tiempo transcurrido hasta la comisión del nuevo delito, tiene que dictarse sentencia condenatoria ejecutoriada respecto de este último hecho. Si el proceso no termina por sentencia condenatoria firme, el plazo se computará normalmente, lo que sucede tanto en la alternativa de que se dicte sentencia absolutoria como sobreseimiento definitivo¹²⁰.

La interrupción tiene como consecuencia la pérdida del tiempo transcurrido con anterioridad a su advenimiento. Por otra parte, esta interrupción puede producirse indefinidamente, lo que provocaría, en definitiva, que los delitos cometidos en un pasado lejano podrían mantener en vigencia la acción penal o la pena por un tiempo demasiado prolongado¹²¹.

La suspensión por su parte determina que el plazo de prescripción deje de contarse, pero no implica la pérdida del tiempo ya transcurrido hasta el momento que ella se produce. Por esto, la parte final del mismo precepto dispone que en los casos a los cuales se refiere, el computo prosiga como si no se hubiera suspendido (la ley emplea el término "interrumpido", incurriendo manifiestamente en un error)¹²².

En virtud de la reforma procesal penal ha habido cierta discusión respecto a cuando se entiende que el proceso se dirige contra el sujeto. Se ha entendido que esto sucede cuando se produce la formalización de la investigación¹²³, en virtud del artículo 233 del Código Procesal Penal, o cuando se presenta una querrela contra el imputado¹²⁴. Sin perjuicio de aquello, como constata BALMACEDA¹²⁵, la jurisprudencia ha estimado que, en los procedimientos simplificados y monitorio, en la medida que no existe el trámite de formalización, la actividad fiscal está dada por el requerimiento pertinente¹²⁶. Más aún, hay jurisprudencia que ha sostenido que la suspensión se da antes de la formalización,

¹¹⁹ YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 106.

¹²⁰ GARRIDO MONTT, M. Óp Cit. t. I, p. 379.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Cury, E. Óp. Cit., p. 802.

¹²³ Véase SCS, 04/01/2010, Rol N° 5511-2009.

¹²⁴ Véase SCS, 08/10/2008, Rol N° 2179-2008; 26/12/2012, Rol N° 757-2012.

¹²⁵ Balmaceda, G. Óp. Cit., p. 118-119.

¹²⁶ Véase SCA Concepción, 25/04/2008, Rol N° 156-2008; SCS 17/11/2010, Rol N° 599-2010; SCS, 26/12/2012, Rol N°757-2012.

fijando el momento en la primera actuación del procedimiento en contra del imputado, debido al artículo 7 del Código Procesal Penal¹²⁷.

Cabe agregar que, respecto a la suspensión de la acción penal, se ha establecido por la jurisprudencia un concepto amplio entendiendo que, si el pleito se detiene por tres años, la prescripción debe continuar como si no se hubiera suspendido, sin hacer distinciones ni excepciones¹²⁸. A su vez, respecto del ámbito de aplicación, y a diferencia de la interrupción, la suspensión si correría respecto de las faltas¹²⁹.

Prescripción de la pena

Al igual que la prescripción de la acción penal, el legislador contempló la prescripción de la pena como causal de extinción de responsabilidad penal en el artículo 93 N°7 del Código penal. La legislación nacional, establece un sistema de plazos similar a los de prescripción de la acción penal, fijando en el artículo 97 un plazo de prescripción de quince años para los crímenes sancionados con presidio, reclusión o relegación perpetuos; diez años para los demás crímenes; cinco años para los simples delitos; y seis meses para las faltas.

Esta similitud de plazos es criticada por la doctrina. En primer lugar, porque trata de igual manera dos materias distintas, pues sería más grave haber llevado a cabo un hecho típico, estando ya determinada la responsabilidad penal, mediante una condena en el respectivo proceso penal, que simplemente haber realizado una conducta encuadrable en una hipótesis típica, que no ha sido objeto de persecución penal¹³⁰. En segundo lugar, porque bajo esta norma los plazos de prescripción de la pena son en algunas oportunidades menores a las penas a ser aplicadas para el caso concreto, de manera que el sujeto que fue condenado, pero evitó el cumplimiento de la pena tendría un trato más benigno que aquel que la cumpla, en tanto prescribirá antes (lo que se ha conocido como la pena del torpe)¹³¹.

Respecto al momento desde el cual comienza a correr el plazo de prescripción, el artículo 98 señala que esta comienza a correr “desde la fecha de la sentencia de termino o desde el quebrantamiento de la condena, hubiere esta principiado a cumplirse”. La doctrina ha entendido que sentencia de termino es aquella que no admite recurso capaz de revocarla o modificarla, sean recursos ordinarios

¹²⁷ Véase SCS 04/01/2010, Rol N°5511-2009; 13/06/2006, Rol N° 2693-2006.

¹²⁸ Véase SCS 05/05/2009, Rol N° 5024-2008.

¹²⁹ Balmaceda, G. Óp. Cit., pp. 118-119.

¹³⁰ BALMACEDA, G. Óp. Cit., p. 120.

¹³¹ GUZMÁN DÁLBORA, J. L. *Comentario...Cit.*, pp. 477-478.

o extraordinarios¹³². En cuanto al momento en que debe iniciarse ese computo, se observan dos posiciones. Una parte opina que el plazo empieza a correr desde que se notifica la resolución que manda a cumplir la sentencia de termino¹³³. La otra, considera que el plazo debe contarse desde que este se dicta, en virtud de la historia de la ley y fundamentos de Política Criminal¹³⁴.

Reglas comunes a ambas clases de prescripción

Caso de ausencia del territorio de la Republica

El artículo 100 del Código Penal dispone que cuando el reo se ausenta del territorio de la república, solo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el computo de los años. El fundamento de la norma sería que los plazos corren “en la medida en que el estado *quiera y pueda*, perseguir el delito e imponer la pena”¹³⁵. En este sentido, no será aplicable este precepto a quienes hubieren estado sujetos a prohibición o impedimento de ingreso al país por decisión política o administrativa, por el tiempo que hubiese durado esta¹³⁶. Tampoco se aplicaría la norma a la prescripción de las faltas, ya que el plazo de estas es inferior a un año.

Carácter igualitario de las normas sobre prescripción

El artículo 101 del Código Penal señala: “Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas”. Esto significa que no tienen excepciones de índole personal como las que consagra en materia civil el artículo 2509 del Código Civil. Además, sus efectos extintivos operan de manera separada para cada uno de los sujetos que han intervenido en el hecho punible¹³⁷.

Declaración de oficio de la prescripción

Conforme el artículo 102 del Código Penal “La prescripción será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el imputado o acusado no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio”. Sobre el requisito que el acusado se encuentre presente en el juicio, se ha entendido que su presencia debe ser jurídica, no material, por lo que basta que se encuentre representado en el proceso penal¹³⁸.

¹³² Ibid, p. 479 / CURY, E. Óp. Cit., p. 803.

¹³³ ETCHEBERRY, A. Óp. Cit. t. II, p. 259 / GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. I, p. 378 / BALMACEDA, G. Óp. Cit., p. 121.

¹³⁴ CURY, E. Óp. Cit., p. 803 / ¹³⁴ GUZMÁN DÁLBORA, J. L. *Comentario...* Cit., p. 479 / YUSEFF, G. Óp. Cit., pp. 147-148 / NOVOA, E. Óp. Cit., pp. 409 y ss.

¹³⁵ GUZMÁN DÁLBORA, J. L. *Comentario...* Cit., p. 481.

¹³⁶ ETCHEBERRY, A. Óp. Cit. t. II, pp. 260-261.

¹³⁷ CURY, E. Óp. Cit., p. 804.

¹³⁸ GUZMÁN DÁLBORA, J. L. *Comentario...* Cit., p. 481/ ETCHEBERRY, A. Óp. Cit. t. II. P. 261.

La media prescripción o prescripción gradual

La prescripción gradual o incompleta consiste en la disminución de la pena que debe imponerse, o de la ya impuesta, por haber transcurrido determinado período de tiempo desde la infracción o la condena, y siendo además este lapso de tiempo insuficiente para que se extinga la responsabilidad penal¹³⁹.

Nuestro código consagra esta clase de prescripción en el artículo 103, el que dispone: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

Se ha discutido si la disposición tiene carácter imperativo para el tribunal, es decir, que debe necesariamente reducir la pena siempre que haya transcurrido como mínimo la mitad del término respectivo de prescripción¹⁴⁰; o si al contrario es una norma meramente facultativa, cuyo objetivo es dar amplia facultad al juez¹⁴¹. Además, no sólo ha de aplicar lo dispuesto en esta norma si le corresponde dictar sentencia, sino que también debe modificar la dictada con anterioridad para adecuar la sanción a lo recién señalado, dictando una sentencia que complemente la anterior, lo que constituye una excepción a la cosa juzgada. Quedan al margen de este beneficio las prescripciones de corto tiempo y la prescripción de las faltas¹⁴².

Prescripción de la reincidencia

El artículo 104 del Código Penal dispone “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.

La prescripción de las inhabilidades

De acuerdo con el artículo 105 del Código Penal “Las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito sólo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena, computado de la manera que

¹³⁹YUSEFF, G. Óp. Cit. p. 162 / VARGAS, J. E. Óp. Cit. p. 199 / NOVOA, E. Óp. Cit., p. 501.

¹⁴⁰GARRIDO MONTT, M. Óp Cit. t. I, p. 382.

¹⁴¹YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 163 y ss.

¹⁴²GARRIDO MONTT, M. Óp Cit., p. 383.

se dispone en los artículos 98, 99 y 100. Esta regla no es aplicable a las inhabilidades para el ejercicio de los derechos políticos”.

Prescripción de la acción civil derivada del delito

EL inciso segundo del artículo 105 del Código Penal dispone: “La prescripción de la responsabilidad civil proveniente de delito, se rige por el Código Civil”. De conformidad a los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, la jurisprudencia ha entendido que la obligación de reparar emanada del delito se extiende tanto al daño material como a la moral y, dentro de este última, no solo al que provoca consecuencias de carácter patrimonial, sino también al que se agota en el puro sufrimiento psíquico¹⁴³. Dicha reparación es exigible tanto a los autores, como a los cómplices¹⁴⁴.

¹⁴³ CURY, E. Óp. Cit., p. 808.

¹⁴⁴ Ibid. p.809.

CAPITULO II: EL ABUSO SEXUAL INFANTIL

Concepto de abuso sexual infantil

La sexualidad es una dimensión básica de la identidad humana, vinculada no solo a los aspectos fisiológicos del individuo, sino también psicológicos y sociales del mismo¹⁴⁵. Por lo tanto, no puede ser entendida como un fenómeno neutro, que prescinda de valoraciones ético-culturales. Al contrario, en tanto espacio de intimidad se encuentra altamente resguardado, normado y vigilado por la sociedad¹⁴⁶.

Pese a que no existe una definición unívoca, podemos usar el término Abuso sexual, para aludir a “cualquier conducta ofensiva, vinculada con el ejercicio de la sexualidad, que evidencie una relación de sometimiento de una persona al poder que sobre ella ejerce otro individuo”¹⁴⁷. En este sentido, el abuso es, ante todo, un acto de dominación, en el que el ofensor controla la voluntad de la víctima en el contexto de una actividad lubrica. Se produce una instrumentalización del individuo, en el que se obliga a este a intervenir en un contexto sexual, al margen de sus facultades volitivas y sensoriales, es decir, como un objeto¹⁴⁸.

Dicho abuso adquiere especial relevancia cuando la víctima es una persona menor de edad o *niño, niña o adolescente*. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por Chile en 1990) entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹⁴⁹. La misma convención reconoce que este, en su condición de ser humano en desarrollo, requiere de protección y resguardo, en atención a su intrínseca naturaleza de debilidad y vulnerabilidad. En el plano sexual dicha protección es importante, toda vez que los menores se encuentran en un proceso de gestación, consolidación y definición de dicha sexualidad. La actividad abusiva puede generar vicios o alteraciones en dicha formación, generando cambios, físicos, psíquicos y neurobiológicos permanentes en las víctimas¹⁵⁰.

¹⁴⁵ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. 2014. *Delitos Sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 21.

¹⁴⁶ UNICEF – UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el marco de la reforma procesal penal. Informe final*. Santiago: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, p. 12.

¹⁴⁷ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 25.

¹⁴⁸ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 26.

¹⁴⁹ Este criterio, coincide con nuestro derecho nacional, donde el artículo 26 del Código Civil considera menor de edad a toda persona que no haya cumplido 18 años.

¹⁵⁰ Véase PEREDA, Noemí; GALLARDO-PUJOL. David. 2011. *Revisión sistemática de las consecuencias neurobiológicas del abuso sexual infantil*. Gaceta Sanitaria, vol. 25, No. 3, p. 234 / ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, P. 2006. *Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia*. Cuadernos de medicina forense, no 43-44, pp. 78 y ss.

Entendido esto, se suele definir el abuso sexual infantil como “la implicación de un niño o de un adolescente menor en actividades sexuales ejercidas por los adultos y que buscan principalmente la satisfacción de éstos, siendo los menores de edad inmaduros y dependientes y por tanto incapaces de comprender el sentido radical de estas actividades ni por tanto de dar su consentimiento real. Estas actividades son inapropiadas a su edad y a su nivel de desarrollo psicosexual y son impuestas bajo presión – por la violencia o la seducción- y transgreden tabúes sociales en lo que concierne a los roles familiares”¹⁵¹. A partir de esta definición posible reconocerse tres factores determinantes¹⁵²:

1. El involucramiento del menor en actividades sexuales de cualquier tipo, las que se ubican en un amplio espectro, que va desde el abuso sin contacto físico (exhibicionismo, voyerismo, obligar a la víctima a ver actividades sexuales de otras personas, etc.), con contacto físico (tocamientos, masturbación forzada, penetración vaginal, anal u oral) y explotación sexual comercial.
2. La existencia de diferencias jerárquicas entre el abusador y la víctima, incluyendo la asimetría de edad, poder o autoridad, donde el perpetrador se encuentra en una posición de poder y control sobre el menor sujeto de abuso. La desigualdad de edad, tamaño, fuerza y experiencias de vida genera una diferencia insalvable entre el abusador y el menor de edad, que impide la posibilidad de un consentimiento válido o informado por parte de este último.
3. El uso de maniobras coercitivas por parte del abusador, tales como la seducción, el chantaje, el engaño, las amenazas y la manipulación psicológica. Solo en la minoría de los casos, el abuso sexual infantil implica el uso de fuerza o violencia física.

Caracterización y prevalencia del abuso sexual infantil

Sin duda, el abuso sexual infantil es un fenómeno de gran relevancia en la actualidad y se ha convertido en un problema que preocupa de manera transversal a toda la sociedad, abarcando tanto el ámbito de la salud, como educación y justicia.

No es fácil determinar la incidencia real del abuso sexual en la población, en tanto es un delito que ocurre habitualmente en un entorno privado, y respecto del cual existen múltiples barreras para su

¹⁵¹BARUDY, Jorge. 1998. *El dolor invisible de la infancia: una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Barcelona: Paidós, p. 161.

¹⁵²MIRANDA, Mayra. 2012. *Victimización Secundaria en Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una Aproximación Narrativa*. Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología Clínica Infanto Juvenil. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Medicina, pp. 20-22.

develación¹⁵³. Sin perjuicio de aquello, algunos estudios dan cifras significativas. Porejemplo, GOREY y LESLIE, analizando más de 25 estudios realizados en distintas épocas, estiman que 22.3% en mujeres y 8.5% en hombres han sufrido durante su infancia algún tipo de abuso sexual¹⁵⁴. Por su parte, PEREDA y FORNS estiman esta prevalencia en un 19% en mujeres y 15.5% en varones¹⁵⁵.

A nivel nacional, la Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales reveló que el 7,3% de los niños y niñas encuestados declararon haber sido tocados o acariciados sexualmente contra su voluntad, o haber sido obligados a tocar sexualmente o a realizar alguna actividad de contenido sexual¹⁵⁶. Más aún, un estudio realizado en estudiantes de enseñanza media de la ciudad de Temuco mostró una prevalencia de 14.4% en niñas y 2.1% en niños¹⁵⁷.

El Servicio Nacional de Menores (SENAME) también entrega cifras preocupantes: Durante el 2016 se registraron 43.292 ingresos a los programas del departamento de Protección de Derechos por causas de abusos sexual y maltrato, significando la principal causa de ingresos con un 38.8%¹⁵⁸. A su vez, durante el año 2014 se registraron 15.530 denuncias por concepto de delitos sexuales que afectaron a niñas, niños y adolescentes¹⁵⁹.

Debido al vínculo previo existente entre víctima y victimario es posible distinguir entre abuso sexual extrafamiliar por un desconocido, abuso sexual extrafamiliar por conocido del niño o familia, y abuso sexual intrafamiliar o incestuoso¹⁶⁰. Esta distinción es importante puesto que implican dinámicas abusivas y consecuencias diferentes en las víctimas y sus entornos. En especial, la existencia y calidad del vínculo entre víctima y victimario es uno de los factores más importantes para determinar la intensidad y daño que causará la experiencia abusiva¹⁶¹.

¹⁵³ Vid infra. P.39.

¹⁵⁴ GOREY, Kevin M.; LESLIE, Donald R. 1997. The prevalence of child sexual abuse: Integrative review adjustment for potential response and measurement biases. *Child abuse & neglect*, vol. 21, no 4, p. 394.

¹⁵⁵ PEREDA, Noemí; FORNS, María. 2007. *Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles*. *Child Abuse & Neglect*, vol. 31, n° 4. P. 421.

¹⁵⁶ Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2013. Informe Final: Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Adimark GfK, p. 50. Se debe considerar que esta cifra puede ser mucho mayor, toda vez que, en la medida que los sujetos encuestados son niños, niñas y adolescentes menores de 18 años, estos pueden no comprender el carácter de abuso del hecho, no recordarlo, o no querer develar por miedo o vergüenza. Para una explicación acabada de las barreras de develación Vid infra. p. 38.

¹⁵⁷ VIZCARRA L, María Beatriz et al. 2001. Maltrato infantil en la ciudad de Temuco. Estudio de prevalencia y factores asociados. *Rev. méd. Chile [online]*. vol.129, n°12, p. 1425.

¹⁵⁸ SENAME. 2016. Primer informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Santiago: Observatorio de Abuso Sexual infantil y Adolescente en Chile, pp. 35 y 36.

¹⁵⁹ Ibid., p. 74.

¹⁶⁰ MIRANDA, M. Óp. Cit., pp. 28-29

¹⁶¹ Cuando el abuso sexual es cometido por un desconocido, generalmente se trata de un episodio único, acompañado de violencia física. En ellos, en la medida que exista una respuesta protectora de la familia y el círculo cercano, el pronóstico de

El abuso sexual infantil suele tener como víctimas menores de edad entre los 6 y 12 años¹⁶². Esta diferenciación guarda directa relación con la tipología del agresor¹⁶³. En primer lugar, porque en estos casos el agresor tiende a tener una diferencia de edad con la víctima mayor a cinco años. Más aún, en estos casos el agresor suele ser un familiar (45.7% en mujeres, 23.7% en varones) o un amigo o conocido (39.6% en mujeres, 65.8% en varones). Por el contrario, el porcentaje de abusos cometidos por un desconocido apenas llega al 23.7% en varones y 29.3% en mujeres¹⁶⁴. Según cifras de carabineros, el 68% de los victimarios de abuso sexual infantil menores de 14 años denunciados a carabineros el 2014 se encuentran en la categoría de intrafamiliares, destacándose que en el 21.6% del total el victimario es el padre¹⁶⁵.

Consecuencias de los delitos sexuales en víctimas menores de edad

Las consecuencias lesivas del abuso sexual infantil es un punto que todavía hoy es objeto de discusión. A pesar de la numerosa cantidad de estudios en el tema, generalmente estos se refieren a segmentos muy específicos de la población, dadas las dificultades para llevar a cabo una cuantificación del fenómeno, en especial, la poca disposición de las víctimas a reconocerse públicamente como tales¹⁶⁶. Además, las consecuencias de la experiencia abusiva dependerán de la edad, el desarrollo cognitivo y emocional, el daño físico producido, los factores resilientes, la cultura en que se encuentra inserta la víctima, la relación con el perpetrador, la cronicidad del abuso, entre otras¹⁶⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, diversos estudios han tratado de catalogar y sistematizar las distintas consecuencias que pueden sufrir las víctimas de abuso sexual. Estas pueden manifestarse inmediatamente a la experiencia traumática, perdurando a lo largo del ciclo evolutivo y permaneciendo en la edad adulta. Por otra parte, también es posible que la víctima no desarrolle

reparación suele ser favorable. En el abuso extrafamiliar por un conocido, el victimario suele manipular la confianza depositada por el niño, envolviendo a sus víctimas en una relación falsa, representada como afectiva y protectora. Suele haber mayor cantidad de episodios abusivos, e incidencias en el desarrollo de la víctima. Finalmente, cuando se trata de un abuso intrafamiliar, el abusador manipula el vínculo familiar a través de la utilización del poder que le da su rol. Generalmente hay un traspaso sucesivo de límites y la agresión reiterada en el tiempo. Las consecuencias del abuso suelen ser más graves y permanentes (CAVAS Metropolitano y SENAME. 2003. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS Metropolitano: 16 años de experiencia*. Santiago: Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile, pp. 66-67).

¹⁶² ECHBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit., p. 76 / PEREDA, N.; FORNS, M. Óp. Cit., p. 421.

¹⁶³ PEREDA, N.; FORNS, M. Óp. Cit. p. 421, quienes señalan que más del 80% de los casos de abuso sexual infantil sucede antes de los 13 años.

¹⁶⁴ Ibid. p. 422.

¹⁶⁵ Carabineros de Chile. 2014. *Propuesta de Estrategias en el Control y la Prevención para el Delito de Abuso Sexual en Niños y Niñas Menores de 14 años* [Diapositivas]. Santiago: Carabineros de Chile, División de Análisis Criminal.

¹⁶⁶ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 57.

¹⁶⁷ SENAME. Óp. Cit., p. 15.

problemas aparentes en la infancia y que estos aparezcan como problemas nuevos en la adultez¹⁶⁸. Por ello distinguiremos entre aquellas consecuencias de corto plazo, es decir, aquellas manifestaciones agudas que se dan en el periodo inicial de la agresión, y las consecuencias de largo plazo, es decir, aquellas que surgen o se mantienen después de los dos años siguientes al abuso¹⁶⁹.

Efectos y consecuencias de corto plazo

En el plano físico, las consecuencias físicas son muy disimiles y están determinadas por una serie de variables. Los agresores de abuso sexual infantil no suelen hacer uso de fuerza o violencia, siendo perfectamente posible que el atentado no dañe físicamente a la víctima¹⁷⁰. Sin perjuicio de aquello, es normal que durante la infancia y adolescencia se presenten algunos problemas somáticos, como problemas de sueño, cambios en los hábitos de comida, pérdida de control de esfínteres entre otros¹⁷¹. Aunque poco frecuente, también es posible que se den situaciones de infecciones de transmisión sexual, lesiones anales o vaginales y embarazo no deseado.

Por otra parte, en el plano emocional la mayoría de los niños que han sufrido abuso sexual se muestran afectados por la experiencia. ECHEBURÚA indica que al menos un 80% de las víctimas sufren consecuencias psicológicas negativas¹⁷². La experiencia del abuso crea en los menores una sensación de desamparo e indefensión, generando la impresión que se tiene poco o nulo control sobre lo que sucede a su alrededor. Esta sensación actúa como un estresor, que afecta el desarrollo neurobiológico de la víctima¹⁷³.

Se observan distintas expresiones de estas consecuencias, dependiendo de la edad de la víctima. Los niños muy pequeños o en etapa preescolar víctimas de abuso presentan retrasos en el desarrollo, problemas internalizantes (como ansiedad y retraimiento) y trastornos de estrés post-traumático. En la etapa escolar, suelen presentarse, además, sentimientos de culpa y vergüenza ante el suceso, los que se pueden plasmar en trastornos disociativos, problemas de relaciones con los iguales, bajo rendimiento escolar entre otros. Finalmente, en la adolescencia, las consecuencias son similares a las señaladas en edad escolar, pudiendo presentarse además diversos problemas psicológicos y

¹⁶⁸ PEREDA, Noemí. 2010. Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil. Papeles del psicólogo, vol. 31, n° 2. P. 191

¹⁶⁹ ECHEBURÚA, Enrique; GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina. 2005. Concepto, factores de riesgo y efectos psicopatológicos del abuso sexual infantil. En: Sanmartín, José (Coord.). *Violencia contra los niños*. Barcelona: Editorial Ariel, p. 6.

¹⁷⁰ PEREDA, N.; FORNS, M. Óp. Cit. P. 423.

¹⁷¹ ECHEBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit. p. 79.

¹⁷² Ibid. P. 78.

¹⁷³ HORNOR, Gail. 2010. *Child sexual abuse: Consequences and implications*. Journal of Pediatric Health Care, vol. 24, no 6, p. 359.

conductuales, como depresión, desórdenes alimenticios (anorexia, bulimia u obesidad), propensión a la delincuencia, consumo problemático de alcohol y drogas entre otros¹⁷⁴.

Sin perjuicio de las antes mencionadas, el efecto principal del abuso sexual infantil es la sexualización traumática del menor¹⁷⁵. Como señala BARUDY, el comportamiento abusivo perturba la relación del niño con su cuerpo y el descubrimiento de su sexualidad. En una situación normal el desarrollo sexual es un proceso paulatino, en que el menor se aventura de manera natural y a su ritmo a la exploración de su cuerpo y el del otro, igualmente sexualizado. En cambio, en una situación de abuso sexual infantil la niña o niño están afrontando de manera brutal la visión concreta de una sexualidad adulta, que es percibida como diferente e impresionante¹⁷⁶. Esta sexualidad traumatizada se grafica en distintos comportamientos, como conocimiento sexual precoz o inapropiado para su edad, masturbación compulsiva, excesiva curiosidad sexual, conductas exhibicionistas, problemas de identidad sexual entre otros.

Es importante prever que usualmente el abuso sexual infantil no ocurre aisladamente. Al contrario, numerosos casos de abuso se encuentran asociados a otras formas de vulneración y experiencias negativas para el menor, como abuso físico o psicológico, situaciones de separación o divorcio del núcleo familiar, consumo problemático de drogas en el hogar, entre otros¹⁷⁷. Todas estas circunstancias, influirán en la gravedad con que se den las consecuencias antes descritas.

Efectos y consecuencias de largo plazo

Como señalamos antes, se habla de efectos de largo plazo cuando estos se encuentran o manifiestan a partir de los dos años siguientes de la experiencia de abuso. Los efectos de este tipo son menos frecuentes y más difusos que las secuelas iniciales, pero pueden afectar, al menos al 30% de las víctimas¹⁷⁸.

El abuso sexual infantil constituye un importante factor de riesgo para el desarrollo de trastornos psicopatológicos en la edad adulta. Esto se debe a que la infancia es un periodo crítico en el desarrollo del individuo, en el cual la experiencia de abuso puede conllevar cambios neurobiológicos

¹⁷⁴CANTÓN-CORTÉS, David; ROSARIO CORTÉS, María.2015. *Consecuencias del abuso sexual infantil: una revisión de las variables intervinientes*. Anales de psicología, vol. 31, no 2, p. 553. / ECHEBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit. p. 78 / HORNOR, G. Óp. Cit. p. 359.

¹⁷⁵ CANTÓN-CORTÉS, D.; ROSARIO CORTÉS, M. Óp. Cit.. 553 / ECHEBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit. P. 79 / HORNOR, G. Óp. Cit. P. 359.

¹⁷⁶ BARUDY, J. Óp. Cit., p.247.

¹⁷⁷ HORNOR, G. Óp. Cit.,p. 358.

¹⁷⁸ECHEBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit., p. 79.

permanentes. PEREDA y GALLARDO-PUJOL constataron que las víctimas sufren disfunciones y lesiones duraderas en el eje hipotalámico-hipofisiario-adrenal y en otras estructuras cerebrales¹⁷⁹. La experiencia del abuso sexual infantil provoca en la víctima una reprogramación o adaptación al medio violento de diversos sistemas cerebrales que, si bien inicialmente pueden ayudarla a auto protegerse, a largo plazo se convierten en problemáticas para su correcto desarrollo e integración¹⁸⁰.

Esas consecuencias se observan en el plano emocional, donde gran parte de las víctimas experimenta trastornos depresivos y bipolares, trastornos de límite de personalidad y conductas abusivas¹⁸¹. El abuso sexual infantil suele asociarse al desarrollo de síndrome de estrés postraumático, en el cual, una persona que ha vivido una experiencia traumática genera respuestas de miedo intenso, desesperación, horror y reexperimentación persistente del episodio traumático¹⁸². Algunos estudios observan también un aumento considerable en el riesgo de suicidio, ya sea en la adolescencia o adultez¹⁸³.

En sus relaciones interpersonales, las víctimas tienden al aislamiento y ansiedad social, a desarrollar menor cantidad de amistades e interacciones sociales, al desajuste en las relaciones de pareja (generalmente más inestables) y dificultades en la crianza de los hijos. A eso se suman problemas de conducta y adaptación social, como mayores niveles de hostilidad, riesgo de huida del hogar, consumo problemático de drogas y alcohol, entre otros¹⁸⁴.

A nivel funcional, varias víctimas presentan dolores físicos sin razón médica que los justifique, como cefaleas o trastornos gastrointestinales. Se observa también gran cantidad de víctimas con trastornos de la conducta alimenticia. Otros estudios señalan a su vez la frecuente presencia de trastornos disociativos, trastornos de conversión, y desórdenes ginecológicos¹⁸⁵.

Una vez más, una sexualidad traumatizada o desadaptativa es la principal consecuencia a largo plazo del abuso sexual infantil. Los problemas varían entre una sexualidad insatisfactoria y disfuncional, conductas de riesgo sexual (como relaciones sexuales sin protección, mayor número de parejas y mayor número de enfermedades de transmisión sexual), fobias o aversiones sexuales, trastornos de la activación sexual y del orgasmo precoz, inicio de la sexualidad, maternidad temprana y

¹⁷⁹ PEREDA, N.; GALLARDO-PUJOL, D. Óp. Cit., p. 237.

¹⁸⁰ Ibid. p. 237.

¹⁸¹ PEREDA, N. Óp. Cit. p. 192.

¹⁸² HORNOR, G. Óp. Cit. p. 360

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ PEREDA, N. Óp. Cit. p. 192.

¹⁸⁵ Ibid. p. 193.

prostitución¹⁸⁶. Uno de los mayores riesgos en este plano es el de la revictimización, es decir, la experiencia posterior de violencia física y/o sexual por agresores distintos al causante del abuso en la infancia¹⁸⁷. En este sentido es cuatro veces más probable que quien ha sido víctima de abuso sexual infantil, vuelva a serlo durante la adultez¹⁸⁸.

Dificultades y barreras para la develación y denuncia del abuso sexual infantil

Una de las características más complejas del abuso sexual infantil son las barreras y dificultades que enfrentan las víctimas para develar los hechos constitutivos de maltrato. Entendemos por “Develación” el hecho de relatar a otra persona el abuso, sea dicho relato formal o informal, voluntario o en respuesta a las invitaciones de otro a contarlo¹⁸⁹. Aunque la respuesta ideal a un caso de abuso sexual sería la develación e investigación inmediata del mismo, lo cierto es que aquello solo sucede en la minoría de los casos, mientras que la demora o retraso en la develación es algo típico. Así, por ejemplo, un estudio realizado por HÉBERT *et. al.* Reveló que mientras solo un 21.2% de las víctimas develó prontamente el abuso sexual (dentro del primer mes desde el primer hecho abusivo), casi el 60% develó de forma tardía (transcurriendo más de cinco años desde el primer episodio traumático). Más aún, una de cada cinco personas víctimas de abuso sexual infantil, jamás había develado esta experiencia hasta la realización de dicho estudio¹⁹⁰.

Esta cifra no debe sorprendernos si consideramos que el hecho de develar el abuso y hacerlo público se ve afectado por una serie de factores individuales, sociales y culturales. Implica para el menor de edad enfrentarse a una mezcla de vergüenza personal, miedo y anticipación de las consecuencias negativas. Mientras que la transición a la adultez trae a las víctimas nuevos desafíos y barreras, que dificultan la elección entre revelar la experiencia abusiva o mantenerla oculta. A continuación, revisaremos someramente dichas barreras, centrándonos en las consecuencias que tienen en la develación.

¹⁸⁶ ECHEBURÚA, E.; CORRAL, P. Óp. Cit., p. 80 / PEREDA, N. Óp. Cit., p. 194.

¹⁸⁷ PEREDA, N. Óp. Cit., p. 195

¹⁸⁸ HORNOR, G. Óp. Cit., p. 361.

¹⁸⁹ TENER, Dafna; MURPHY, Sharon. 2015. *Adult disclosure of child sexual abuse: A literature review*. Trauma, Violence, & Abuse, vol. 16, no 4, p. 391.

¹⁹⁰ HÉBERT, Martine, et al. 2009. *Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec*. The Canadian Journal of Psychiatry, 2009, vol. 54, no 9, p. 633. Similares resultados alcanza SMITH, quien, a partir de sus estudios, señala que cuatro de cada cinco niños violados, no dirá a nadie los hechos ocurridos dentro de las 24 horas después de ocurrido el episodio. Que, al cabo de un mes, apenas uno de cada cuatro habrá contado lo ocurrido, pero casi la mitad de ellos no develará el abuso antes de los 5 años de ocurrido el abuso. (SMITH, Daniel, et al. 2000. Delay in disclosure of childhood rape: Results from a national survey. Child abuse & neglect, 2000, vol. 24, no 2, p. 283).

Barreras intrapersonales

En el abuso sexual infantil, la víctima se enfrenta una ruptura de contexto, perdiendo los puntos de referencia respecto a la normalidad. La agresión altera radicalmente las percepciones y emociones que tiene el menor de edad con respecto a su entorno, creando una distorsión de la imagen que tiene de sí mismo, de su visión de mundo y de sus capacidades afectivas¹⁹¹.

Esta distorsión se expresa en sentimientos de vergüenza y culpa. Por una parte, las víctimas sienten que han fallado como personas, que están rotas en su interior y que no son capaces de reconstruirse después de la experiencia¹⁹². La misma vergüenza que sienten las víctimas las lleva a aislarse de los demás, bajo el miedo que los otros descubran la verdad. Dicha erosión de las relaciones sociales dificulta las posibilidades de develación e inhibe a la víctima de buscar ayuda para la superación del trauma¹⁹³.

Por otra parte, las víctimas no solo sienten vergüenza por el abuso, sino que se culpan a sí mismas por la agresión sexual, en especial cuando es un caso de agresión intrafamiliar o por un conocido. En este sentido, la víctima se hace auto responsable ya sea por haber incitado el abuso¹⁹⁴, o por no haberse defendido del mismo, pudiendo o debiendo hacerlo¹⁹⁵.

Además, durante la infancia, muchas víctimas de abuso sexual se defienden de los horrores sufridos a través de la no simbolización en la memoria de la experiencia, o el bloqueo de esta¹⁹⁶. Esto lleva a que, en la adultez, presenten una memoria reprimida en la que cuestionan si lo sucedido realmente sucedió o si fue constitutivo de abuso¹⁹⁷. E incluso en los casos que están conscientes de haber sido abusados, desconfían de la acuciosidad y exactitud de su memoria.

Barreras interpersonales

Están relacionadas con los sistemas sociales que rodean a la víctima: Familia, entorno y sociedad. Así, cuando el perpetrador pertenece al círculo familiar o personal de la víctima, es común que este ejerza su control sobre la misma, ya sea a través de la sugestión, de mentiras, de chantaje afectivo, de

¹⁹¹ BARUDY. Óp. Cit., p. 245.

¹⁹² DORAHY, Martin; CLEARWATER, Ken. 2012. *Shame and guilt in men exposed to childhood sexual abuse: A qualitative investigation*. Journal of child sexual abuse, vol. 21, no 2. p. 168.

¹⁹³ Ibid. p. 163.

¹⁹⁴ BARUDY. Óp. Cit., p. 252.

¹⁹⁵ DORAHY, M.; CLEARWATER, K. Óp. Cit., p. 157.

¹⁹⁶ BARUDY. Óp. Cit., p. 249.

¹⁹⁷ TENER, D.; MURPHY, S. Óp. Cit., p. 395. / DORAHY, M.; CLEARWATER, K. Óp. Cit., p. 166.

intimidación y/o a través de la utilización de violencia¹⁹⁸. Se suele decir que la víctima es sometida a una resocialización forzada¹⁹⁹, facilitada por la asimetría entre los derechos y poderes entre ella y el victimario, disminuyendo drásticamente las posibilidades de develación temprana. A modo de ejemplo, HÉBERT *et al.* señala que la tasa de develación durante el primer mes es 6.76 veces más grande cuando los perpetradores son sujetos fuera del círculo familiar inmediato²⁰⁰.

Más aun, en algunos casos, sobre todo en los casos de abuso intrafamiliar, la relación entre el perpetrador y la víctima continúa hasta la adultez²⁰¹. En estos, la víctima no solo se ve expuesta a represalias por parte del agresor, sino que pone en peligro el vínculo entre la víctima y los otros miembros de la familia, quienes pueden colocarse del lado del perpetrador, o en otros casos, influir en la víctima tratando de ignorar o minimizar el abuso pasado. Las dinámicas de abuso intrafamiliar suelen involucrar lo que se conoce como la *ley del silencio*²⁰².

El miedo a las reacciones de los demás perdura en la adultez, incluso si la persona ha tomado distancia del abusador y su círculo de influencia. En especial, temen no ser creídos por sus cercanos o de resultar heridos emocionalmente una vez relatados los hechos. Conforme expone TENER, La develación de un abuso sexual infantil durante la etapa adulta no es acto instintivo y espontáneo, sino un proceso gradual, en el que víctimas van relatando los acontecimientos paulatinamente, tanteando la respuesta de los receptores. Si esta es negativa (el receptor niega, minimiza o normaliza la experiencia abusiva), es muy probable que la víctima decida callar el abuso²⁰³.

Finalmente, Aquellas víctimas que se han apartado del entorno abusivo estableciendo una nueva vida, carrera, amigos y entorno, deben calcular los costos de su develación. En este sentido, algunas personas consideran que la develación puede arruinar sus vidas, haciéndolos perder todo lo que han conseguido, reviviendo una etapa dolorosa de sus vidas que buscaban dejar atrás²⁰⁴.

¹⁹⁸ BARUDY P. Óp. Cit., p. 243.

¹⁹⁹ Ibid. p. 251.

²⁰⁰ HÉBERT, M., et al. Óp. Cit., p. 634.

²⁰¹ Un dato no menor es que en Chile, la mayoría de las personas jóvenes de entre 15 y 29 años depende residencialmente de sus familias (80%), incluso en el tramo de edad entre los 25 y 29 años (62%). Esto da cuenta de la relevancia que tienen las relaciones familiares en Chile, y por lo mismo la presión a la que se ven sometidas las víctimas cuando el abuso es intrafamiliar (JUNAEB. 2015. Octava Encuesta Nacional de Juventud. Santiago: Ministerio de Desarrollo Social, p. 13).

²⁰² HÉBERT, M., et al. Óp. Cit., p. 635.

²⁰³ TENER, D.; MURPHY, S. Óp. Cit., p. 397 / DORAHY, M.; CLEARWATER, K. Óp. Cit. p. 163.

²⁰⁴ TENER, D.; MURPHY, S. Óp. Cit., p. 395.

Barreras Sociales

La revelación no está exenta de expectativas sociales, que determinan no solo la credibilidad del testimonio entregado por la víctima, sino también la aceptación e integración que tendrá la misma en su entorno social. Así, por ejemplo, durante la infancia y adolescencia la revelación tiende a darse de manera impulsiva y no reflexiva, a menudo en circunstancias poco convincentes²⁰⁵, lo que afecta la credibilidad del relato e inhibe a la víctima de denunciar nuevamente. Por otra parte, cuando la víctima ha podido preservar un funcionamiento demasiado bien adaptado, ya sea a nivel familiar o escolar, dificulta también la credibilidad de su revelación. En tales casos, algunos profesionales dudan que una persona haya podido tolerar una situación de ese tipo por tanto tiempo sin consecuencias visibles²⁰⁶.

Ya en la adultez, muchas víctimas muestran preocupación por el nivel de congruencia entre sus historias de abuso y las expectativas sociales que existen respecto del abuso sexual infantil. En este sentido, las víctimas sienten que la sociedad solo ampara y confía en las víctimas de determinados patrones de abuso sexual, como aquel en que los hombres son perpetradores y las mujeres las víctimas²⁰⁷, o en el que se espera que los hombres sean fuertes y capaces de defenderse por sí solos²⁰⁸. Las visiones sociales del género hacen percibir a la víctima masculina como débil y poco viril, asumiendo generalmente que se trata de una persona homosexual y dependiente, y que inclusive pudo actuar como instigador del abuso²⁰⁹.

En este plano, las víctimas que quedan fuera de ese estereotipo temen que no haya ningún tipo de legitimación social como víctimas de abuso sexual. Más aún, existe la preocupación de ser marginados socialmente, en tanto mucha gente cree que el hecho de haber sido víctimas de abuso implica el riesgo que las propias víctimas se conviertan a futuro en agresores sexuales, sin que exista evidencia científica concluyente al respecto²¹⁰.

Marco jurídico penal del abuso sexual infantil

En nuestro país, los delitos sexuales se encuentran regulados en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, denominado “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad

²⁰⁵ BARUDY. Óp. Cit., p. 254.

²⁰⁶ Ibid. p. 255.

²⁰⁷ TENER, D.; MURPHY, S. Óp. Cit., p. 395.

²⁰⁸ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., pp. 40-41. Esto explica, por ejemplo, que las víctimas femeninas tengan 3.76 veces más probabilidades de develar prontamente que las víctimas masculinas (HÉBERT, M., et al. Óp. Cit., p. 634).

²⁰⁹ DORAHY, M.; CLEARWATER, K. Óp. Cit., p. 156.

²¹⁰ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit. pp. 82-83.

pública y contra la integridad sexual”. Históricamente, los delitos en este título habían sido desarrollados a propósito de la “Honestidad” la “moralidad pública” y el “orden de las familias” como bienes jurídicos protegidos. Este modelo, que aludía a los cañones éticos dominantes en la época de dictación del Código, concebía un espacio de libertad sexual individual solo en la medida que esta se realizaba dentro de las esferas permitidas²¹¹.

Dicho tratamiento de los delitos sexuales se mantuvo inalterado hasta 1999, año a partir del cual se promulgan una serie de leyes que reorganizan casi por completo Título VII del libro segundo, respondiendo por una parte, a los cambios culturales producidos en nuestro país durante el último siglo, incluyendo la aparición de nuevas modalidades de comisión del delito, debido a las nuevas tecnologías, y por otra a una adecuación a los tratados internacionales ratificados en Chile, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño.

En especial, cabe mencionar las leyes N°19.617, N°19.927, N°20.207 y N°20.526. La primera introdujo nuevas figuras penales y modificó la tipificación de los delitos ya existentes, aumentando en general la penalidad de los mismos, en especial cuando la víctima fuera menor, y ampliando la sanción cuando el victimario fuere una persona vinculada a la víctima. La ley N°19.927 profundizó los cambios realizados, modificando la edad establecida para prestar consentimiento en materia sexual, de 12 a 14 años, y creando nuevos tipos penales como el abuso sexual calificado y el almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil. Además, la ley N° 20.526 sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Finalmente, la ley N°20.207 estableció que los plazos de prescripción de los delitos sexuales cuyas víctimas sean menores de edad comenzará a regir en el momento que esta cumpla los 18 años, cambio que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

Bien jurídico Protegido

El antiguo sistema de delitos sexuales, fuertemente influenciado por la moral cristiana, contemplaba delitos dirigidos a proteger bienes jurídicos completamente diferentes, entre ellos la incolumidad de la moral sexual de la sociedad²¹², faltando un bien jurídico común que ayudara a la sistematización de ellos. Hoy, sin embargo, y posterior a las reformas introducidas por las leyes antes citadas, hay

²¹¹ GARRIDO MONTT, Mario. 2010. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. 4a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 262 / RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 140.

²¹² GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. III, p. 221.

acuerdo en la doctrina nacional²¹³ en que el bien jurídico protegido es la Libertad Sexual, definida como la “libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro”²¹⁴. Se suele distinguir entre dos aspectos de esta libertad sexual: Una positiva, que atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, y otra negativa, esto es, el derecho de una persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual²¹⁵.

Sin embargo, existen ciertos tipos penales en que no es posible afirmar que lo protegido es libertad sexual, ya sea porque la persona carece de esa libertad, o que el propio ordenamiento jurídico niegue la capacidad de consentir válidamente en la realización de actos sexuales. En este sentido, la libertad sexual presupone, en tanto libertad valorativa, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual²¹⁶.

Por ello, la doctrina plantea, que en aquellos presupuestos donde no se encuentra presente la libertad sexual, el bien jurídico tutelado sería la *indemnidad sexual*, es decir, el derecho que corresponde a tales personas a no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual²¹⁷. La razón de ser de este criterio radica en la potencialidad lesiva que el sometimiento de una actividad sexual no deseada puede ocasionar en una persona que no esté capacitada para consentir. En los menores en especial, en la medida que se encuentran en el proceso de gestación, consolidación y definición de dicha sexualidad, el uso prematuro de ella, sumado a la falta de capacidad de comprensión del acto, puede incidir de manera determinante en el desarrollo de este²¹⁸.

En este sentido, el ejercicio de la libertad sexual debe suponer la protección de las condiciones objetivas que hacen factible su utilización y, por ende, el ámbito de su protección debe extender a

²¹³ BALMACEDA, Gustavo. 2016. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 2a ed. Santiago: Librotecnia, p. 213. / BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. 2011. *Curso de derecho penal. Parte Especial. Tomo III*. 3ra ed. Santiago: Legal Publishing Chile, p. 150 / GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. III, pp. 264 y ss. / RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., pp. 174-175.

²¹⁴ BAJO FERNANDEZ, Miguel; DIAZ-MAROTO, Julio. 1995. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Tomo III*. 3ra ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 199.

²¹⁵ Díez Ripollés, José Luis. 1985. *La protección de la libertad sexual*. Barcelona: BOSCH, p. 23.

²¹⁶ *Ibid.* p. 23.

²¹⁷ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 146.

²¹⁸ GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. III, p. 268.

aquellas condiciones necesarias para la formación de dicha sexualidad²¹⁹. La indemnidad sexual se plantea como una garantía de no sufrir daños, de no experimentar acciones perturbadoras de la salud sexual, como son las que afectan las dimensiones psicológica y emocional del individuo, y que pueden tener incidencia en el desarrollo de la sexualidad. En resumidas cuentas, es el derecho a no ser invadido en una determinada parcela bio-psico-social, como es la de la sexualidad humana, que el estado deberá preservar de vulneraciones ilegítimas²²⁰.

²¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Óp. Cit. p. 29. Para que su definición y ejercicio pueda considerarse como parte de un ejercicio libre del ser humano, se requiere que haya tenido la posibilidad de desarrollar y definir las modalidades y características de su sexualidad, en forma libre. (GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit. t. III, p.267).

²²⁰ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 177.

CAPITULO III: NORMAS ESPECIALES DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS SEXUALES

Conforme apreciamos en el capítulo anterior, los Delitos Sexuales cometidos contra niños niñas y adolescentes es uno de los grupos de delitos más complejos y problemáticos contemplados en nuestro sistema penal. Complejos, por una parte, porque su prevalencia entre la población es mucho mayor de la que una apreciación preliminar permitiría estimar. Además, conforme la evidencia científica ha demostrado, las consecuencias físicas, psíquicas, conductuales y sociales no solo pueden ser de gran magnitud, sino que además perdurar en el tiempo, afectando de manera permanente a la víctima.

Pero también porque, aunque el abuso sexual es un delito grave, castigado en variadas hipótesis con pena de crimen, su persecución penal resulta problemática. Sin testigos del hecho, grabaciones, registros evidencias físicas del hecho, alcanzar un estándar de convicción suficiente para obtener una sentencia condenatoria resulta difícil. Y aunque, desde el punto de vista legal, la situación ideal sería una develación temprana por parte de la víctima, sumado a una pronta denuncia a las autoridades competentes, la realidad es que la mayoría de las víctimas demora gran cantidad de tiempo en denunciar los hechos²²¹. Las barreras Intrapersonales, Interpersonales y socioculturales conllevan que las víctimas tarden un periodo considerable en revelar los hechos, y en consecuencia, en denunciarlos. Y aunque dichos procesos puedan ser largos, las reglas y los plazos generales de prescripción siguen corriendo, llevando en muchos casos a una insatisfactoria consecuencia: que, en el momento de conocerse el hecho delictivo, este ya está prescrito²²².

Ambos elementos, conllevan a que los delitos sexuales contra menores de edad sean de aquellos que generan mayor alarma social en el país. Por un lado, la enorme carga social que conllevan, en especial por la tradición católica del país, y por otra, la sensación subjetiva de impunidad que esta clase de crímenes suele generar a consecuencia del índice de prescripción, han llevado a que exista una presión cada vez más grande por sectores de la ciudadanía, en búsqueda de una legislación más dura contra este tipo de delitos. Diversas iniciativas legales han sido presentadas al congreso, buscando la creación de nuevos delitos, el aumento de las penas contempladas, la limitación de las salidas alternativas y el aumento de los plazos de prescripción.

²²¹ Vid Supra pp. 38 y ss.

²²² GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p. 21.

Esta última exigencia se grafica en la ley 20.207, publicada el 31 de agosto de 2007, que creó el artículo 369 quater fijando la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, hasta la mayoría de edad de la víctima. A esta norma, se suma el proyecto de ley ingresado al senado mediante el boletín 6956-07 que busca modificar el artículo 369 quater, estableciendo la imprescriptibilidad de los delitos por él regulados, y que en los últimos días del gobierno de la presidenta Bachelet fue dado el carácter de suma urgencia.

Ante este fervor legislativo, el que da cuenta de un problema real, es necesario analizar que soluciones han sido planteadas en la doctrina y legislación comparada, analizando las reglas especiales en materia de prescripción de delitos de dichos países, para luego centrarnos en la realidad nacional. En especial, haremos una revisión crítica del actual artículo 369 quater, y de los problemas que ha presentado su aplicación.

Reglas especiales de prescripción en el derecho comparado

El fenómeno del endurecimiento punitivo en contra de los delitos sexuales no es exclusivo de nuestro país. Conforme explica Silva Sánchez gran parte de los países de occidente han sido conducidos a una política criminal punitivista e inoquizadora. El creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del estado sobre el delincuente, sumado a una elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales, son en parte explicación de este fenómeno²²³. Bajo este prisma, el imputado es un delincuente peligroso, cuyas posibilidades de persecución deben ser ampliadas: por un lado, facilitando la investigación y acusación de estos delitos, a través de mayores plazos de prescripción o facilidades para la práctica de diligencias de investigación intrusivas. Por otro, permitiendo la imposición de medidas de seguridad con posterioridad al cumplimiento de la pena.

Sobre el primer punto, gran parte de los países del hemisferio occidental han adoptado durante los últimos 30 años diversas reglas especiales de prescripción en materia de abuso sexual infantil. Con el objeto de extender el plazo de prescripción más allá de lo que determinaría el cómputo ordinario, legisladores penales italianos, franceses, alemanes, españoles, norteamericanos y argentinos entre otros, han adoptado distintos métodos legislativos, siendo los tres más habituales: a) el establecimiento de plazos de prescripción especiales, b) la suspensión de la prescripción hasta que la

²²³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2001. El retorno de la inoquización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En: ARROYO, Z.; BERDUGO, G. (Dir.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, p. 701.

victima alcance una determinada edad, c) La declaración de imprescriptibilidad del delito²²⁴. A continuación, revisaremos brevemente dichas alternativas, centrándonos en los casos de derecho comparado más relevantes.

Plazos especiales de prescripción:

A diferencia de nuestro país, que determina la duración del plazo de prescripción tomando en cuenta la división legal tripartita de las acciones punibles, un gran número de países atienden a la duración de la pena señalada al delito para fijar el término de prescripción de la acción penal²²⁵. Algunos como España o Argentina señalan una escala decreciente de términos, según la gravedad de las penas asignadas al delito²²⁶. Otros, como México o Italia, establecen que el plazo de prescripción es equivalente directamente a la pena asignada al delito²²⁷.

En virtud de aquello, la solución adoptada por algunas naciones ha sido incrementar las penas previstas para los delitos sexuales con víctimas menores de edad, aumentando en consecuencia los plazos de prescripción. Este fue el camino tomado por el Código Penal Italiano (CPI). En este, el artículo 157 establece que la prescripción extingue el delito después de transcurrido el tiempo correspondiente al máximo de la pena legal establecida por la ley. Sin embargo, producto de una reforma legal introducida el año 2012, el artículo 157.6 del Código Penal Italiano duplicó los plazos de prescripción en aquellos delitos de abuso sexual cometidos contra menores²²⁸. Junto con eso, la ley N°172 de 2012, que ratificó Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) modificó las penas establecidas para algunos delitos como la prostitución infantil (art. 600 bis CPI), Pornografía infantil (art. 600 ter CPI) y actos sexuales contra menor de edad (art. 609 quater CPI)²²⁹.

Dichas modificaciones, en especial la extensión de los plazos de prescripción al doble persigue el objetivo de convertir a estos delitos en imprescriptibles de facto, en especial si se considera las posibilidades de interrupción de la prescripción. Así, por ejemplo, el plazo máximo de prescripción

²²⁴GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p. 23.

²²⁵YUSEFF, G. *Óp. Cit.*, pp. 101-102.

²²⁶ Así, por ejemplo, el artículo 131.1 del Código Penal Argentino, establece un plazo de prescripción de 20 años cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 años o más, de 15 años cuando la pena sea por más de diez y menos de 15. De 10 años, cuando la pena asignada sea más de cinco y no exceda diez, y de cinco años para los demás delitos.

²²⁷ En México, los artículos 104 y 106 del Código Penal Mexicano señalan que la acción penal prescribe, en un plazo igual al término medio aritmético de la pena asignada al delito si ésta fuere privativa de libertad. Sin embargo, en ningún caso dicho término puede ser inferior a tres años.

²²⁸GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p. 24.

²²⁹ Ídem.

para el delito de actos sexuales con un menor de edad (609 quater CPI) puede convertirse en 35 años en el caso de que la víctima sea menor de 10 años²³⁰.

Opciones legislativas de este tipo tienen por objetivo evitar crear reglas específicas y excepcionales a las reglas generales de prescripción. Al incidir en la premisa mayor de la ecuación, la pena, se lograría mantener la coherencia interna del sistema de prescripción, sin establecer regulaciones especiales para el mismo. Sin embargo, como señala GÓMEZ, tal planteamiento presenta diversos problemas. Quizás el más grave, es que, a fin de prolongar el plazo de prescripción se opta por elevar la pena a un punto que desequilibra la balanza de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la respuesta penal. En este sentido, La pena no puede ser decidida con una exclusiva orientación utilitarista. Al contrario “comporta una evidente carga axiológica directamente vinculada con el principio de proporcionalidad que tiene que ser resuelta en su contexto, el Código penal, y, más en particular, los delitos contra las personas. La decisión sobre la gravedad de la pena de un delito tiene que obedecer a una racionalidad valorativa que no puede ignorar la consecuencia jurídica prevista para otros delitos análogos”²³¹.

Por otra parte, las reglas específicas poseen una gran ventaja respecto a los criterios generales: el poder tomar en consideración las características particulares del caso y la víctima, y crear una norma que se ajuste adecuadamente, sin alterar la armonía del sistema²³². Hablar de la supuesta uniformidad del sistema jurídico en materia de prescripción del delito resulta ilusorio, porque un sistema de este tipo no logra adaptarse a las particularidades que plantea la vida contemporánea.

Suspensión del *Dies a Quo* hasta determinada edad de la víctima

Otra solución adoptada por variados países ha sido establecer reglas de suspensión del plazo de prescripción hasta que la víctima cumpla una determinada edad. Estas constituyen una excepción a la regla general, según la cual el plazo de prescripción empieza a computarse a partir del momento en que queda consumado el delito²³³.

Al respecto, RAGUÉS I VALLÉS Plantea que la decisión de iniciar el computo al momento de trascendencia pública no es incompatible con el fundamento de la prescripción, en el sentido que una conducta no puede ser considerada dañosa si su realización es ignorada por la colectividad, e incluso

²³⁰ GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p.25.

²³¹ *Ibid.* p. 26.

²³² *Ibid.* p. 26.

²³³ *Ibid.* p. 27.

por la propia víctima²³⁴. Más aún, “en aquellos casos en que el legislador detecta que determinadas formas de delincuencia se benefician de manera excesiva de la extinción de responsabilidad criminal debida al paso del tiempo puede establecer legítimamente excepciones a dichos plazos (...) siempre y cuando no pongan en peligro la función del derecho penal”²³⁵.

Diversos países de derecho continental han establecido normas de este tipo, siendo Francia el precursor de ellas. Mediante la ley N°89-487 del 10 de Julio de 1989, se modificó el inciso tercero del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal Frances, expresando que “El plazo de prescripción de la acción penal pública en el caso de los crímenes mencionados en el artículo 706-47 del presente código, así como del crimen previsto en el artículo 222-10 del Código Penal Frances, cuando se cometan contra menores de edad, será de 20 años y sólo comenzará a correr a partir de la mayoría de edad de estos últimos”.

Los delitos contemplados en el artículo 706-47 del Código de Procedimiento Penal francés son el homicidio o asesinato de un menor precedido o acompañado de violación, torturas o actos de barbarie; agresiones o atentados sexuales y proxenetismo respecto a un menor, así como ser cliente de prostitución infantil. El artículo 222-10 del Código Penal francés contempla las mutilaciones o lesiones que produzcan incapacidad permanente²³⁶.

Esta línea fue la seguida por el legislador Español, quien por medio de Ley Orgánica 11/1995, modificó el artículo 132.1 del Código Penal Español, estableciendo que “en la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima sea menor de edad, los términos se computarán desde el día en que este haya conseguido la mayoría de edad, y si muriera antes de conseguirla, a partir de la fecha de defunción”.

Dicha norma fue inspiración directa para la creación de una norma de igual tipo en nuestro país: La ley 20.207, introdujo el nuevo artículo 369 quater al Código Penal, estableciendo que, contra determinados delitos cometidos contra menores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años.

²³⁴RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 147.

²³⁵Ibid. p. 147.

²³⁶PEÑA, Silvia; SANTIBÁÑEZ, María Elena. 2008. *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207*. Santiago: Microjuris, p. 7.

Como hemos visto, gran parte de los ordenamientos jurídicos que han optado por esta alternativa legislativa fijan la suspensión del plazo de prescripción hasta que la víctima alcanza la mayoría de edad (por lo general, a los 18 años). Por ello, resulta particularmente relevante el caso alemán, el que seguía el criterio de edad establecido por los demás países, hasta que la Ley para el fortalecimiento de los derechos de las víctimas de abuso sexual, que entró en vigor el 30 de junio de 2013, reformó el § 78b.1 StGB. Esta modificación aumentó el plazo de suspensión para los delitos de previstos en los §§ 174b (delito sexual con abuso de cargo público), 174c (abuso sexual con aprovechamiento de relación de confianza), 176-179 (abuso sexual de niños), 182 (abuso sexual de jóvenes), 225 (abuso de personas especialmente necesitadas de protección), 226 (ablación genital) y 237 (matrimonio forzado) StGB, prolongándolo hasta los 21 años.

Más aún, una nueva reforma del § 78b.1 StGB realizada en 2015 extendió la suspensión de la prescripción de los delitos mencionados hasta que la víctima haya llegado a los treinta años. Esta regla se estableció por analogía con el § 208.2 BGB, que, para los supuestos en que la víctima todavía conviva con sus padres cuando haya cumplido los 30 años, determina que la prescripción de las pretensiones de indemnizaciones nacidas como consecuencia de una lesión de la libertad sexual quedará suspendida hasta entonces²³⁷.

Este último caso es relevante, ya que el gran debate que se observa en normas de este tipo es determinar cuál debe ser la edad a partir de la cual debe iniciarse el computo de la prescripción en los delitos de abuso sexual infantil. Durante el debate parlamentario sobre la ampliación del plazo de suspensión de 18 a 21 años se hizo notorio que el aumento de la suspensión en solo tres años era insuficiente para resolver el problema que se intentaba resolver: La dependencia de la víctima respecto del autor. Se hace evidente, que el límite mínimo de 18 años no responde de manera adecuada a las relaciones interpersonales entre víctima y autor, en especial en contexto de abuso intrafamiliar²³⁸. Al contrario, sabemos que la dependencia de la víctima respecto del ámbito del ámbito doméstico se mantiene durante mucho más tiempo, inclusive hasta los 29 años²³⁹. Esto es relevante si consideramos además que un porcentaje importante de los abusos sexuales infantiles de menores de catorce años son cometidos por miembros de la familia²⁴⁰.

²³⁷GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...Cit.*, pp. 27-28. Conforme señala el mismo autor, similares reglas excepcionales ha establecido el Código Penal Austriaco (28 años).

²³⁸ Ibid. p. 29.

²³⁹ Recordemos que casi el 80% de las personas jóvenes de entre 15 y 29 años depende residencialmente de sus familias. Vid. *Supra*, p. 40.

²⁴⁰ Vid. *Supra*, p. 34.

Más aún, las barreras psicológicas y sociales para la denuncia acostumbran a prolongarse más allá de los 18 años. Como hemos visto, Las víctimas se protegen del abuso por medio de la no simbolización en la memoria de la experiencia, o el bloqueo de esta²⁴¹. Dicho bloqueo acostumbra a ser largo, y el camino de la víctima para recordar y aceptar como reales los hechos puede durar varias décadas²⁴².

Sin embargo, la inclusión de esta clase de reglas conduce a distintas dificultades aplicativas. La más preocupante es que en algunos supuestos de delitos sexuales contra menores de edad (en especial en aquellos de menor entidad), el plazo de prescripción puede dilatarse de manera desproporcionada, entrando en conflicto con el fundamento mismo de la prescripción, esto es el paso del tiempo como factor de atenuación y, finalmente, desaparición de la dañosidad social²⁴³. Para resolver este problema es necesario que los jueces, atendiendo a la atenuación del desvalor del hecho que representa el transcurso del tiempo, recurran a las posibilidades de atenuación de la pena o indulto inclusive contempladas en el ordenamiento legal²⁴⁴.

Otro problema derivado de estas normas es que obligarían a suspender el plazo de prescripción aun cuando no concurra ninguno de los fundamentos que le sirven de base. Así, por ejemplo, una persona de 17 años de edad víctima de un delito de abuso, podría comprender perfectamente el sentido antijurídico del mal sufrido, no estando sometido a ninguna presión. En tales casos la doctrina considera que es necesario reducir teleológicamente los alcances de la norma de suspensión²⁴⁵. En cambio, en aquellos casos en que la víctima sea mayor de edad, aun cuando concurren los fundamentos de la norma (sujetos coaccionados para no denunciar, o incapaces de reconocer el carácter antijurídico del hecho cometido contra ellos) sería inadmisibles realizar una aplicación por analogía, toda vez que vulneraría el principio de legalidad²⁴⁶.

Los dos supuestos desarrollados en el párrafo anterior demuestran que la literalidad de las reglas excepcionales no siempre se corresponde correctamente con el fundamento material sobre el que descansan. Al respecto, algunos autores proponen que las cláusulas de suspensión de la prescripción del delito no deberían aplicarse en todos los casos de víctima menor, sino solo cuando concurren los presupuestos que las fundamentan. Más aún, la doble presunción de que la incapacidad para denunciar solo se da en el caso de menores y que, en cambio, cuando la víctima es adulta esto no

²⁴¹ BARUDY. Óp. Cit., p. 249.

²⁴² GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...* Cit., p.30.

²⁴³ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 152.

²⁴⁴ Ibid. p. 152.

²⁴⁵ GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...* Cit., p.31 / RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 153.

²⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 153.

suceda nunca, tendría que ser una presunción *iuris tantum*, es decir, vencible con prueba en contra, y no una presunción de derecho, como actualmente es²⁴⁷.

Finalmente, otro supuesto a considerar son los hechos hayan sido denunciados o se haya iniciado un procedimiento judicial por los mismos. En estos casos la doctrina considera necesaria una restricción teleológica, en que el computo del plazo no quede suspendido hasta que la víctima cumpla una determinada edad, sino que empiece cuando se realice determinada actuación procesal²⁴⁸.

Imprescriptibilidad

Como ya señalamos antes, el instituto de la prescripción se basa en la pérdida de lesividad del hecho penalmente imputable. El paso del tiempo provoca la pérdida de su contenido perturbador, haciéndolo perder toda capacidad para afectar negativamente el modelo social. Esta pérdida de contenido lesivo hace injustificada su sanción (aun cuando la pena pueda resultar útil para efectos preventivo-generales o especiales).

La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y 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 toda²⁴⁹. La extrema gravedad de dichos hechos tiene como consecuencia que la persecución y castigo de los responsables siga siendo necesaria mientras estos vivan. Así, la imprescriptibilidad se vuelve un instrumento necesario para la preservación de un determinado orden social²⁵⁰.

En relación con esto, se encuentra ampliamente extendida en la doctrina la aceptación de la imprescriptibilidad en delitos de particular gravedad, en especial los de lesa humanidad, el genocidio, y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Atendiendo no solo a su extrema gravedad, sino también al modo en que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad, pudiendo dejar en la colectividad una huella prácticamente imborrable²⁵¹. Dicha aceptación se grafica también en del

²⁴⁷GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p. 32 / RAGUÉS I VALLÈS, R., *Óp. Cit.*, p. 153.

²⁴⁸GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, pp. 32-33 / RAGUÉS I VALLÈS, R., *Óp. Cit.*, pp. 153-154.

²⁴⁹HORVITZ, María Inés. 2006. Amnistía y prescripción en causas sobre violación de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, No 2, p. 223

²⁵⁰RAGUÉS I VALLÈS, R., *Óp. Cit.*, p. 92.

²⁵¹GÓMEZ, Víctor. 2017. *La Prescripción del Delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 56. Particular relevancia guardan para nuestro país los delitos de Lesa Humanidad, en virtud de los hechos ocurridos durante el gobierno militar. Al respecto HORVITZ plantea que "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

derecho penal internacional, donde diversas normas han declarado la imprescriptibilidad de estos delitos, como por ejemplo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 o el Convenio de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad²⁵².

Sin embargo, la imprescriptibilidad como excepción a las reglas generales de la prescripción penal no solo se ha planteado en las categorías de delitos antes planteadas. Diversos países, de forma acorde a los criterios de política criminal y seguridad jurídica de nuestro tiempo, han incorporado nuevos tipos penales al grupo de delitos imprescriptibles. En especial, los delitos terroristas, contra la administración pública, y contra la libertad sexual con víctimas menores de edad.

Respecto de estos últimos, los casos más patentes son aquellos países con sistemas jurídicos de raíz anglosajona. A diferencia del derecho continental, los estados pueden perseguir sin límites de tiempo la responsabilidad criminal de los individuos, salvo existan respecto del delito *statutes of limitations*²⁵³, generalmente contemplados solo para los delitos menores y las acciones civiles. Así, en países como Inglaterra, Canadá, Irlanda, Nueva Zelanda y Australia, no existen limitaciones de tiempo para la persecución de delitos sexuales cometidos contra menores. En estados Unidos, la legislación varía de estado en estado, existiendo 8 estados que no contemplan ningún tipo de *statutes of limitations* para los delitos sexuales, además de otros 27, que contemplan a lo menos alguna forma de ampliación indefinida del plazo de persecución²⁵⁴, en particular las *DNA Exceptions*²⁵⁵.

Pero la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad no es un fenómeno normativo exclusivo del Common Law. Distintos países pertenecientes a la tradición del Derecho Continental Europeo han incorporado normas de este tipo, como Suiza, México (Estado de Oaxaca) y

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" (HORVITZ, M.I., Óp. Cit., p. 223).

²⁵² Ibid. P. 92.

²⁵³ Los países influenciados por Inglaterra siguen aquella doctrina en que "las limitaciones del tiempo no son aplicables en contra del rey" (*nullum Tempus occurrit regi*), es decir que este su equivalente moderno, el estado (*nullum Tempus occurrit republicae*), puede proceder con acciones criminales contra cualquier individuo, sin importar cuanto tiempo haya transcurrido desde ocurrido el hecho. Como mitigación de dicho principio, se establecen "statutes of limitations" Normas que prohíben la persecución de determinados delitos cuando ha transcurrido determinado lapso de tiempo. Estas son vistas como un acto de gracia, en que se considera que el paso del tiempo hace perder la relevancia del hecho, además de afectar las posibilidades de defensa del imputado, debido al deterioro y pérdida de fiabilidad de la prueba física y testimonial. (University of Pennsylvania. 1954. The Statute of limitations in criminal Law: A penetrable Barrier to Prosecution. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 102, No. 5, p. 630.)

²⁵⁴ Vease ERICKSEN, Brittany; KNECHT, Ilse. 2013. *Statutes of limitations for sexual assault: A state-by-state comparison*. Arlington, VA: National Center for Victims of Crime.

²⁵⁵ Las *DNA exception* son provisiones que suspenden los *Statutes of limitations*, cuando existe evidencia que contenga ADN de imputado. En caso de que dicha muestra de ADN sea un sospechoso desconocido, el tiempo de prescripción se suspenderá hasta que el sospechoso sea identificado.

Argentina. El primer caso es interesante: en 2008 organizaciones en defensa de niños, promovieron la incorporación a la Constitución Federal de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de 16 años. La Propuesta fue rechazada por amplia mayoría en ambas cámaras del congreso, señalándose entre otros motivos que, delitos más graves como el homicidio o incluso el infanticidio, seguirían siendo prescriptibles, y que la legislación de dicho país sólo contemplaba tres excepciones a la prescripción: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y atentados terroristas. Sin perjuicio de lo anterior la última palabra la tuvo el pueblo suizo, el que, por medio de una iniciativa popular, llevó el asunto a referéndum celebrado el 30 de noviembre de 2008, aprobándose la iniciativa con un 52% de los votos. Se introdujo así el artículo 123b de la Constitución Federal de la Constitución Suiza, el que establece la imprescriptibilidad de los delitos sexuales o de pornografía cometidos en contra de niños prepúberes²⁵⁶.

Argentina, nuestro país vecino ha adoptado criterios similares. El 04 de noviembre de 2011 se promulgó en el país trasandino la ley N°26.705, también conocida como “Ley Piazza”, la que estableció una regla de suspensión de la prescripción penal hasta que la víctima alcanzara la mayoría de edad. Apenas unos años después, la ley N°27.206, promulgada el 09 de noviembre de 2015, modificó el artículo 67 del Código Penal Argentino, estableciendo la suspensión de la prescripción por un lapso de tiempo indefinido, hasta que la víctima formule por sí misma la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. En términos prácticos, una formulación normativa de este tipo produce efectos similares a la imprescriptibilidad, permitiendo su persecución sin importar cuanto tiempo haya transcurrido entre la comisión del hecho y la denuncia.

Finalmente, Chile tampoco se ha mantenido ajeno a esta tendencia legislativa. Presentándose diversos proyectos en ambas Cámaras del congreso en miras de decretar la imprescriptibilidad de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Uno en particular, el Boletín N°6956-07, ha mantenido un avance sostenido, recibiendo además urgencia suma en los últimos días del segundo Gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, y presentados una indicación, nuevamente bajo tramitación de suma urgencia por el presidente Sebastián Piñera.

Las ampliaciones antes señaladas, y los proyectos de ley en ese tenor, han sido objeto de diversas críticas. El desarrollo de estas las reservaremos al momento en que nos refiramos a los proyectos de imprescriptibilidad bajo actual tramitación en Chile.

²⁵⁶WEIDNSLAUFER, Christine. 2016. *Imprescriptibilidad de acciones civiles y/o penales por delitos contra menores de edad en el derecho comparado*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones, p. 4.

La ley 20.207 que Suspende la Prescripción de la Acción Penal en casos de Delitos Sexuales cometidos contra menores de edad

Historia fidedigna de la ley

Origen y fundamentos

La ley objeto de este capítulo tiene su origen en dos mociones presentadas a la cámara de Diputados, el boletín 3786-07, del 19 de enero de 2005 y el boletín 3799-07 del 03 de marzo de 2005.

La primera moción, cuya inspiración directa era la ley orgánica 11/1999 que modificaba el Código Penal español, tenía como objetivo modificar el artículo 95 de nuestro Código Penal, estableciendo un *dies a quo* especial para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. El proyecto señalaba: Artículo Único: *Agréguese al artículo 95 del Código Penal el siguiente inciso segundo: “En los delitos tipificados en el Libro Segundo, Título VII, Párrafos 5 y 6 de este Código, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad. Si la víctima falleciere antes de la mayoría de edad el plazo de prescripción secomputará a partir de la fecha del fallecimiento.”.*

Dicha moción señalaba entre sus fundamentos²⁵⁷:

- Que el abuso sexual es un hecho más habitual de lo imaginado, y se da en todos los niveles sociales, siendo generalmente el autor un miembro de la familia, y el abuso reiterado.
- Que sin perjuicio de aquello. el autor del abuso no es denunciado, pues las víctimas no han alcanzado aún su madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza. Por lo mismo, y/o por temor al agresor no informan de esta situación a sus padres o tutores y, recién al ser adultos, toman cabal conocimiento que fueron sexualmente abusados.
- Que la redacción del artículo 95 del Código Penal, no distinguía si las víctimas eran o no menores. Aquello impedía a quienes han sido violentados sexualmente cuando niños, ejercer la acción penal correspondiente al llegar a mayor edad y tomar real conciencia de los abusos sufridos.
- Que tanto la legislación española con la Ley Orgánica 11/1999, como el Código Canónico a través de la Congregación para la Doctrina de la Fe habían realizado modificaciones en este sentido.

²⁵⁷ *Historia de la Ley N° 20.207, que Suspende Prescripción de la Acción Penal en casos de Delitos Sexuales cometidos contra menores de edad* [En línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pp.3-4. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=264243>.

La segunda moción, que usaba como referencia las legislaciones federales de estados unidos y la modificación del Código Penal Alemán, señalaba: *Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido: En el artículo 95, agréguese el siguiente inciso segundo: "En el caso de los delitos contemplado en los artículos 361 a 367ter, ambos inclusive, el término de la prescripción empezará a correr al momento que la víctima cumpla 18 años."* Conforme expone dicha moción:

- Si bien, generalmente la prescripción de la responsabilidad penal es aceptada frente a la necesidad de certeza jurídica, la situación de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad sería distinta. En estos casos la decisión de someter a la justicia al culpable recaerá en los adultos que se encuentran a su cargo, en su calidad de representantes legales. Estos adultos muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial.
- Más grave aún resultaría la situación en que los propios padres son los agresores porque evidentemente se tratará de esconder los hechos quedando el menor en total indefensión.
- Se habría tratado de paliar aquello concediendo acción penal pública contra este tipo de delitos en el artículo 53 del Código Procesal Penal. Además, el artículo 175 del mismo código obligara a denunciar a jefes de recintos hospitalarios, directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de los delitos que afectaren a los alumnos. Sin embargo, la posibilidad de realizar esas denuncias dependerá de que los hechos sean conocidos, lo que en un alto porcentaje no ocurre.
- Lo anterior, haría indispensable una modificación al artículo 95 del Código Penal, el que permita a los menores ejercer directamente sus derechos una vez que han llegado a la mayoría de edad.

Primer trámite constitucional: Cámara de diputados

Las iniciativas antes señaladas pasaron a ser conocidas por la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la cámara. En el informe elaborado por ella, con fecha 15 de junio de 2005, se aprobó la idea de legislar por unanimidad, considerándose conveniente refundir ambas mociones, dada la similitud en fundamentos y contenido que presentaban.

Por otra parte, asugerencia del representante del Ejecutivo, Francisco Maldonado Fuentes, estimó más lógico no introducir la modificación en el artículo 95, normade carácter general, sino que en el artículo 369, el que ubicado en el párrafo séptimo del Título VII del Libro II, serefiere a las disposiciones comunes a todo delito de connotación sexual. El proyecto establecía un artículo único, redactado como sigue:

Incorpórase al inciso tercero del artículo 369 del Código Penal el siguiente párrafo, a continuación del punto aparte que pasa a ser seguido: “En estos mismos casos, el plazo de la prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad al momento en que éste cumpla los 18 años. Si la víctima falleciere antes, el plazo se computará a partir de la fecha del fallecimiento.”

El proyecto pasa a discusión en sala el 06 de julio de 2005 (sesión 13, legislatura 353). En ella el proyecto goza del respaldo unánime de todas las bancadas²⁵⁸, aprobándose el proyecto en general y en particular, por 80 votos a favor, sin abstenciones ni votos de negativa.

SEGUNDO TRAMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

En informe de la Comisión de Constitución, legislación y justicia del senado, de fecha 18 de abril de 2007, se expresó acuerdo unánime con la iniciativa parlamentaria. Además, se trató simultáneamente la moción del Senador Ávila, contemplada en el boletín N°3.991-07. Dicha moción pretendía aumentar los plazos de prescripción del abuso sexual y violación a 15 años²⁵⁹, además que el término de este comenzara a correr desde que la víctima cumpliera los 14 años. Dado que dicha moción presentaba diferente estado de tramitación legislativa, se optó por dejarla como indicación al proyecto ya aprobado por la Cámara de Diputados.

Pese a lo anterior, la comisión decidió encargar un informe sobre los alcances del proyecto al Abogado Penalista Juan Domingo Acosta Sánchez. Dicho informe fue tomado en cuenta para un nuevo informe de la Comisión, de fecha 08 de junio de 2007.

En dicho informe, el abogado mantuvo una postura crítica sobre la extensión del plazo de prescripción para intervinientes distintos a la víctima del delito. Reconoce que el proyecto está estrechamente vinculado al inciso segundo del artículo 132 del Código Penal Español, el que establece que en caso del fallecimiento del menor antes que este alcance la mayoría de edad, el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha del deceso. Sin embargo, dicho artículo utiliza un criterio amplio, abarcando un espectro mayor de delitos cometidos contra menores. En cambio, la

²⁵⁸ Aquello se grafica en las intervenciones de los diputados Bertolino, Soto y Uriarte, diputados de distintas bancadas quienes alabaron el trabajo conjunto. Este último agregó que el proyecto significaba “*un gran avance en la defensa no sólo de la libertad sexual de los menores de edad, sino también de su integridad física y psíquica*” (Historia de la Ley N°20.207, P. 14.)

²⁵⁹ Esto en concordancia con el modelo italiano antes descrito. Vid supra pp. 47 y ss.

disposición aprobada por la Cámara de Diputados sólo plantea la regla para ciertos delitos relativos a la indemnidad sexual²⁶⁰.

Dicho eso, “si la norma contenida en el proyecto tiene por finalidad dar protección al menor y permitirle ejercer sus derechos a denunciar o accionar penalmente cuando alcanza la mayoría de edad, parece razonable que el plazo de prescripción comience a contarse, sólo a favor del menor, desde que ese hecho acaezca. Por esta razón, no se justifica reglar, como hace el proyecto, que en el evento de que el menor muera la prescripción se contará desde la fecha del deceso, porque esto supone ampliar la protección a los herederos del menor, que comúnmente van a ser mayores de edad y han podido ejercer acciones como representantes de la víctima desde que se cometió el delito. Esta situación no está contenida en la idea matriz del proyecto, que apunta a la protección del menor que ha sido víctima de un delito, y no al establecimiento de un régimen especial de prescripción aplicable a otras personas distintas del menor”²⁶¹.

Además, tanto Acosta como el senador Gómez hicieron notar que en la disposición aprobada en el primer trámite constitucional quedan fuera de la regla especial prescripción de delitos sexuales contra menores ciertos tipos penales que protegen el mismo bien jurídico, como son los relativos a la prostitución de menores y el uso de menores en la producción de material pornográfico.

En virtud de las observaciones mencionadas, y con aprobación unánime de la comisión, se presentó la siguiente indicación sustitutiva:

“Artículo único. - Incorpórase, a continuación del artículo 369 ter del Código Penal, el siguiente artículo 369 quáter, nuevo:

“Artículo 369 quáter. En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años.”.

La discusión en sala se realiza con fecha 19 de junio 2007 (sesión 26, legislatura 355). Una vez más, el proyecto muestra apoyo transversal, aprobándose por el total de la sala, con las modificaciones hechas por la comisión de Constitución del Senado.

²⁶⁰ Historia de la Ley N° 20.207, p. 25.

²⁶¹ Ídem.

Tercer tramite constitucional: Cámara de diputados, promulgación y publicación.

La Cámara de origen revisa el proyecto modificado mediante discusión única en Sala de fecha 05 de julio de 2007 (sesión 46, legislatura 355). La cámara reitera su apoyo transversal al proyecto, aprobándose las modificaciones del senado al proyecto de ley, por 78 votos a favor y sin negativa ni abstenciones.

El proyecto fue Promulgado por la presidenta de la República, Michelle Bachelet con fecha 23 de agosto de 2007, y publicada en el diario oficial el 31 de agosto del mismo año.

Características generales de la norma

Conforme se ha visto en el capítulo anterior, la ley 20.207 incorporó el artículo 396 quater al Código Penal, el que señala:

“En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”.

Las profesoras PEÑA y SANTIBÁÑEZ señalan que la adición de este artículo se traduce en una ampliación relativa, indirecta e indeterminada del plazo de prescripción de la acción penal respecto a ciertos delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Relativa porque se establece solo en favor del menor que ha sido víctima de un delito de abuso sexual²⁶². Indirecta, porque no se amplía el plazo de prescripción de la acción penal, sino que a dicho plazo se agrega el tiempo que falta para que la víctima alcance la mayoría de edad. Indeterminada, porque el plazo total de prescripción va a depender de la edad que haya tenido la víctima al momento de cometerse el delito²⁶³.

La opinión mayoritaria estima que la figura del artículo 369 quater no puede considerarse una causal de suspensión de la prescripción penal²⁶⁴. Al respecto, la doctrina entiende que la suspensión se produce cuando el tiempo, transcurrido con anterioridad al momento en que se verifica un obstáculo,

²⁶² Como consecuencia existirán dos plazos distintos de prescripción de la acción penal, dependiendo de qué persona sea la que actúe como interviniente. Dicha postura ha sido objeto de debate conforme se verá más adelante. Vid. *Infra*. p. 66 y ss.

²⁶³ PEÑA, S.; SANTIBÁÑEZ, M.E. 2008. *Óp. Cit.*, p. 3.

²⁶⁴ Así, por ejemplo, PEÑA, S.; SANTIBÁÑEZ, M.E. 2008. *Óp. Cit.*, p. 3. / PEÑALOZA, Claudio. 2012. *Nueva regla de prescripción de delitos sexuales con víctimas menores de edad. El nuevo artículo 369 quater del Código Penal*. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de derecho, pp. 62-63. / RODRIGUEZ COLLAO, L. *Óp. Cit.*, p. 402. En contra, CABEZAS, para quien la norma del art. 96 del CP sea un catálogo cerrado de circunstancias suspensivas, además que la redacción del citado artículo respondería a los motivos clásicos de la suspensión descendiente del adagio latino “*contra non valentem agere non currit praescriptio*” (CABEZAS, Carlos. 2013. *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 *Política Criminal*. Vol. 8 No. 16., p. 391).

siempre se considera útil para la prescripción y se computa, en consecuencia, junto con el tiempo que transcurre después de desaparecido aquél²⁶⁵. El fundamento de dicho instituto es que, si la ley permitiera que prescribiera la acción no obstante la existencia del impedimento se contradiría a sí misma. Por ello la mayor parte de las legislaciones y la opinión dominante de la doctrina aceptan que el curso de la prescripción se suspenda cuando determinados obstáculos legales, y en algunos casos de hecho, impidan, sea la iniciación, sea la prosecución del proceso penal²⁶⁶.

El concepto antes descrito es perfectamente aplicable en el derecho comparado, donde la suspensión se produce en los casos que un impedimento legal o de hecho obstaculiza la iniciación o desarrollo del proceso, suspendiéndose el proceso mientras dure dicho impedimento. Sin embargo, la regulación de la suspensión creada por el legislador nacional es distinta. De acuerdo con el artículo 96 de Código Penal, la suspensión se produce desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, suponiendo la ausencia de obstáculos que permitan desarrollar la persecución penal. Por ello, la doctrina considera que el artículo 369 quater supondría una “congelación” o “postergación del inicio del plazo de prescripción²⁶⁷”.

Así, el artículo 369 quater representa una excepción a la regla general, establecida en el artículo 101 del Código Penal, según la cual la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas. No plantea mayores problemas el concepto “menor de edad”, dado que dicha expresión está definida en el artículo 26 del Título preliminar del Código Civil, como toda persona que no ha cumplido 18 años.

Por otra parte, el artículo en estudio solo establece una regla especial sobre la prescripción de la acción penal, manteniéndose vigente las reglas generales respecto a la prescripción de la Pena²⁶⁸.

Ámbito de aplicación típico del artículo 369 quater

Conforme su redacción, la nueva regla de prescripción establecida por el artículo 369 quater se aplica a los delitos contenidos en los párrafos 5° y 6° del Título VII (Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) del libro segundo del Código Penal.

Tales delitos son:

1. Violación Propia (artículo 361 CP).
2. Violación Impropia (artículo 362 CP).

²⁶⁵ YUSEFF, G. Óp. Cit., p. 117.

²⁶⁶ Ibid. p. 118.

²⁶⁷ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 402.

²⁶⁸ PEÑA, S.; SANTIBAÑEZ, M.E. 2008. Óp. Cit. P. 3 / RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 402.

3. Estupro (artículo 363 CP).
4. Sodomía (artículo 365 CP).
5. Abuso sexual propio y agravado ((artículos 365 bis, 366 y 366 bis CP).
6. Abuso sexual impropio o indirecto (artículo 366 quater CP).
7. Producción de Pornografía infantil (artículo 366 quinquies CP).
8. Favorecimiento de la prostitución simple de menores, agravada e impropia (artículo 361 CP).

La redacción del artículo 369 quater, deja fuera de su ámbito de aplicación una serie de delitos sexuales que pueden ser cometidos contra menores. Si bien, esta situación ya había sido advertida en el informe del abogado Acosta Sánchez ante la Comisión de Constitución, legislación y justicia del senado²⁶⁹, incorporándose algunos delitos al proyecto original, otros fueron dejados de lado por el legislador, como la comercialización, almacenamiento, y adquisición de material pornográfico infantil (artículo 374 bis CP) y la trata simple de personas (artículos 411 ter y 411 quater CP)²⁷⁰.

Además, la regla especial de prescripción tampoco sería aplicable a las figuras de delitos complejos que involucran tipos sexuales, estos son (artículo 372 bis CP). Respecto de esta última, Peña y Santibáñez señalan que sólo podría aplicarse la ampliación del plazo de prescripción, establecido exclusivamente en favor del menor, en los casos en que el homicidio no llegue a consumarse; sin embargo, ello no sería posible por la ubicación sistemática de esta figura penal²⁷¹.

Por otra parte, tratándose del robo con violación y la sustracción de menores con violación, la doctrina ha señalado que, de estimarse que tales disposiciones corresponden a reglas especiales de penalidad de situaciones concursales, la solución adecuada será escindiendo el delito complejo en figuras simples, corriendo la prescripción de cada delito por cauces separados, y congelándose los plazos solo respecto de la violación²⁷².

Limitaciones teleológicas al alcance literal de la norma

La doctrina ha mostrado una gran preocupación por la posibilidad de reducir teleológicamente el ámbito de aplicación del artículo 369 quater. Sí bien comparten la existencia de un interés legítimo en

²⁶⁹ Vid supra p. 58.

²⁷⁰ La exclusión de ciertos delitos del ámbito de aplicación del artículo 369 quater, como el almacenamiento y adquisición de material pornográfico infantil, nos parece correcto, a diferencia de los otros tipos penales señalados, numerosos autores discuten la pertinencia de incluir un tipo como este en el ordenamiento jurídico penal. Esto porque el único bien jurídico protegido sería la moral sexual colectiva, castigando un vicio moral como es la inclinación a la pornografía infantil (RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., Pp. 326-328).

²⁷¹ PEÑA, S.; SANTIBAÑEZ, M.E. 2008. Óp. Cit. p. 4.

²⁷² PEÑA, S.; SANTIBAÑEZ, M.E. 2008. Óp. Cit. p. 3 / PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit. p. 65 / RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 402.

la creación de una regla excepcional a las normas generales de prescripción penal, en especial cuando ciertas formas de delincuencia se ven excesivamente favorecidas por esta, el carácter excepcional de esta norma exigiría que la aplicación de ella debe estar estrictamente ceñida a sus objetivos, con miras a no distorsionar en exceso nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, Rodríguez Collao reconoce que la disposición se encuentra justificada en tres circunstancias: a) que la falta de madurez del menor le impida captar el carácter sexual del acto del que es víctima; b) que el entorno del menor obstaculice la denuncia para evitar la victimización secundaria, la estigmatización o afectación de honra del menor (o de su familia); c) que la víctima se encuentre en indefensión cuando padres, familiares o cercanos impiden la denuncia a través de amenazas o aprovechándose del estado de dependencia de la víctima. A partir de esto, cuando en un caso concreto no concorra ninguna de las circunstancias señaladas, la postergación inicio del plazo de prescripción no debería ser aplicada²⁷³.

La situación antes descrita es perfectamente posible, como por ejemplo el de un menor de edad, de 17 años víctima de un abuso sexual, pero que no denuncia, ni por amenazas ni por una situación de dependencia, sino por desconocimiento del autor. En un caso así no se ve concurren fundamentos que justifiquen la postergación del cómputo del plazo de prescripción, ya que no hay imposibilidad de presentar la denuncia ni tampoco (presumiblemente) una falta de comprensión de la naturaleza del ataque padecido. Además, se cumple perfectamente con las exigencias para que no se suspenda la prescripción de la acción penal, según se desprendería *contrario sensu* del artículo 95 del Código Penal, cuales son que no existan obstáculos que impidan que el procedimiento se dirija contra el delincuente²⁷⁴. En cambio, el principio de legalidad impide aceptar la tesis inversa, esto es aplicar la figura del artículo 369 quater a casos de personas mayores de edad²⁷⁵.

Otro supuesto que requeriría de reducir el alcance literal de la norma sería aquellos en que aun siendo la víctima menor de edad, el delito ya haya trascendido, habiendo sido denunciado el hecho o llegado incluso a producirse una persecución penal. En tales casos, no tendría ningún sentido sostener que para que el plazo de prescripción empiece a correr haya que esperar hasta que la víctima cumpla la mayoría de edad, lo que perdería armonía con el fundamento de la disposición²⁷⁶.

²⁷³RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 403.

²⁷⁴RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 404.

²⁷⁵PEÑALOZA, C. Óp. Cit. p. 65. Respecto de la discusión de este tópico en el derecho comparado Vid. Supra pp. 51-52.

²⁷⁶PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit., p. 67. Así también en el derecho comparado GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...Cit.*, p. 32 / RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 153.

Sin perjuicio de lo anterior, en tales hipótesis la prescripción igualmente podría suspenderse de acuerdo con las reglas generales²⁷⁷.

Antinomia entre la ley 20.207 y la ley 20.084

Hasta ahora, hemos hecho referencia a la aplicación del artículo 369 quater siempre con una persona adulta como sujeto activo. Sin embargo, existen problemas cuando el hecho constitutivo de delito es cometido por una persona menor de edad. Esto es así porque la ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, fijando plazos de prescripción de la acción penal distintos a los del Código Penal. El artículo 5 de la referida ley, establece los siguientes plazos de prescripción de la acción penal y de la pena: cinco años tratándose de hechos constitutivos de crímenes o bien de penas correspondientes a crímenes, dos años tratándose de hechos constitutivos de simples delitos o bien de penas correspondientes a simples delitos, y tratándose de hechos constitutivos de faltas o bien de penas correspondientes a faltas, seis meses. Como es manifiesto, estos plazos resultan ser considerablemente más acotados que los previstos por los arts. 94 y 97 del Código Penal²⁷⁸.

Cabe decir que el conflicto entre normas solo se plantea en la medida que el hecho delictivo no quede comprendido en la regla de artículo 4 de la ley de responsabilidad penal adolescente²⁷⁹, el que establece un obstáculo absoluto de punición cuando el perpetrador es una persona mayor de 14 años, siempre que la diferencia de edad entre autor y víctima no sea igual o superior a dos años, en los delitos de violación, e igual o superior a tres años, en los demás.

Es necesario indicar que conforme establece el artículo 1 inciso primero de la ley 20.084, En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. A partir de esto, y en la medida que el artículo 5 de la ley de responsabilidad penal adolescente solo se refiere a los plazos de prescripción penal, BUSTOS ha

²⁷⁷ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., P. 404 / CORREA, Carlos. 2017. *Prescripción de la acción penal interpuesta contra un menor de edad en delitos sexuales*. Revista de Ciencias Penales. Sexta Época, Vol. XLIV, N° 1. P. 326. Cabe señalar que, para PEÑALOZA, habiéndose suspendido la prescripción por haberse iniciado el proceso, paralizada su prosecución por tres años o terminada la misma sin condenar al imputado, el plazo de prescripción debería continuar desde el momento de ocurrencia de los hechos, y no desde que el hecho ha sido denunciado (PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit., p. 68).

²⁷⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. 2013. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal. En: *Defensoría. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV*. Santiago, p. 225.

²⁷⁹ *Artículo 4º.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.* (Artículo modificado por el artículo 2 de la ley 20.526 del 13 de agosto de 2011).

sostenido que, en cuanto a las demás reglas de prescripción, como el momento desde el cual empieza a correr la prescripción, suspensión, interrupción, entre otros, estarían regulados por lo contemplado en el Código Penal de adultos²⁸⁰. Por ello, y en la medida que ambas normas tienen regímenes paralelos, sin vínculos entre uno y otro, el beneficio de postergación del plazo de prescripción consagrado a favor de la víctima no impide que reglas referidas a una reducción de los plazos generales de prescripción sean aplicables, una vez estos empiecen a correr²⁸¹.

Sin embargo, distintos autores se han manifestado contrarios a esta postura²⁸², señalando que el artículo 5 de la ley 20.084 descarta la aplicación del artículo 369 quater. Para MAÑALICH, La clave para resolver este conflicto se encuentra en el principio de celeridad del juzgamiento y de la reacción punitiva al hecho imputable a un menor de edad. Pues es este principio el que justifica la regla del artículo 5 de ley de responsabilidad penal adolescente. El mismo principio cuya efectiva vigencia se vería radicalmente puesta en cuestión si el artículo 369 quater recibiera aplicación irrestricta²⁸³.

En este sentido, “el art. 369 quater del Código Penal establece una regla de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal que se integra en el contexto más general de un régimen de responsabilidad jurídico-penal —el configurado por el Código Penal— diseñado para hacerse efectivo respecto de adultos. En tal medida, una interpretación del art. 369 quater que lleva a negar su aplicabilidad para el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal previstos por la Ley 20.084 no es otra que una interpretación fundada en el principio de especialidad del régimen jurídico-penal aplicable respecto de personas menores de edad, uno de cuyos estándares de concreción está representado por el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva”²⁸⁴.

Finalmente, respondiendo a los argumentos planteados por BUSTOS, señala que la tesis de inaplicabilidad del artículo 369 quater no supone pasar por alto el carácter supletorio que exhiben las reglas del Código Penal para todo aquello que no esté previsto por la propia Ley 20.084. La tesis

²⁸⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan. 2007. *Derecho penal del niño-adolescente (estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 34.

²⁸¹CORREA, C. Óp. Cit., p. 327. La misma idea ha sido sostenida por el Ministerio Público en el oficio N°914/2015, de la Fiscalía Nacional, instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. 17 de noviembre de 2015, p.3.

²⁸²MAÑALICH, J. *Los plazos de prescripción... Cit.*, pp. 228 y ss. / PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit., pp. 68 y ss., quien considera que, en consideración directa al interés superior del niño, debería prevalecer el derecho del menor victimario a no estar sujeto por un largo tiempo a una persecución penal, por sobre el derecho del menor víctima a perseguir responsabilidades penales.

²⁸³MAÑALICH, J. *Los plazos de prescripción... Cit.*, p. 228.

²⁸⁴MAÑALICH, J. *Los plazos de prescripción... Cit.*, p. 230. Este criterio es el seguido por la Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer de un recurso de apelación interpuesto por Fiscalía contra resolución dictada por Juez de Garantía, que dispuso el sobreseimiento definitivo del procedimiento, por estar prescrita la acción penal incoada en contra del imputado. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido y confirma la resolución impugnada. Véase SCA. Concepción 18/08/2017, Rol N° 646-2017.

consistiría simplemente en la falta de operatividad del efecto suspensivo previsto por el art. 369 quáter, ante lo cual ha de regir, a este respecto, la regla del art. 95 del Código Penal, que el plazo de prescripción de la acción empiece a correr desde el día que se hubiere cometido el delito²⁸⁵.

Existencia de duplicidad de plazos en el artículo 369 quater

Otra cuestión que se ha planteado respecto a la norma en comento es si acaso la ampliación del plazo de prescripción favorece únicamente al menor de edad, o si bien, favorece también a los demás intervinientes del proceso penal, en especial, el ministerio Público. Sostener la primera postura implica afirmar la existencia de una duplicidad de plazos de prescripción²⁸⁶, defender la segunda, que se daría la unicidad de los plazos, en la medida que la regla del artículo 369 quater favorecería a todo interviniente²⁸⁷.

La controversia planteada surge a partir de la interpretación de la frase “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr *para* el menor de edad que haya sido víctima”. La locución para, indicaría que la postergación del plazo de prescripción solo favorece al menor de edad, lo que produciría un efecto similar al que generan en sede civil los artículos 2497 y 2509 del Código Civil²⁸⁸.

Quienes sostienen la duplicidad de plazos argumentan que la redacción de la norma sería suficientemente indicativa que el único beneficiario de esta regla excepcional es la víctima, cuestión que se sustentaría además en la historia fidedigna de su establecimiento. En este sentido, Durante la tramitación de la ley 20.207 se excluyó una disposición muy similar a la contemplada en el artículo 132.1 de Código Penal Español, en la que se señalaba que, en caso de fallecimiento del menor, la prescripción se computara desde ese momento. Conforme expuso ACOSTA ante el Senado²⁸⁹ no tenía sentido aplicar la regla especial contemplada en el proyecto una vez fallecido el menor, porque aquello implicaba ampliar la protección a los herederos del menor generalmente personas mayores de edad, que han podido ejercer las acciones como representantes de la víctima desde que se cometió el delito. En consecuencia, se debería volver a la regla general del artículo 95 CP, esto es que

²⁸⁵ Ídem.

²⁸⁶ Esta es la interpretación sostenida por diversos autores: MAÑALICH, J. *Los plazos de prescripción... Cit.*, p. 227. / PEÑA, S.; SANTIBAÑEZ, M.E. 2008. *Óp. Cit.*, p. 6. / PEÑALOZA, C. 2012. *Óp. Cit.*, pp. 75 y ss./ AGUILAR, Cristian. 2015. *Delitos Sexuales*. 3a. Ed. Ampliada Y Actualizada. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 269. Así también se inclinaría RODRIGUEZ COLLAO, L. *Óp. Cit.*, pp. 402 y ss.

²⁸⁷ En favor de esta postura, OLIVER, Guillermo. 2007. La nueva regla de computo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad. *En*: FERNANDEZ, José Ángel (Coord.). *Estudios de Ciencias Penales, Hacia una Racionalización del Derecho Penal*. Santiago: Legal Publishing, pp. 270 y ss.

²⁸⁸ RODRIGUEZ COLLAO, L. *Óp. Cit.*, p. 404.

²⁸⁹ Vid Supra p. 58.

el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha que se cometió el delito²⁹⁰. PEÑALOZA interpreta que si para considerar a otro sujeto como beneficiario de la suspensión, se hizo necesario incluirlo expresamente, así también tendría que haberse hecho con el ministerio público²⁹¹.

Además, esta fórmula sería acorde con el fundamento de la ley 20.207. Precisamente en razón que la norma se ha hecho en interés del menor, es que solo a él se le haya concedido la acción. Una vez alcanzada la mayoría de edad, la víctima es libre de escoger si ejercer o no la acción penal. Si consideráramos que el ministerio público puede ejercer la acción, haría superfluo el interés y autonomía del menor²⁹².

La adopción de esta postura plantea un problema a la hora de determinar la naturaleza Jurídica de la acción penal, distinguiéndose tres momentos distintos

- 1- Durante el plazo normal de prescripción: En estos casos, en aplicación del artículo 369 Bis CP, y 53 CPP, se tratarían de casos de acción penal pública. Cualquier persona, incluida la propia víctima, podría denunciar el delito y el MP actuar de oficio.
- 2- Vencido el plazo normal de prescripción y antes que la víctima cumpla la mayoría de edad: En esta hipótesis, los autores entienden que en la medida que solo el menor estaría legitimado para denunciar el delito, puesto que para los demás habría prescrito, se trataría de una acción Pública previa instancia particular.
- 3- Después que el menor alcance la mayoría de edad, Al igual que el anterior, la única persona legitimada para dar inicio a la persecución penal sería la propia víctima, siendo un delito de acción pública previa instancia particular. Con ello, se unificaría la regla del artículo 369 CP inciso primero con los casos cubiertos por la norma del artículo 369 quater²⁹³.

Con esta fórmula se respetaría plenamente la capacidad de autodeterminación del individuo adulto, quien sería libre de decidir si denuncia o no la conducta de la que fue víctima, carácter que se vería afectado de aceptarse que el Ministerio Público también se ve favorecido por el artículo 369 quater,

²⁹⁰ PEÑA, S.; SANTIBÁÑEZ, M.E. 2008. Óp. Cit., p. 4.

²⁹¹ PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit., p. 77. Aclara, además, que no es rara la existencia de distintos casos de prescripción respecto de un mismo delito. Así, por ejemplo, en la medida que la suspensión de la prescripción, en nuestro Derecho, es de carácter personal, no se comunica a los demás partícipes de un delito.

²⁹² PEÑALOZA, C. 2012. Óp. Cit., p. 76.

²⁹³ PEÑA, S.; SANTIBÁÑEZ, M.E. 2008. Óp. Cit., pp. 5-6. Igual criterio es sostenido por el Ministerio Público en el oficio 914/2015 de la Fiscalía Nacional. p. 2.

en la medida que podría accionar sin necesidad de contar con la voluntad favorable de la víctima²⁹⁴. Además, como expresamos más arriba, esta solución es coherente con el inciso primero del artículo 369 CP, que dispone que, en los delitos sexuales cometidos contra adultos, la regla general sea la acción pública previa instancia particular²⁹⁵. En este sentido, Si hablamos de una víctima que ha alcanzado la mayoría de edad, no hay motivo para que sea tratada de manera distinta a los adultos contemplados en el artículo 369 CP.

Quienes defienden la unicidad de plazos entienden que la norma descrita favorece a todos los intervinientes. De esta manera, cumplida la mayoría de edad, tanto la víctima como el Ministerio Público podrían iniciar la persecución penal de estos ilícitos.

En este sentido, OLIVER destaca que la historia de la ley no da cuenta unívocamente de la intención de establecer duplicidad de plazos, por el contrario, hay pasajes donde advierte la idea contraria. Asimismo, la literalidad del artículo puede comprender tanto la unicidad como la duplicidad de plazos, ya que según el diccionario de la RAE la locución “para” en su tercera opción, puede ser utilizada para indicar el lugar o tiempo a que se refiere o determina el ejecutar una cosa o finalizarla²⁹⁶.

Adicionalmente, para este autor tampoco es aceptable admitir que la acción penal mute en una acción pública de previa instancia particular, una vez transcurridos los plazos de prescripción comunes. Por una parte, dicha hipótesis ni se encuentra recogida en el listado de delitos del artículo 54 del código Procesal Penal y, además, va en contra de lo preceptuado en la letra g) de esta disposición, que exige que el carácter de acción pública previa instancia particular sea establecido por la ley de manera expresa²⁹⁷.

Por otro lado, sería una solución peligrosa desde el punto de vista político criminal, pues al necesitarse de la actuación del particular para iniciar la investigación estatal podría presionarse a las

²⁹⁴ Dígase también que, si la víctima se rehúsa a colaborar o a participar en la investigación o en el juicio, será muy difícil lograr una causa probable que justifica la actuación del órgano persecutor, y aún más lograr el estándar de convicción para obtener sentencia condenatoria.

²⁹⁵ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., P. 406.

²⁹⁶ OLIVER, G. *La nueva regla...* Cit., pp.270 – 271.

²⁹⁷ OLIVER, G. *La nueva regla...* Cit., pp. 271-272 / Dicha crítica también es formulada por CABEZAS, quien no considera admisible un cambio en la naturaleza de la acción penal. CABEZAS, C. Óp. Cit., p. 395

víctimas a denunciar, con el solo fin de permitir la intervención del Ministerio Público cuando la acción para él ya esté prescrita²⁹⁸.

Aplicación temporal de la ley

Un problema común ante la introducción de una nueva norma es determinar los efectos en el tiempo que producirá, en especial respecto a la posibilidad de aplicar la disposición a hechos realizados antes de su entrada en vigencia. Dicho problema no es ajeno a la ley 20.207.

En general, la doctrina adhiere a la postura que sostiene que las modificaciones que afecten los plazos de prescripción en perjuicio del imputado son inaplicables retroactivamente. Habiendo más controversia por el fundamento de dicha conclusión, que por la premisa misma. Esto ya que, si la institución es de carácter puramente procesal, los preceptos legales que se refieren a ella deben regir desde que se promulguen, aunque afecten a hechos ocurridos con anterioridad. Por el contrario, cuando se considera que se haya erigida sobre fundamentos materiales (como la mayoría de la doctrina nacional opina), las leyes relacionadas se encuentran sometidas al principio constitucional sobre irretroactividad del derecho penal, y solo podrán afectar a hechos pretéritos cuando resultan más favorables al reo²⁹⁹.

Sin perjuicio de esta discusión, debe considerarse además que debido al artículo 11 del Código Procesal Penal, referido a la aplicación temporal de la ley procesal penal, carecería de importancia la discusión respecto a la naturaleza procesal de la prescripción. Esto, porque dicho artículo daría entrada en nuestro sistema procesal penal al principio de irretroactividad de la procesal perjudicial al reo³⁰⁰. De esta manera, la postergación del cómputo de la prescripción del artículo 369 quater solo se aplicaría a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor.

Una afirmación de este tipo sería acorde con requerimientos de seguridad jurídica del derecho penal, entendida en términos negativos, como no exclusión de la posibilidad de los ciudadanos de conocer el ordenamiento jurídico y calcular la calificación jurídico-penal de sus conductas. No se busca que los ciudadanos conozcan el derecho, lo que resulta solo una ficción, sino que no sea imposible que lo conozcan, de tal manera que, si lo desean, puedan calcular con un razonable grado de previsibilidad, la valoración jurídico penal de sus actos jurídicos futuros. Bajo este fundamento, la irretroactividad

²⁹⁸ RODRIGUEZ COLLAO, L. Óp. Cit., p. 407. De todos modos, mucho más preocupante sería que el Ministerio Público pudiera iniciar y desarrollar todo un proceso de investigación y acusación penal sin el consentimiento de la víctima provocando perjuicios y sufrimientos a esta, lo que es conocido como *victimización secundaria*.

²⁹⁹ CURY, E. Óp Cit., p. 798. Para una descripción detallada acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción vid supra p. 23.

³⁰⁰ PEÑALOZA, C. Óp. Cit. p. 93.

también alcanza las modificaciones perjudiciales en materia de prescripción, como la suspensión de un plazo, y por supuesto, también al artículo 369 quater³⁰¹.

Sin embargo, MAÑALICH discrepa de esta postura, indicando que la regulación de la prescripción no cuenta como una “ley que castigue el delito” para efectos del principio de irretroactividad³⁰². Luego, señala que lo que la doctrina no advierte “es la posibilidad de que la regulación de la prescripción de la acción penal se vea modificada después de la perpetración del delito, y antes del inicio del proceso. En tal caso, y asumiendo que las reglas sobre prescripción constituyeran normas procesales, su aplicación resultaría ordenada en tanto se tratase del régimen jurídico vigente al inicio del proceso, a menos que durante el desarrollo de éste hubiese entrado en vigencia una regulación más favorable”³⁰³.

Esto último es relevante, ya que, a diferencia de la doctrina nacional, nuestra jurisprudencia no ha sido unívoca al respecto, entendiendo que la prescripción tendría una naturaleza procesal, y que la norma aplicable es la vigente al momento del proceso, aun cuando esta fuera introducida con posterioridad a la perpetración del delito. Así parece indicarlo la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Viña del Mar, en causa RUC 0900889191-2, RIT 251-2011, condenando al acusado un delito de abuso sexual cometido con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 369 quater. En dicha causa fue presentado recurso de nulidad, Rol N° 1186-2011 ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dictándose sentencia el 30 de noviembre de 2011, por el cual la mayoría rechazó el recurso, no reconociendo expresamente el problema, solo aplicando la norma en cuestión, señalando implícitamente con ello, que lo importante es la fecha de la denuncia o querrela.

De todos modos, recientemente la Corte Suprema, mediante Recurso de Casación en el Fondo de Oficio, se ha pronunciado sobre este tema, señalando que si bien la lectura literal del artículo 93 N° 6 del Código Penal da a entender que lo que se extingue es la acción, lo que en realidad se extingue es el delito, no teniendo un carácter procesal, sino sustantivo, al prevenir una forma de extinción de

³⁰¹ OLIVER, G. *La aplicación temporal de la nueva regla...* Cit. pp. 260-262.

³⁰² El autor señala que, en la medida en que tiene sentido diferenciar las condiciones de constitución de un injusto culpable merecedor de sanción penal, por un lado, de las condiciones de su reconocimiento jurisdiccional mediante una sentencia condenatoria, por otro, se vuelve posible restringir el alcance del principio constitucional de legalidad, especificado como prohibición de retroactividad, al primer conjunto de condiciones, entendidas como presupuestos de la punibilidad del hecho. Así, interpretando el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la determinación del lapso dentro del cual el hecho punible puede ser objeto de persecución penal no resulta cubierta por la prohibición de retroactividad impuesta por el principio de legalidad. Misma regla valdría también para el art. 18 del Código Penal (MAÑALICH. Juan Pablo. 2010. *Terror, Pena y Amnistía. El derecho Penal Ante el Terrorismo de Estado*. Santiago: Editorial Flandes indiano. P. 223).

³⁰³ MAÑALICH, J. *Terror, Pena y Amnistía...* Cit., p. 225.

responsabilidad. Luego, la sentencia que se revisa incurre en un error que tiene influencia sustancial en la decisión condenatoria a la que arriba, por cuanto equivocadamente atribuye el carácter de leyes procesales a las normas que gobiernan el instituto de la prescripción en materia penal y, en virtud de ello, otorga aplicación a la Ley 20.207 utilizándola en perjuicio del sentenciado, contraviniendo en forma expresa y flagrante el mandato del artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Carta Fundamental y artículo 18 inciso primero del Código Penal que consagran la garantía de irretroactividad de la ley penal³⁰⁴.

³⁰⁴ Véase SCS. 10/04/2017, Rol N° 84783-2016.

CAPITULO IV: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL EN CHILE

La ley 20.207 significó un importante avance en nuestra legislación nacional. Fuera de los problemas aplicativos que ha tenido su implementación, ha apuntado en la dirección correcta, postergando el computo del plazo de prescripción en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad hasta que estos alcancen los 18 años.

Sin embargo, la norma resulta insuficiente para alcanzar el objetivo planteado por la misma, esto es otorgar un plazo razonable a las víctimas para que puedan ejercer la denuncia o acción penal correspondiente. En este sentido, cabe recordar que el legislador habría tomado en consideración tres circunstancias que justificarían la inclusión del artículo 369 quater, estas son a) que la falta de madurez del menor le impida captar el carácter sexual del acto del que es víctima; b) que el entorno del menor obstaculice la denuncia para evitar la victimización secundaria, la estigmatización o afectación de honra del menor (o de su familia); c) que la víctima se encuentre en indefensión cuando padres, familiares o cercanos impiden la denuncia a través de amenazas o aprovechándose del estado de dependencia de la víctima.

Ninguna de estas tres circunstancias es cabalmente cubierta por la norma en comento. En primer lugar, el mero hecho de alcanzar la plena capacidad legal por mayoría de edad no significa que el sujeto se encuentre en las condiciones psicológicas para hacerlo. Más aún, considerando la sintomatología analizada anteriormente este trabajo³⁰⁵, es apreciable como las consecuencias neurobiológicas del abuso pueden involucrar disfunciones y lesiones duraderas en el eje hipotalámico-hipofisiario-adrenal y en otras estructuras cerebrales³⁰⁶, conllevando problemas en el desarrollo e integración. En ese sentido, el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad no implica que la persona tenga las capacidades plenas para hacer una denuncia consciente y deliberada.

Por otra parte, la mayoría de edad no significa el término de la dependencia económica y social respecto al entorno familiar. Al contrario, conforme hemos señalado en otros capítulos, tanto a nivel nacional como internacional, los jóvenes tienden a permanecer durante más tiempo bajo el alero económico de sus ascendientes³⁰⁷. Esto es particularmente importante cuando el agresor reside en el

³⁰⁵Vid. Supra pp. 36-37.

³⁰⁶ PEREDA, N.; GALLARDO-PUJOL, D. Óp. Cit., p. 237.

³⁰⁷ En nuestro país, casi un 80% de las personas jóvenes de entre 15 y 29 años depende residencialmente de sus familias (JUNAEB. Óp. Cit., p. 13).

mismo lugar o es una persona cercana al entorno familiar, puesto que las barreras interpersonales y sociales se mantienen plenamente vigentes, impidiéndole a la víctima ejercer su derecho a denunciar de forma adecuada³⁰⁸.

Además, las circunstancias que tomó en consideración el legislador no contemplaban una cuarta hipótesis: Que la denuncia no haya sido hecha, no porque la víctima no posea la madurez psicológica para entender los hechos, ni que se encuentre imposibilitada o coaccionada por su entorno familiar para no hacerlo, sino que, por el grado de afectación del delito, ni siquiera logre recordar el hecho vulneratorio del que fue víctima. En este plano, cada vez es mayor la documentación científica que muestra como los menores de edad, ante hechos traumáticos y repetitivos, actúan bloqueando de su memoria los hechos traumáticos, en orden a permitirle sobrevivir a la experiencia hostil.³⁰⁹

La no simbolización del hecho traumático en la memoria puede durar largos periodos de tiempo, y aunque la víctima puede volver a recordar los hechos por sí misma, generalmente requerirá de asistencia profesional para poder desbloquear de su mente la serie de eventos traumáticos que ha sufrido.

En definitiva, la postergación del plazo de prescripción de la acción penal contemplado por la ley 20.207, ha resguardado que las víctimas tengan capacidad legal para denunciar los hechos, pero no asegura a las víctimas un lapso de tiempo prudente para el establecimiento de las condiciones materiales de develación, o más importante aún, para que la víctima complete los procesos psicológicos necesarios para comprender a cabalidad el acto y develar lo ocurrido.

Esta insuficiencia se ha hecho patente en casos de alta connotación pública, en especial, de abuso sexual infantil cometidos por sacerdotes de la iglesia católica como el caso Karadima y el caso Colegios Maristas. En el primero, se grafica como a pesar de que las víctimas alcancen la mayoría de edad, la esfera de poder y control que ejerce el agresor sobre ellas puede extenderse durante mucho más tiempo, impidiendo la develación temprana de los hechos. En el segundo caso, los efectos de un abuso grave y reiterado pueden llevar a un bloqueo de la memoria de tal nivel que las víctimas recuerden tan solo después de largo tiempo transcurrido y a veces, solo por medio de ayuda profesional. En ambos procesos, la develación se produjo después de transcurrido un largo tiempo, implicando la prescripción de la acción penal en ambos delitos.

³⁰⁸Vid Supra pp. 38-39.

³⁰⁹Vid supra p. 38.

El repudio social que generan casos de este tipo explica en gran medida los numerosos proyectos que han sido presentados en el congreso en materia de delitos sexuales contra la infancia y en especial aquellos que buscan la imprescriptibilidad de estos delitos. A continuación, analizaremos dos de ellos, El boletín N°8134-07 de la Cámara de Diputados y el boletín N°6956-07 del Senado, exponiendo brevemente sus estados de tramitación. Observaremos los fundamentos que justificarían una norma de este tipo, las críticas que se han formulado a ellos, buscando dar recomendaciones generales en la materia, que permitan una correcta ponderación de los derechos en juego.

Boletín N°8134-07 de la Cámara de Diputados

El Boletín 8134-07 es un proyecto de ley presentado el jueves 05 de enero de 2012 en la Cámara de diputados, que busca modificar el Código Penal, aumentando las penas de ciertos delitos sexuales y declarando imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. El proyecto es un refundido de una serie de proyectos presentados por distintas bancadas parlamentarias, todos los cuales, buscaban la imprescriptibilidad del abuso sexual infantil³¹⁰.

El proyecto informado propone: “Artículo Único. Modifíquese el Código Penal, del siguiente modo:

-Reemplazase el actual artículo 361, por el siguiente:

“Artículo 361. El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio, en alguno de los casos siguientes:

- 1. Cuando se usa fuerza o intimidación;*
- 2. Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia; y*
- 3. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”*

-Reemplazase el actual artículo 362 por el siguiente:

“Artículo 362. El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de catorce años, también constituye violación y será castigado con presidio mayor en su grado máximo, aunque no concurra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior”

- Elimínese del actual artículo 363, la frase “presidio menor en su grado máximo a”

³¹⁰Boletines N°10033-07,10186-07,10236-07,10707-07,10784-07 de la Cámara de Diputados.

- Reemplace el actual artículo 369 quater por el siguiente

“Artículo 369 quater. Si alguno de los delitos previstos en este título se cometieren contra un menor de edad, estos tendrán el carácter de imprescriptibles”

El proyecto señala entre sus fundamentos que:

- a) En los últimos años las denuncias por abuso sexual infantil habrían aumentado en más de un 50%. Más, aún el 7% de los niños, niñas y adolescentes habría sufrido en algún momento algún tipo de abuso sexual. Sin perjuicio de aquello, diversos estudios señalan que los casos de delitos sexuales contra menores son denunciados un porcentaje muy bajo, lo que hace que exista un gran volumen de delitos no registrados, conformando lo que se denomina “cifra negra”.
- b) Según se advierte, el abuso sexual constituiría un grave problema de salud pública, que, en la mayoría de los casos, interfiere en el adecuado desarrollo de la víctima y repercute en su desarrollo físico y psicológico. Además, trabajos publicados en la última década, dan cuenta de una ausencia de un patrón único de sintomatología, así como también de una gran variabilidad de síntomas, e incluso la ausencia de estos. Pese a esto, se identifican distintas consecuencias psicoafectivas del abuso infantil, entre ellas, problemas emocionales, cognitivos, relacionales, funcionales y conductuales.
- c) La Convención de los derechos del niño (ratificada por Chile en 1990) establece en su artículo 19 que “los Estados Partes adoptarán toda las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. De lo anterior se desprendería que corresponde a los poderes del Estado, incluido el legislativo, tomar las medidas tendientes a proteger a los niños contra todo tipo de abuso, y particularmente los abusos sexuales, adecuando la legislación a objeto de sancionar con fuerza la comisión de este tipo de delitos.
- d) Por ello, teniendo en especial consideración la importancia del bien jurídico protegido, y el hecho de que muchas veces estos delitos no son denunciados a tiempo, resultaría necesario declarar la imprescriptibilidad con el objeto de que este tipo de ilícitos puedan ser perseguidos en cualquier tiempo.

El proyecto se encuentra actualmente en su primer trámite constitucional, ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Cabe señalar que con fecha 03 de

octubre de 2017, se recibió el oficio N°167-2017 de la Corte Suprema, en el cual los ministros Dolmestch, Künsemüller y Brito de la corte emitieron una opinión desfavorable en contra del proyecto de ley, señalando que una propuesta de dicho tipo afectaba el Principio de Proporcionalidad, presentado como *Proporcionalidad Ordinal o Sistemática*. En opinión de estos ministros, no se observa por qué esta clase de delitos debería tener un tratamiento procesal y penal tan agravado, en comparación con otras clases de delitos (por ejemplo, los delitos medio ambientales o de los delitos de corrupción). Más aún en nuestro ordenamiento los únicos casos previstos de imprescriptibilidad son los delitos de lesa humanidad, en los que la perpetua actitud reactiva del Estado en su contra se explica en la consideración de que su castigo efectivo es una condición constitutiva de la comunidad política, de un Estado respetuoso de los derechos humanos. No ocurriría lo mismo respecto de los delitos referidos en esta iniciativa, cuya penalización no se explica en términos políticos como una condición constitutiva de la paz social³¹¹.

Boletín N°6956-07 del Senado

El Boletín 6956-07 es un proyecto de ley presentado el jueves 27 de mayo de 2010 ante el senado, cuyo objetivo es modificar el Código Penal, declarando imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores. En la moción, se propone el siguiente proyecto de ley:

Artículo único.- Sustitúyase el artículo 369 quater del Código Penal por el siguiente: "*Artículo 369 quáter. Los delitos previstos en los dos párrafos anteriores serán imprescriptibles*".

En la iniciativa parlamentaria, los senadores fundamentan el proyecto en que:

- a) Como sociedad, existiría la absoluta convicción que este tipo de delitos son especialmente graves, y por ende reprochables, pues su sola comisión desencadena tales trastornos en la personalidad, que difícilmente éstos llegan a superarse en el transcurso de la vida.
- b) Si bien la ley 20.207 constituyó un avance muy significativo en contra de la pedofilia, la realidad social mostraría otro aspecto que no fue vislumbrado al momento de revisar el proyecto: que personas maduras, que rondan los 50 años de edad, y que recién ahora se atreven a denunciar graves delitos de connotación sexual de que fueron víctimas durante su niñez, adolescencia e incluso, en algunos casos, durante su primera juventud.

³¹¹Corte Suprema. Oficio N° 167-2017, Informe proyecto de ley 37-2016. 21 de septiembre de 2017, p. 9.

- c) La prescripción, como institución, se basaría en la necesidad de vivir en un estado de paz, y subyace detrás de ella, la idea de que cuando las personas no ejercen durante cierto tiempo sus derechos, es porque han renunciado a ellos. Esta idea, sin embargo, admitiría varias excepciones como por ejemplo en materia de delitos de Lesa humanidad.
- d) En el caso de las agresiones sexuales cometidas contra menores, considerar que la víctima no ejerce las acciones durante un tiempo es porque ha renunciado a sus derechos, es no entender las más elementales nociones de justicia y es no comprender al ser humano. Esto, porque lo que hay en aquellos casos “es un pequeño elefante que nunca fue capaz de romper atadura, y que ya de elefante maduro nunca más lo intenta pues no se cree capaz de hacerlo”³¹². Que el temor de la víctima sería de tal entidad, que impediría a las mismas avanzar en la develación de los hechos.
- e) Finalmente, que no solo los delitos sexuales contra menores no deberían prescribir en nuestro sistema. El homicidio en ciertos casos y otros crímenes, entre ellos los de connotación sexual perpetrada contra menores de edad no deberían estar limitados por los plazos de prescripción.

En su primer trámite constitucional, el proyecto pasó a ser conocido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde debido al transcurso de dos años sin discusión sobre el asunto, paso a ser archivado el 14 de marzo de 2014. Sin embargo, por petición del Senador Patricio Walker, el proyecto se desarchiva con fecha 05 de Julio de 2016³¹³.

El 08 de marzo del 2017, se acuerda en sala que el proyecto sea informado por la Comisión Especial sobre Niños, Niñas y adolescentes. Ante ella, exponen diversas organizaciones y representantes de ONG en favor del proyecto, destacándose la presentación de la Psicóloga especialista en Abuso sexual infantil Vinka Jackson, y el Médico Cirujano James Hamilton, ambos además víctimas de abuso.

El 21 de marzo de 2017, en votación unánime la Comisión de Infancia aprueba en general la idea de legislar, pasando a discusión en particular respecto de la iniciativa. Para ello, se tuvieron a la vista los planteamientos de la abogada penalista María Elena SANTIBÁÑEZ y el secretario de la Corte Suprema Jorge SÁEZ. A partir de ello, se hicieron indicaciones al proyecto, buscando enmendar los errores técnicos que se observaron en la redacción del proyecto. El primero, que la propuesta de

³¹² Boletín 6956-07,p. 2.

³¹³ Dicho desarchivo se vio influido por el Caso de Erika Olivera, Exatleta Chilena (y actual diputada) quien a en una entrevista publicada el 2 de julio de ese año confesó haber sido violada por su padrastro desde los 5 hasta los 18 años. Al momento de dicha develación, los delitos se encontraban prescritos.

modificación del artículo 369 quáter “los delitos previstos en los dos párrafos anteriores serán imprescriptibles” está refiriéndose a todos los tipos penales previstos en los párrafos 5 y 6, entre los cuales se encuentran diversas figuras cuya víctima puede ser un adulto. En segundo lugar, que la modificación debía referirse solamente a la acción penal, lo que debe manifestarse de modo expreso, para evitar problemas interpretativos³¹⁴.

Así, el proyecto fue modificado, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo único. - Modifícase el Código Penal en los siguientes términos:

1) Incorpórase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

“Art. 94 bis. No prescribirá, para la víctima, el autor y el Ministerio Público³¹⁵, la acción penal derivada de la comisión de los delitos consagrados en los artículos, 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter de este Código, siempre que al momento de la perpetración del hecho la víctima sea menor de dieciocho años de edad. Tampoco prescribirá, para los referidos intervinientes, la acción penal de los delitos contemplados en el inciso final del artículo 142 y en el numeral 1° del artículo 433, ambos de este Código, cuando con motivo u ocasión de la sustracción del menor o del robo, además, se cometiere la violación de la víctima menor de dieciocho años de edad³¹⁶.”

El plazo de prescripción de la acción penal de los delitos consagrados en el artículo 374 bis de este Código, comenzará a computarse, respecto de los intervinientes señalados en el inciso anterior, una vez que la víctima haya cumplido los dieciocho años de edad.³¹⁷”

2) Derógase su artículo 369 quáter.”.

Artículo transitorio. - La regla de imprescriptibilidad de la acción penal contenida en el artículo único sólo regirá respecto de los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley³¹⁸.

³¹⁴SAEZ, JORGE. 2017. Minuta en torno al proyecto de ley que declara la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores.,p. 9.

³¹⁵ Esta modificación amplía el círculo de beneficiarios de la norma, extendiendo su aplicación al ministerio público. Conforme revisamos anteriormente, esto no pareciera ser acorde con el fundamento del proyecto, esto es, permitir a la víctima reconstruir su historia y realizar, si lo considera oportuno, la denuncia correspondiente. Vid supra p. 65 y ss.

³¹⁶ De esta manera, el proyecto de ley corrige los defectos de la ley 20.207 respecto del ámbito de aplicación de la regla especial de prescripción, ampliando este a otros delitos sexuales cometidos contra menores, no contemplados en el título VII del libro Segundo de nuestro Código Penal.

³¹⁷ En el mismo sentido que el párrafo anterior, amplía el catálogo contemplando los delitos de Difusión adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil. Sin perjuicio de nuestras aprehensiones sobre la tipificación penal de estos hechos, nos parece correcto que se establezca una regla de postergación y no la imprescriptibilidad misma, atendido el reducido disvalor de estos delitos.

Con fecha 02 de mayo del 2017, la Comisión votó las indicaciones señaladas, aprobando en particular el proyecto de ley, por unanimidad, Pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lugar donde se mantiene actualmente en revisión. Cabe agregar que con fecha 06 de marzo de 2018, la presidenta Michelle Bachelet en su mensaje 1119-365, dio Suma Urgencia a la tramitación de este proyecto, urgencia que fue caducada por la administración del presidente Sebastián Piñera, quien con fecha 03 de mayo de 2018 anunció que introduciría una nueva indicación sustitutiva al proyecto, la que, en sus palabras, buscaría la *imprescriptibilidad total* de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad³¹⁹.

Fundamentos de la imprescriptibilidad

Durante la discusión parlamentaria, los partidarios de la imprescriptibilidad de la acción penal contra los delitos de abuso sexual infantil han señalado distintos argumentos.

Primero, que la prescripción es una gracia que se le otorga a la persona que cometió un delito, y no un derecho de este³²⁰. Luego, si bien se entiende que la prescripción de la acción penal es una institución relevante, en tanto el conflicto penal pierde intensidad en el tiempo, esto no es aplicable a este tipo de casos, en que la víctima, quien usualmente bloquea el episodio en su memoria, o no es consciente de que ha sido víctima de un ataque debido a su edad y a procesos incompletos de desarrollo (e inmadurez). Esto es particularmente relevante si consideramos que, por regla general, estos procesos se originan por el relato de las víctimas, y éstas demoraran años en siquiera darse cuenta o comprender que se vieron involucrados en un ataque contra su autodeterminación sexual³²¹.

Así, el conflicto producirá sus impactos solo años más tarde cuando –con mayor madurez y capacidad de discernimiento- las víctimas comprenden que lo fueron y que lo vivido se trató de un delito, por lo que el conflicto no perdería intensidad con el tiempo, sino todo lo contrario³²². Agregan que, aun si el conflicto perdiese intensidad, la pretensión punitiva seguiría intacta y los eventuales problemas de

³¹⁸ Con la inserción de esta regla transitoria se evitan los problemas de aplicación temporal de la ley que se han dado en el caso de la ley 20.207. Vid supra pp. 69 y ss.

³¹⁹ Véase el discurso del presidente Sebastián Piñera, de fecha 03 de mayo de 2018. Disponible en el sitio web: <https://prensa.presidencia.cl/discursos.aspx?id=74214>

³²⁰ Así lo entendería MAÑALICH, para quien la prescripción sería un compromiso del estado de derecho. MAÑALICH, J. *Terror, Pena y Amnistía... Cit.*, p. 209.

³²¹ CONTRERAS, M. 2016. Óp. Cit., pp. 15.

³²² CONTRERAS, Marco. 2016. Imprescriptibilidad de los Delitos Sexuales Contra Menores En: Presentación ante Comisión Especial sobre Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, por Boletín 6956-07, p. 12.

proporcionalidad que esto pudiese generar justificarían, a lo más, una rebaja en la condena, mas no la renuncia a la aplicación de una pena.

Segundo, que respecto al argumento que la prescripción sería necesaria por la desaparición de pruebas durante el transcurso del tiempo (argumento del que discrepamos), este sería un problema procesal que no justifica el renunciar a la posibilidad de demostrar el hecho, aun cuando ello resulte en una tarea más dificultosa³²³. En cuanto a la desventaja que ellosupondría para la defensa, dado que el estándar para condenar por responsabilidad penal es de “más allá de toda duda razonable” (y no el de mera preponderancia de prueba: 50%+ X). La satisfacción de ese estándar sería garantía suficiente para situar de modo adecuado el riesgo de error fuera del ámbito del imputado. Incluso es posible que el paso del tiempo aumente las posibilidades del imputado de esgrimir una dudarazonable que lo libere de una condena³²⁴.

Además, como ya hemos compartido antes, existen numerosos delitos existen numerosos grupos de delitos en que la prueba de los hechos es difícil y, sin embargo, nadie ha pensado siquiera en eliminar la pretensión punitiva respecto de ellos. Así, por ejemplo, en los casos de colusión o casos de negocios clandestinos (como el tráfico de drogas) casos que son de difícil prueba. La ley, lejos de la idea de renunciar a la pretensión punitiva estatal, confiere herramientas especiales a los organismos encargados de llevar adelante la persecución estatal para lograr la tarea que se les encomienda (por ejemplo, escuchas telefónicas), conforme al principio de legalidad sistémico (el programa punitivo del legislador debe ser cumplido y ello, por exigencias del principio democrático)³²⁵.

Tercero, que el Estado Chileno, al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 se comprometió a respetar y velar por la protección de los derechos de los menores. En ese sentido, la violencia sexual contra la niñez es una gravísima vulneración a los derechos antes mencionados, que sería equiparable a la tortura como crimen de lesa humanidad (los que son imprescriptibles)³²⁶. Más aún, en informe reciente del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para la Asamblea General de Naciones Unidas (enero de 2016)³²⁷, se insiste en la responsabilidad del Estado sea que éste desempeñe o no un rol directo en la perpetración de la

³²³ Al respecto Vid. Supra pp. 13-14.

³²⁴ CONTRERAS, M. Óp. Cit., pp. 12-13.

³²⁵ Ibid. p. 13.

³²⁶ JACKSON, Vinka. 2016. Imprescriptibilidad del abuso sexual y derecho al tiempo. En: Presentación P. ante Comisión Especial sobre Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, por Boletín N°6956-07, p. 2.

³²⁷ MÉNDEZ, Juan E. 2016. *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. PNUD, p. 26.

violenciasexual contra diversos grupos, como, por ejemplo, la niñez. El Estado tiene obligación de prevenir, educar, reconocer patrones de violencia, procurar justicia y asistir a las víctimas de dichos delitos. En consideración de algunos, la “pasividad” del Estado podrá considerarse como indicadora, inclusive, de “endoso y justificación” de la violenciasexual³²⁸.

En cuarto lugar, y respecto al argumento que Estado debe ser forzado a ejercer su actividadpersecutora dentro de un tiempo acotado, algunos partidarios de la imprescriptibilidad³²⁹ consideran correcto acotar el tiempo en que la acciónpenal sea pública, pero manteniendo la posibilidad para la víctima de activar la persecuciónpenal. Con esto, se buscaría evitar que el Estadoinstrumentalice estratégicamente el ejercicio de la acción penal³³⁰.

Finalmente, y quizás, el argumento más importante, es el llamado “derecho al tiempo” de las víctimas. Como ya hemos expuesto latamente, las dinámicas de abuso, las estrategias de sometimiento y silenciamiento que implican el abuso sexual infantil, sumada a la no consciencia de los niños en relación con el crimen, son barreras que impiden la develación oportuna de estos delitos. Tomar consciencia de aquello, y asumirlo como parte de su biografía es un proceso complejo, que no es posible de acelerar, para que encajen con los periodos judiciales³³¹. Con anterioridad a que la víctima del delito complete su proceso psicológico, sencillamente no existen las condiciones requeridas para punir tales conductas³³².

En este plano, La prescripción agravaría el daño, imponiendo un tiempo legal que ignora los tiempos humanos y la evidencia científica, y que discriminaría a las víctimas mientras favorece la impunidad de muchos abusadores. En opinión de JACKSON, las normas vigentes en nuestro país no reflejan la comprensión que se requiere acerca de la extensión y gravedad de las consecuencias del abuso sexual, y del valor que tiene, para las víctimas y como sociedad, respetar el derecho al tiempo de elaboración y develación, si de ello dependen la posibilidad de denuncia y justicia, de sanción efectiva para estos crímenes³³³. Si no hay posibilidad de justicia, el delito bordearía lo inexistente, la impunidad lleva olvido social, lesiona la confianza, la paz, la convivencia.

³²⁸ JACKSON, V. 2016. Óp. Cit., p. 7.

³²⁹ CONTRERAS, M. 2016. Óp. Cit., p. 14.

³³⁰ Discusión que ya observamos latamente en virtud de la posible duplicidad de plazos en la ley N°20.207. Vid. Supra p. 65 y ss.

³³¹ JACKSON, Vinka. 2016. Imprescriptibilidad del abuso sexual y derecho al tiempo. En: Presentación P. ante Comisión Especial sobre Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, por Boletín 6956, pp. 4-6.

³³² Ibid. p. 11.

³³³ JACKSON, V. Óp. Cit. P. 7. Más aún, para algunos la imprescriptibilidad no tiene un fundamento punitivo. Lo que buscaría una norma de este tipo es que la voz de las víctimas sea reconocida, que el delito sea investigado. El objetivo sería validar la

Por ende, si la sociedad tiene pretensiones de que los delitos sexuales contra menores sean efectivamente penados, sería necesario que existan las condiciones que aseguren que ello sea posible y ello sería únicamente en la medida en que permitiéramos a las víctimas completar los procesos necesarios para que puedan comunicar lo vivido. Solo así, la pretensión de punición contra tales delitos tendría una posibilidad de efectuarse en la realidad³³⁴.

Valoración crítica de la imprescriptibilidad en delitos sexuales contra menores

Como ya hemos expuesto anteriormente, las particularidades que suscitan los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, en especial por las barreras a su pronta develación y denuncia son un tema complejo de abordar desde el derecho penal. La solución planteada por los proyectos antes reseñados busca introducir una innovación importante en nuestro ordenamiento jurídico, la que, por lo mismo, requiere de un detallado análisis, en miras a no romper el equilibrio de derechos y garantías que involucra.

En este sentido, cabe señalar que nada impide que el legislador, al menos en el derecho nacional, establezca excepciones a la regla general de prescripción, declarando la imprescriptibilidad de la acción penal en ciertos delitos. Dentro del marco del que dispone el legislador para establecer los ilícitos penales y las correspondientes penas, se encuentra, como es lógico, su potestad para arbitrar las reglas que estime oportunas sobre la prescripción de los delitos y de las penas, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto³³⁵.

Esto no quiere decir que cualquier delito pueda ser declarado imprescriptible. Por el contrario, la prescripción es una institución limitada por el principio de proporcionalidad, el que vincula la conminación penal (proporcionalidad abstracta) y las penas efectivamente impuestas (proporcionalidad concreta) con la valoración social del hecho juzgado.

Entendemos que la actividad represiva del estado se legitima cuando se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales, y un corolario de esta premisa es que su reacción esté en armonía con el peligro o la entidad de la lesión causada a bienes jurídicos³³⁶. Por ello, a través de este *principio garantístico* se busca limitar el ius puniendi, de modo que la existencia y cuantía de la pena refleje la

narración de una persona que ha sido víctima, y que tiene derecho a reconstruir su historia y resignificar su biografía. (Juan Andrés Murillo en entrevista para Teletrece radio, el día 06 de Julio de 2016. Disponible en <http://www.t13.cl/radio/mesa-central/noticia/jose-andres-murillo-y-imprescriptibilidad-abuso-sexual-infantil-no-es-solo-castigar>).

³³⁴ CONTRERAS, M. Óp. Cit., p. 16.

³³⁵ GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...* Cit., p.34.

³³⁶ GARRIDO MONTT, M. Óp. Cit., t. I, p. 49.

existencia e intensidad de la dañosidad social y culpabilidad del autor³³⁷. Así, constituye una consecuencia de la configuración del estado como instrumento al servicio de la libertad de la persona, que condiciona la intervención estatal a resultados de mejora de los márgenes sociales de libertad³³⁸.

En un concepto amplio, la proporcionalidad abstracta se concreta en tres subprincipios:

- a) El principio de idoneidad del medio empleado al fin que lo justifica, es decir, que se trate de un medio que hace posible promover el fin deseado o que contribuye significativamente a alcanzarlo.
- b) El principio de necesidad o de alternativa menos gravosa, referido a que el legislador no hubiese podido escoger otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales, o que lo haga en menor medida.
- c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto, consistente en que el sacrificio que se impone al derecho correspondiente guarde un razonable equilibrio o proporción de los bienes que pretenden salvaguardarse³³⁹.

La proporcionalidad es un principio relacional, en el sentido que no es un principio del que se extraigan limitaciones abstractas y absolutas, sino que se llena de contenido en la relación concreta entre dos extremos³⁴⁰. Por ello, si bien esta relación de proporcionalidad suele hacerse entre la pena y la valoración del hecho, también puede asumirse desde una perspectiva sistemática, que exige una adecuada correlación entre las penas asociadas a hechos de distinta gravedad, de manera que todos los delitos, en conjunto, expresen adecuadamente la reprobación que merecen para el grupo social³⁴¹. De esta manera, cuando una figura de menor gravedad es sancionada con una pena igual o mayor que otro delito más grave, se hace evidente la existencia de un problema de proporcionalidad³⁴². En última medida, este principio guarda relación directa con el principio de

³³⁷ PIÑA ROCHEFORT, J. I., Óp. Cit., p. 236 / SILVA SANCHEZ, Jesús María. 1992. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch., pp. 259-260.

³³⁸ OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena. 2009. *La formulación de tipos penales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 462.

³³⁹ Ídem.

³⁴⁰ PIÑA ROCHEFORT, J. I., Óp. Cit. p., 238.

³⁴¹ OSSANDÓN WIDOW, M. 2009. Óp. Cit., p. 468 / PIÑA ROCHEFORT, J. I., Óp. Cit., p. 238.

³⁴² En este sentido, la proporcionalidad sistemática u ordinal, necesita cumplir con tres subprincipios: a) La paridad: significa que cuando existan condenados por infracciones similares, la severidad del castigo sea sustancialmente similar. b) La graduación de penas: exige que haya consistencia en la consideración de gravedad del delito y su pena, de manera que la escala de penas refleje la gravedad de los delitos. c) Espacialidad entre penas: La penalidad de los delitos debe ser internamente consistente con su diferente intensidad. De esta manera, sí si los delitos A, B y C tienen una gravedad ascendente, y B es considerablemente más grave que A pero sólo un poco menos grave que C, entonces, la diferencia entre la pena de A y B debe ser mayor a la diferencia o distancia que existe entre las penas de B y C (VALENZUELA, Jonatan. 2009. *La pena y la educación*. Revista de estudios de la Justicia. N° 11. Santiago, p. 245).

igualdad, pues éste obliga a la discriminación no arbitraria, exigiendo que se trate del mismo modo lo igual y distinto lo desigual³⁴³.

Desde esta perspectiva, el establecimiento de plazos prescriptivos desproporcionados en relación con la gravedad del delito puede atentar contra el principio de proporcionalidad, ya que esta exigencia no solo debe referirse a la intensidad del ius puniendi, sino también a su alcance temporal³⁴⁴. Esto, porque poca utilidad tendría establecer una exigencia de proporcionalidad de las penas, si es que la posibilidad de perseguir dichos delitos e imponer las respectivas sanciones pudiera prolongarse en el tiempo de manera indefinida o desproporcionada. Si bien, en un estado social y democrático de derecho, es razonable que el legislador posea un margen de maniobra a la hora de establecer los plazos de prescripción, este no puede llevar a la arbitrariedad, de manera que un plazo prescriptivo, analizado en conjunto, conduzca a una distorsión valorativa relevante³⁴⁵.

En consecuencia, la imprescriptibilidad se justifica solo en tanto instrumento necesario para preservar un determinado orden social, frente aquellos delitos cuya gravedad cuestiona las bases más esenciales de un determinado modelo de sociedad³⁴⁶. En ese plano, la doctrina suele señalar que solo podrán ser declaradas imprescriptibles aquellas infracciones que tan solo con la muerte de sus responsables podrán ser percibidas por la colectividad como ya superadas o pertenecientes a un orden social pretérito³⁴⁷. El ejemplo más claro son los delitos de lesa humanidad, los cuales han sido reconocidos como delitos imprescriptibles, y que han cobrado particular relevancia en nuestro país en virtud de los hechos ocurridos durante el gobierno militar.

Lo anterior, explica por qué los partidarios de la imprescriptibilidad suelen asimilar los delitos de abuso sexual infantil a la categoría de crímenes de lesa humanidad. De ser efectiva esta similitud, la gravedad de los hechos y su lesividad para el orden social sería suficiente para considerar aplicable a dichas categorías la imprescriptibilidad de la acción penal. Sin embargo, lo antes señalado no es posible. Por muy grave que pueda ser considerado el abuso sexual infantil, los tipos penales que regulan estos hechos no encajan en la definición de delitos de lesa humanidad, recogida en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma³⁴⁸. Es cierto que los delitos sexuales con víctimas menor de edad existentes en Chile se corresponden con las infracciones previstas en la letra G) del artículo 7.1 del estatuto, que

³⁴³ PIÑA ROCHEFORT, J. I., Óp. Cit. p. 238.

³⁴⁴ PEDREIRA F., Óp. Cit., p. 165.

³⁴⁵ Ibid., pp. 165-166.

³⁴⁶ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 92.

³⁴⁷ GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...* Cit., p.35.

³⁴⁸ GÓMEZ, V. *La Prescripción del Delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas...* Cit., p.93.

hace alusión a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada y en general cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Sin embargo, para que estos delitos puedan ser considerados como delitos de lesa humanidad, deben cumplir con los requisitos establecidos por el propio estatuto el estatuto: a) que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y b) que sean cometidos con conocimiento de dicho ataque. Dichos elementos no se observan en los casos de abuso sexual de los que trata el proyecto de ley.

A mayor abundancia, no se trata de si los delitos de violación, o abuso sexual pueden encajar o no en la literalidad de la letra G) del artículo ya citado (el que como hemos visto, es bastante amplio), sino de si, desde una perspectiva consensualista, esto es político-criminalmente aceptable. Y la respuesta en este caso es negativa, puesto que la razón fundamental por la cual el Estatuto de Roma declara imprescriptibles los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra reside en que tales delitos suelen cometerse desde las propias entrañas del Estado. Debido a esta particularidad, las probabilidades de que su autor garantice su impunidad por el mero transcurso del tiempo aumentarían exponencialmente, de no ser, claro está, porque el Estatuto los declara imprescriptibles³⁴⁹. Dichas circunstancias no se observan en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Zanjada la imposibilidad de asimilar los delitos sexuales cometidos contra menores de edad a delitos de lesa humanidad, debemos analizar ahora, si es que una regla que establezca la imprescriptibilidad de dichos delitos respeta las exigencias antes descritas del principio de proporcionalidad en materia penal. Y una vez más, observamos que la respuesta es negativa.

En primer lugar, debemos atender a que nuestro código penal determina la duración del plazo de prescripción tomando en cuenta la división legal tripartita de las acciones punibles. Así nuestro derecho contempla plazos diversos de prescripción para cada una de las categorías de infracciones, que van desde los seis meses hasta los quince años³⁵⁰. Dicha división tripartita guarda estrecha relación con el quantum de la pena, el cual es el criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado “que el nivel de severidad de la respuesta punitiva ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho y, en último término, que el grado de dureza punitiva se ve reflejado, preferentemente, en el quantum de la pena,

³⁴⁹GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad...* Cit., pp. 37-38.

³⁵⁰YUSEFF, G. Óp. Cit., pp. 101-102.

es decir, en su tiempo de duración”³⁵¹. Más aun, agrega que: “Lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito. Dicho parámetro es una medida sólo intuitiva para apreciar qué tan grave es un tipo penal”³⁵².

Analizando entonces los tipos penales contemplados en los proyectos de ley, podemos observar que no todos los delitos considerados como abuso sexual infantil poseen la misma gravedad. Si bien aquellos de mayor entidad, como la violación de menor de catorce años, tienen contempladas penas de hasta 20 años, otros poseen penas que parten desde los 541 días. En una situación de este tipo, lo esperable es que el legislador estableciera un sistema de plazos de prescripción escalonado. Sin embargo, atendiendo a que las propuestas de ley no establecen mayores distinciones a la hora de aplicar la regla de imprescriptibilidad a esta clase de hechos, puede resultar que delitos con penas relativamente bajas estarán regidos por reglas de prescripción extremadamente gravosas en comparación a delitos de igual jerarquía, e inclusive de mayor penalidad³⁵³. Así la propia Corte suprema, informando respecto al proyecto Boletín N°8134-07 señala que es difícil entender “porque (sic) una u otra clase de delitos debería tener un tratamiento procesal y penal tan agravado, en comparación con otras clases de delitos que pueden ser: (a) más graves; (b) más difíciles de investigar y (c) más dañinos socialmente. Tal pregunta entronca con la consideración de proporcionalidad entendida en un sentido ordinal, como se señaló anteriormente. ¿Si se justifica la imprescriptibilidad del delito de estupro, por qué no formular también la imprescriptibilidad del incendio que causa la muerte o de los delitos medio ambientales o de los delitos de corrupción?”³⁵⁴.

En segundo lugar, es cierto que, en este tipo de delitos, el agente suele aprovecharse de las condiciones de vulnerabilidad, inmadurez y dependencia de la víctima para perpetrar la agresión, requiriéndose de cierto tiempo (a veces bastante prolongado) para que la víctima tome consciencia del mismo, y se produzca la develación del mismo. En ese sentido, es deseable que el legislador establezca reglas especiales de prescripción ahí donde determinadas formas de delincuencia se benefician de manera excesiva por la extinción de responsabilidad penal por el paso del tiempo, lo que pueda afectar negativamente al correcto cumplimiento de la función del sistema penal³⁵⁵.

³⁵¹ STC. 27/03/2017, Rol No. 2995-16-INA.

³⁵² Ídem.

³⁵³ Así, un delito como el Involucramiento de menores en acciones de significación sexual, cuya pena en abstracto va desde los 541 días hasta los 5 años, tendría una regla de prescripción significativamente mayor a delitos como el parricidio una pena contemplada de 15 años y un día hasta presidio perpetuo calificado.

³⁵⁴ Corte Suprema. Oficio N°167-2017...Cit., p. 9.

³⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., Óp. Cit., p. 149.

Sin embargo, la aplicación de este tipo de reglas excepcionales solo debe mantenerse en la medida que concurren los fundamentos para postergar o suspender el cómputo del plazo de prescripción, debiendo limitarse en aquellos casos donde no concurren los supuestos³⁵⁶. Dicha posibilidad de distinción entre los casos que requieren o no de postergación del plazo de prescripción, desaparece con una regla de imprescriptibilidad, provocando que todo caso de abuso sexual infantil, inclusive aquél del cual se ha tenido pronta noticia, o respecto del cual no se configuran barreras a su develación, pueda ser perseguido penalmente en cualquier momento y durante toda la vida del imputado. La redacción actual del proyecto permitiría que, incluso habiéndose denunciado el hecho a la justicia, el delito no prescriba, pudiendo extenderse la investigación y proceso por un tiempo indefinido sin ningún tipo de contrapeso. De esta manera, una vez más la norma atenta contra el principio de proporcionalidad, puesto que trata de igual manera hechos con distintas circunstancias de develación.

En este plano, cabe señalar que una regla especial de postergación o suspensión del cómputo del plazo de prescripción se ajusta de mejor manera a los objetivos planteados por los precursores de la imprescriptibilidad. Por una parte, porque tiene en especial consideración las barreras intrapersonales, interpersonales y sociales que rodean a la develación de un abuso sexual infantil, permitiendo a la víctima completar los procesos necesarios para que puedan comunicar lo vivido. Por otra parte, porque permite restringir la aplicación de esta regla excepcional solo a los casos en que efectivamente existen estas barreras, y solo durante el tiempo que duren, no extendiéndolas más allá del tiempo necesario. Dicho objetivo puede ser alcanzado ya sea por medio de una restricción teleológica de la norma, o inclusive mediante la inserción de un inciso, que expresamente señale que el plazo de prescripción permanecerá suspendido mientras el delito no es descubierto o, en su defecto, hasta el cumplimiento de una determinada edad de la víctima.

Reconocemos que la norma consagrada en el artículo 369 quater es insuficiente, en la medida que la esfera de control que puede ejercer el agresor de la víctima puede mantenerse mucho más allá de los 18 años, a su vez que los procesos de elaboración y develación pueden demorar igual o más tiempo. En ese sentido, creemos que una norma como la actualmente vigente en el sistema penal alemán, que establece la suspensión del plazo de prescripción hasta que la víctima cumpla los 30 años de edad, cumple de forma idónea y proporcional los objetivos planteados, dando un plazo prudente para el ejercicio de la acción penal, pero sin afectar de modo intolerable los principios o garantías del

³⁵⁶ Esta forma de limitación teleológica ya la hemos observado en la aplicación de la ley N°20.207, Vid. Supra, pp. 62-63.

derecho antes mencionado. Incluso una norma como la establecida en la nación argentina, la que establece la suspensión de la prescripción sin un plazo límite, es a nuestro juicio una regla más prudente e idónea que la planteada actualmente por el legislador.

Como reflexión final, existe cierta preocupación en la doctrina en como una regla tan extrema como la imprescriptibilidad, podría representar otra muestra del Derecho penal del enemigo. La gravedad o alta connotación pública de ciertos delitos, no es motivo suficiente para dejar de lado los principios fundamentales que conforman el Derecho Penal. No puede influir, a este respecto, la acción de los medios de comunicación en la revitalización de hechos ya superados. En caso contrario, cualquier delito leve podría convertirse en imprescriptible como consecuencia de la difusión que se hiciera de él en atención a criterios exclusivamente mediáticos sin ningún tipo de relación, como es evidente, con el contenido de injusto del hecho³⁵⁷.

Sin perjuicio de las observaciones y críticas ya hechas, es imperioso recordar que es la política la que tiene prioridad sobre la técnica en todo asunto de lege ferenda. Y por importante e imprescindible que puedan ser las apreciaciones teóricas y académicas, dichas apreciaciones están al servicio de las exigencias culturales de cada comunidad, y su correspondiente traducción política. Por ende, la técnica podrá arbitrar el cómo; pero la decisión de qué escoger y decidir, en una democracia representativa, compete exclusivamente al pueblo y sus representantes³⁵⁸.

³⁵⁷ GÓMEZ, V. *La prescripción de los delitos con menores de edad... Cit.*, p. 40. Igual opinión manifiesta ZALIASNIK recientemente a la luz de la indicación presidencial. (ZALIASNIK, Gabriel. 2018. Prescripción: un asunto de garantías ciudadanas. La Tercera. 05 de mayo de 2018, p. 14).

³⁵⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis. 2016. *Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual*. Revista de Ciencias Sociales, no 68, p. 127.

CONCLUSIONES

1. La prescripción puede ser definida como la cesación de la pretensión punitiva del estado, por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido o sin que pudiese ejecutarse la condena, respectivamente, siempre que durante ese lapso no se cometa por el responsable un nuevo crimen o simple delito. Es una institución importante en el derecho penal, ya que permite que aún en aquellos casos en que concurren todos los elementos del delito, no se concrete el reproche penal por el transcurso de un lapso de tiempo.

Se puede distinguir entre prescripción de la acción penal, que ocurre por el transcurso del tiempo después de cometido el delito y antes de pronunciarse sentencia, y prescripción de la pena, implica la extinción del *Ius Puniendi* cuando habiéndose dictado una sentencia de termino condenatoria, esta no ha sido ejecutada durante el lapso de tiempo contemplado por el legislador.

2. No existe un consenso claro respecto al fundamento de la prescripción como modo de extinción de la responsabilidad penal. Al respecto, se han argüido múltiples teorías, como el olvido de la infracción, la renuncia o pérdida de interés estatal en la represión, la estabilización de las situaciones Jurídicas, la expiación moral del imputado, la paulatina desaparición de las pruebas, o la función de la pena, entre otras. Sin embargo, ninguna de estas teorías logra explicar correctamente cual es el fundamento de la prescripción de la acción penal.

3. La respuesta entonces debe ser buscada en la función del derecho penal, la cual es garantizar las condiciones que posibilitan los contactos sociales, asegurar un mínimo de estabilidad en las dichas relaciones de manera que los partícipes de la vida social puedan desenvolverse con un mínimo de certeza. La principal herramienta para obtener aquello es la pena. Sin embargo, la estabilización de las expectativas sociales fundamentales no solo se realiza mediante la imposición de penas sino también mediante la no-pena, es decir mediante ciertos mecanismos capaces de contener la operación del sistema penal de modo que pueda predicarse de dicha operación el ser legítima.

En este plano, reconocemos a la pena como una reacción ante un hecho perturbador del orden social que requiere ser preservado. Sin embargo, el contenido perturbador de dicho hecho no tiene un carácter estático, sino que va atenuándose progresivamente en el tiempo. Llegado a cierto punto, el suceso habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al modelo social, e insistir en su persecución vulneraría el principio que solo es legítima la pena necesaria para el mantenimiento del orden social vigente. Así, la prescripción es un instituto necesario para evitar el ejercicio indiscriminado del poder punitivo. En tanto limitación al monopolio de la fuerza que detenta el

estado, la prescripción cumple la función del Derecho Penal, estabilizando las expectativas sociales de legitimidad respecto del mismo sistema penal.

4. Ha existido cierta discusión respecto a la naturaleza Jurídica de la prescripción penal. Discutiéndose si la prescripción del delito tiene un carácter jurídico material, siendo una causa de exclusión de punibilidad contemplada en el derecho penal sustantivo, o si en cambio tiene un carácter jurídico procesal, en tanto sería un impedimento procesal. Como tercera posibilidad, se ha planteado que la prescripción penal tendría una naturaleza mixta, es decir, tanto penal como procesal.

5. Entendemos por abuso sexual cualquier conducta ofensiva, vinculada con el ejercicio de la sexualidad, que evidencie una relación de sometimiento de una persona al poder que sobre ella ejerce otro individuo. En este sentido, el abuso es, ante todo, un acto de dominación, en el que el ofensor controla la voluntad de la víctima en el contexto de una actividad lubrica. Dichos abusos adquieren particular relevancia cuando la víctima es un menor de edad, en atención a su intrínseca naturaleza de debilidad y vulnerabilidad, y a que estos se encuentran en un proceso de gestación, consolidación y definición de dicha sexualidad. Tres son los factores determinantes del abuso sexual infantil: a) El involucramiento del menor en actividades sexuales de cualquier tipo, b) la existencia de diferencias jerárquicas entre el abusador y la víctima, donde el perpetrador se encuentra en una posición de poder y control sobre el menor sujeto de abuso, y c) el uso de maniobras coercitivas por parte del abusador, tales como la seducción, el chantaje, el engaño, las amenazas y la manipulación.

6. Si bien todavía es objeto de estudio, diversas investigaciones han catalogado y sistematizado las consecuencias que pueden sufrir las víctimas de abuso sexual y que se expresan en el plano físico, neurobiológico, psicológico, conductual y sexual de la víctima. A su vez, se distingue entre las consecuencias de corto plazo, es decir, aquellas manifestaciones agudas que se dan en el periodo inicial de la agresión, las consecuencias de largo plazo, aquellas que se manifiestan a partir de los dos años siguientes de la experiencia de abuso. Si bien estas últimas afectan a un menor porcentaje de víctimas, cuando se presentan suelen implicar un importante factor de riesgo para el desarrollo de trastornos psicopatológicos en la edad adulta.

7. Aunque la respuesta ideal a un caso de abuso sexual sería la develación e investigación inmediata del mismo, lo cierto es que aquello solo sucede en la minoría de los casos, mientras que la demora o retraso en la develación es algo típico. Esto se debe a que la víctima debe enfrentarse a una serie de barreras intrapersonales, interpersonales y sociales, las que implican para el menor de edad enfrentarse a una mezcla de vergüenza personal, miedo y anticipación de las consecuencias negativas.

La transición a la adultez trae a las víctimas nuevos desafíos y barreras, que dificultan la elección entre revelar la experiencia abusiva o mantenerla oculta.

8. Las dificultades señaladas llevan a una insatisfactoria consecuencia: que, en el momento de conocerse el hecho delictivo, este ya está prescrito. Esta situación ha generado descontento en la ciudadanía, la que ha presionado constantemente por un endurecimiento de la normativa contra esta clase de delitos. En particular, fijando reglas especiales de prescripción. En el derecho comparado, se observan tres métodos legislativos que fijan reglas especiales de prescripción en materia de abuso sexual infantil: a) el incremento de las penas de los delitos con víctimas menores y, en consecuencia, de los plazos de prescripción de las penas, b) La suspensión de la prescripción hasta que la víctima alcance una determinada edad, c) La declaración de imprescriptibilidad de los delitos sexuales con víctimas menores de edad.

9. Esta segunda opción fue la escogida por el legislador nacional, el que, con un apoyo transversal, aprobó la ley N°20.207. Esta ley introdujo al Código Penal el artículo 369 quater. Dicha norma señala que en los delitos contenidos en los párrafos 5° y 6° del Título VII (delitos sexuales) del libro segundo del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años.

10. La adición de este artículo se traduce en una ampliación relativa, indirecta e indeterminada del plazo de prescripción de la acción penal respecto a ciertos delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Por otra parte, la doctrina considera que este artículo supondría una “congelación” o “postergación del inicio del plazo de prescripción. La redacción del artículo 369 quater, deja fuera de su ámbito de aplicación una serie de delitos sexuales que pueden ser cometidos contra menores. En particular, llama la atención que no se hayan contemplado el robo con violación, la sustracción de menores con violación y la violación con homicidio (frustrado).

11. La doctrina ha mostrado una gran preocupación por la posibilidad de reducir teleológicamente el ámbito de aplicación del artículo 369 quater. Sí bien comparten la existencia de un interés legítimo en la creación de una regla excepcional a las normas generales de prescripción penal, cuando en un caso concreto no concurra ninguna de las circunstancias que justifican la norma (falta de madurez del menor, obstaculización de la denuncia o indefensión frente a presiones del perpetrador u otros) la postergación inicio del plazo de prescripción no debería ser aplicada.

12. Existe discusión en la doctrina respecto a la aplicación del artículo 369 quater cuando el hecho constitutivo de delito es cometido por una persona menor de edad. Esto, porque la ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, fija plazos de prescripción de la

acción penal significativamente más cortos que los del Código Penal. A nuestro juicio, clave para resolver este conflicto se encuentra en el principio de celeridad del juzgamiento y de la reacción punitiva al hecho imputable a un menor de edad. En virtud de este principio no es posible aplicar la regla del artículo 369, sino que debería regir la regla general del art. 95 del Código Penal.

13. También hay dudas si acaso la ampliación del plazo de prescripción favorece únicamente al menor de edad, o si bien, favorece también a los demás intervinientes del proceso penal, en especial, el ministerio Público. Sostener la primera postura implica afirmar la existencia de una duplicidad de plazos de prescripción, defender la segunda, que se daría la unicidad de los plazos, en la medida que la regla del artículo 369 quater favorecería a todo interviniente. Creemos que la segunda postura es la correcta, conforme lo que se observa en la historia fidedigna de la ley, y de los fundamentos de esta.

14. Respecto a la aplicación temporal de la ley N°20.207, si bien hay cierto consenso en que la norma tiene una naturaleza material, parte de la doctrina la considera una institución procesal. Esto ha sido particularmente relevante en la jurisprudencia, ya que algunas sentencias dan a entender que la prescripción tendría una naturaleza procesal, y que la norma aplicable es la vigente al momento del proceso, aun cuando esta fuera introducida con posterioridad a la perpetración del delito.

15. Si bien, ley 20.207 significó un importante avance en nuestra legislación nacional, resguardando que las víctimas tengan capacidad legal para denunciar los hechos, la norma resulta insuficiente para alcanzar el objetivo planteado por la misma, esto es otorgar un plazo razonable a las víctimas para que puedan ejercer la denuncia o acción penal correspondiente. Esto, porque la legislación actual no asegura a las víctimas un lapso de tiempo prudente para el establecimiento de las condiciones materiales de develación, o más importante aún, para que la víctima complete los procesos psicológicos necesarios para comprender a cabalidad el acto y develar lo ocurrido.

Esta situación, sumado a casos de alta connotación pública ha llevado a que se hayan presentado distintas iniciativas legislativas, que buscan establecer la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. En particular, el boletín N°6956-07, presentado ante el Senado, ha tenido un explosivo avance, motivado por casos de alta relevancia pública y por el impulso dado por indicaciones durante el gobierno de la presidenta Bachelet, y el presidente Piñera. Este último, anunció públicamente que introduciría una nueva indicación sustitutiva al proyecto, la que, en sus palabras, buscaría la imprescriptibilidad total de esta clase de delitos.

16. Quienes apoyan la imprescriptibilidad señalan que si bien la prescripción de la acción penal es relevante en tanto el conflicto penal pierde intensidad en el tiempo, esto no es aplicable a este tipo de

casos, en que la víctima, quien usualmente bloquea el episodio en su memoria, o no es consciente de que ha sido víctima de un ataque debido a su edad y a procesos incompletos de desarrollo. En este plano, tomar consciencia del abuso, y asumirlo como parte de su biografía es un proceso complejo, que no es posible de acelerar.

Para ellos, la prescripción agravaría el daño, imponiendo un tiempo legal que ignora los tiempos humanos y la evidencia científica, y que discriminaría a las víctimas mientras favorece la impunidad de muchos abusadores. Si la sociedad tiene pretensiones de que los delitos sexuales contra menores sean efectivamente penados, sería necesario que existan las condiciones que aseguren que ello sea posible y ello sería únicamente en la medida en que permitiéramos a las víctimas completar los procesos necesarios para que puedan comunicar lo vivido.

17. Si bien los argumentos señalados son relevantes, una regla especial de este tipo choca con el principio de proporcionalidad que exige una adecuada correlación entre las penas asociadas a hechos de distinta gravedad, de manera que todos los delitos, en conjunto, expresen adecuadamente la reprobación que merecen para el grupo social. Esta exigencia de proporcionalidad también aplica a los plazos de prescripción, ya que poca utilidad tendría establecer una exigencia de proporcionalidad de las penas, si es que la posibilidad de perseguir dichos delitos e imponer las respectivas sanciones pudiera prolongarse en el tiempo de manera indefinida o desproporcionada.

De esta manera se hace patente que el proyecto de imprescriptibilidad no obedece a los criterios de proporcionalidad, toda vez que establecería una regla de extrema gravedad, sin distinguir que en su marco de aplicación existen tipos penales de distinta gravedad. De aquello, puede resultar que puede resultar que delitos con penas relativamente bajas estarán regidos por reglas de prescripción extremadamente gravosas en comparación a delitos de igual jerarquía, e inclusive de mayor penalidad.

18. Más aún, la norma es poco idónea, toda vez que la regla de imprescriptibilidad es aplicada aun cuando no concurren los fundamentos para postergar o suspender el cómputo del plazo de prescripción, permitiendo que incluso cuando no se configuran barreras para la develación del hecho, este pueda ser perseguido penalmente en cualquier momento y durante toda la vida del imputado. Así el proyecto de ley atenta contra el principio de proporcionalidad, puesto que trata de igual manera hechos con distintas circunstancias de develación.

19. Finalmente, una regla especial de postergación o suspensión del cómputo del plazo de prescripción se ajusta de mejor manera a los objetivos planteados por los precursores de la

imprescriptibilidad. Por una parte, porque tiene en especial consideración las barreras intrapersonales, interpersonales y sociales que rodean a la revelación de un abuso sexual infantil, permitiendo a la víctima completar los procesos necesarios para que puedan comunicar lo vivido. Por otra parte, porque permite restringir la aplicación de esta regla excepcional solo a los casos en que efectivamente existen estas barreras, y solo durante el tiempo que duren, no extendiéndolas más allá del tiempo necesario.

BIBLIOGRAFIA

1. **AGUILAR, Cristian.** 2015. *Delitos Sexuales*. 3a. Ed. Ampliada Y Actualizada. Santiago: Editorial Metropolitana.
2. **BAJO FERNANDEZ, Miguel; DIAZ-MAROTO, Julio.** 1995. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Tomo III*. 3ra ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
3. **BALMACEDA, Gustavo.** 2016. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 2a ed. Santiago: Librotecnia.
4. **BALMACEDA, Gustavo.** 2016. *La Prescripción en el Derecho Penal Chileno*. Revista de ciencias penales. Sexta época. N°.1, pp. 107-130.
5. **BARUDY, Jorge.** 1998. *El dolor invisible de la infancia: una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Barcelona: Paidós.
6. **BELING, Ernst.** 2002. *Esquema de Derecho Penal*. Trad. De Carlos M. de Elia. Buenos Aires: Librería El foro.
7. **BINDER, Alberto.** 1990. *Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio*. Revista Doctrina Penal. Vol. 13. N°49/52, pp. 275-285
8. **BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John.** 2011. *Curso de derecho penal. Parte Especial. Tomo III*. 3ra ed. Santiago: Legal Publishing Chile.
9. **BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.** 1997. *Lecciones de derecho penal*. Volumen I. Madrid: Trotta.
10. **CABEZAS, Carlos.** 2013. *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 *Política Criminal*. Vol. 8 No. 16.
11. **Carabineros de Chile.** 2014. *Propuesta de Estrategias en el Control y la Prevención para el Delito de Abuso Sexual en Niños y Niñas Menores de 14 años* [Diapositivas]. Santiago: Carabineros de Chile, División de Análisis Criminal.

12. **CANTÓN-CORTÉS, David; ROSARIO CORTÉS, María.** 2015. *Consecuencias del abuso sexual infantil: una revisión de las variables intervinientes.* Anales de psicología, vol. 31, no 2, pp. 607-614.
13. **CARRARA, Francesco.** 1976. Opúsculo XIII: La interrupción de la Prescripción. En: *Opúsculos de derecho Penal.* Volumen II. Trad. José Ortega y Jorge Guerrero. Bogotá: Temis.
14. **CAVAS Metropolitano y SENAME.** 2003. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS Metropolitano: 16 años de experiencia.* Santiago: Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile.
15. **COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás.** 1996. *Derecho Penal. Parte general.* 4ta Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
16. **CONTRERAS, Marco.** 2016. Imprescriptibilidad de los Delitos Sexuales Contra Menores En: Presentación ante Comisión Especial sobre Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, por Boletín 6956-07, p. 12.
17. **Corte Suprema.** 2017. Oficio N° 167-2017, Informe proyecto de ley 37-2016. 21 de septiembre de 2017.
18. **CORREA, Carlos.** 2017. Prescripción de la acción penal interpuesta contra un menor de edad en delitos sexuales. Revista de Ciencias Penales. Sexta Época, Vol. XLIV, N° 1. Pp. 323-327.
19. **CUELLO CALÓN, Eugenio.** 1967. *Derecho Penal: Conforme al Código Penal, Texto Refundido De 1944.* V. I. 9a. Ed. Barcelona: Bosch. Pag. 710.
20. **CURY, Enrique.** 2005. *Derecho Penal. Parte General.* 7ma Ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica De Chile.
21. **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.** 1985. *La protección de la libertad sexual.* Barcelona: BOSCH.
22. **DORAHY, Martin; CLEARWATER, Ken.** 2012. *Shame and guilt in men exposed to childhood sexual abuse: A qualitaxtive investigation.* Journal of child sexual abuse, vol. 21, no 2, pp. 155-175.
23. **ECHEBURÚA, Enrique; GUERRICAECHEVARRÍA, Cristina.** 2005. Concepto, factores de riesgo y efectos psicopatológicos del abuso sexual infantil. En: SANMARTÍN, José (Coord.). *Violencia contra los niños.* Barcelona: Editorial Ariel.

24. **ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL, P.** 2006. *Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia*. Cuadernos de medicina forense, no 43-44.
25. **ERICKSEN, Brittany; KNECHT, Ilse.** 2013. *Statutes of limitations for sexual assault: A state-by-state comparison*. Arlington, VA: National Center for Victims of Crime
26. **ETCHEBERRY, Alfredo.** 1999. *Derecho Penal. Parte General*. Tomos I y II. 3ra Ed. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.
27. **FERRAJOLI, Luigi.** 1995. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
28. **FONTECILLA, Rafael.** 1978. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. 2a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
29. **GARRIDO MONTT, Mario.** 2001. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
30. **GARRIDO MONTT, Mario.** 2010. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. 4a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
31. **GOMEZ, Víctor.** 2017. *La prescripción de los delitos con menores de edad: Análisis del problema y propuesta de lege ferenda*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
32. **GÓMEZ, Víctor.** 2017. *La Prescripción del Delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Buenos Aires: Editorial B de F.
33. **GOREY, Kevin M.; LESLIE, Donald R.** 1997. *The prevalence of child sexual abuse: Integrative review adjustment for potential response and measurement biases*. Child abuse & neglect, vol. 21, no 4, pp. 391-398.
34. **GUZMÁN DÁLBORA, José Luis.** 2002. Comentario a los artículos 93 a 105. En: **POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis** (Dirs.). *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
35. **GUZMÁN DALBORA, José Luis.** 2016. *Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual*. *Revista de Ciencias Sociales*, no 68, pp. 105-136.

36. **HÉBERT, Martine, et al.** 2009. *Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec*. The Canadian Journal of Psychiatry, 2009, vol. 54, no 9, pp. 631-636.
37. *Historia de la Ley N° 20.207, que Suspende Prescripción de la Acción Penal en casos de Delitos Sexuales cometidos contra menores de edad* [En línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=264243>.
38. **HORNOR, Gail.** 2010. *Child sexual abuse: Consequences and implications*. Journal of Pediatric Health Care, vol. 24, no 6, pp. 358-364.
39. **HORVITZ, María Inés.** 2006. Amnistía y prescripción en causas sobre violación de Derechos Humanos en Chile. *Anuario de Derechos Humanos*, No 2. PP. 217-225.
40. **HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián.** 2002. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
41. **JACKSON, Vinka.** 2016. Imprescriptibilidad del abuso sexual y derecho al tiempo. En: Presentación P. ante Comisión Especial sobre Niños, Niñas y Adolescentes del Senado, por Boletín 6956.
42. **JAKOBS, Gunther.** 1998. *Sobre La Teoría de la pena*. Bogotá: Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
43. **JUNAEB.** 2015. Octava Encuesta Nacional de Juventud. Santiago: Ministerio de Desarrollo Social.
44. **LABATUT, Gustavo.** 1990. *Derecho Penal. Tomo I*. 9na Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
45. **LISZT, Franz Von.** 2003. *Tratado de derecho penal. Volumen III*. Trad. De Luis Quintiliano Saldaña. Ciudad de México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.
46. **LUZÓN PEÑA, Diego.** 2016. *Derecho penal: Parte general*. 3a. ed. Montevideo: Editorial B de F. P. 78.
47. **MAGGIORE, Giuseppe.** 1954. *Derecho Penal, volumen II*, trad. de José S. Ortega. Bogotá: Editorial Themis.

48. **MANZINI, Vincenzo.** 1948. *Tratado de Derecho Penal.* Trad. De Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar.
49. **MAÑALICH, Juan Pablo.** 2010. *Terror, Pena y Amnistía. El derecho Penal Ante el Terrorismo de Estado.* Santiago: Editorial Flandes indiano.
50. **MAÑALICH, Juan Pablo.** 2013. Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal. En: Defensoría. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil IV. Santiago, pp. 213-232.
51. **MÉNDEZ, Juan E.** 2016. *Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* PNUD, p. 26.
52. **MEZGER, Edmund.** 1955. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I.* Madrid: Revista de derecho Privado.
53. **Ministerio del Interior y Seguridad Pública.** 2013. Informe Final: Encuesta Nacional de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Adimark GfK. P. 50.
54. **MIR PUIG, Santiago.** 2005. *Derecho Penal. Parte general.* Ed. 7ª Montevideo: editorial B de F.
55. **MIRANDA, Mayra.** 2012. *Victimización Secundaria en Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una Aproximación Narrativa.* Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología Clínica Infante Juvenil. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Medicina.
56. **NOVOA, Eduardo.** 1985. *Curso de Derecho Penal Chileno.* Tomo II. Santiago: Ediar-ConoSur Ltda.
57. **OLIVER, Guillermo.** 2007. La nueva regla de computo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con victimas menores de edad. En: FERNANDEZ, José Angel (Coord.). *Estudios de Ciencias Penales, Hacia una Racionalización del Derecho Penal.* Santiago: Legal Publisihing. Pp. 263-273.
58. **OLIVER, Guillermo.** 2007. *La aplicación temporal de la nueva regla de computo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con victimas menores de edad.* Revista de derecho (Valparaíso), (29), pp. 257-266.
59. **OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena.** 2009. *La formulación de tipos penales.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile. P. 462.

60. **PASTOR, Daniel.** 2002. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho.* Buenos Aires: AD-HOC.
61. **PEDREIRA, Félix María.** 2004. *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia.* Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces.
62. **PEÑA, Silvia; SANTIBÁÑEZ, María Elena.** 2008. *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207.* Santiago: Microjuris.
63. **PEÑALOZA, Claudio.** 2012. *Nueva regla de prescripción de delitos sexuales con víctimas menores de edad. El nuevo artículo 369 quater del Código Penal.* Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de derecho
64. **PEREDA, Noemí.** 2010. *Consecuencias psicológicas a largo plazo del abuso sexual infantil.* Papeles del psicólogo, vol. 31, n° 2, pp. 191-201.
65. **PEREDA, Noemí; FORNS, María.** 2007. *Prevalencia y características del abuso sexual infantil en estudiantes universitarios españoles.* Child Abuse & Neglect, vol. 31, no 4, pp. 417-426.
66. **PEREDA, Noemí; GALLARDO-PUJOL, David.** 2011. *Revisión sistemática de las consecuencias neurobiológicas del abuso sexual infantil.* Gaceta Sanitaria, vol. no 25.
67. **PESSINA, Enrique.** 1936. *Elementos de derecho penal.* 4ta ed. Trad. de Hilarión González del Castillo. Madrid: Editorial Reus.
68. **PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio.** 2010. *Derecho penal: Fundamentos de la responsabilidad.* Santiago: AbeledoPerrot.
69. **POLITOFF, Sergio; MATUS Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia.** 2004. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General.* 2da E. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
70. **RAGUÉS I VALLÈS, Ramon.** 2004. *La prescripción penal: fundamento y aplicación: texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal.* Barcelona: Atelier.
71. **RODRIGUEZ COLLAO, Luis.** 2014. *Delitos Sexuales.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
72. **ROXIN, Claus.** 1997. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Trad. de Diego Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente. Madrid: Civitas.

73. **SAEZ, Jorge.** 2017. Minuta en torno al proyecto de ley que declara la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores.
74. **SAUER, Wilhelm.** 1956. *Derecho Penal, Parte General.* Barcelona: Bosch.
75. **SENAME.** 2016. Primer informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Santiago: Observatorio de Abuso Sexual infantil y Adolescente en Chile.
76. **SILVA SANCHEZ, Jesús María.** 1992. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: José María Bosch.
77. **SILVA SÁNCHEZ, JesúsMaría.** 2001. El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. En:ARROYO, Z.; BERDUGO, G. (Dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam,* Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha; Universidad de Salamanca, pp. 699-710.
78. **SILVA SANCHEZ, Jesús María.** 2001. *La Expansión del Derecho Penal.* 2da Ed. Madrid: Civitas Ediciones.
79. **SMITH, Daniel, et al.** 2000. *Delay in disclosure of childhood rape: Results from a national survey.* Child abuse & neglect, 2000, vol. 24, no 2, pp. 273-287.
80. **TENER, Dafna; MURPHY, Sharon.** 2015. Adult disclosure of child sexual abuse: A literature review. *Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 16, no 4, pp. 391-400.
81. **UNICEF – Universidad Diego Portales.** 2006. *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el marco de la reforma procesal penal.* Informe final. Santiago: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales.
82. **University of Pennsylvania.** 1954. The Statute of limitations in criminal Law: A penetrable Barrier to Prosecution. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 102, No. 5, pp. 630-653
83. **VALENZUELA, Jonatan.** 2009. La pena y la educación. *Revista de estudios de la Justicia.* N° 11. Santiago, pp. 235-261.
84. **VARGAS, Juan Enrique.** 1994. *La extinción de la responsabilidad penal.* Santiago: ConoSur.
85. **VELÁSQUEZ, Fernando.** 2011. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

86. **VIZCARRA L, María Beatriz et al.** 2001. *Maltrato infantil en la ciudad de Temuco. Estudio de prevalencia y factores asociados*. Rev. méd. Chile [online]. vol.129, no 12, pp. 1425-1432. Available from: <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872001001200008>.
87. **WEIDNSLAUFER, Christine.** 2016. *Imprescriptibilidad de acciones civiles y/o penales por delitos contra menores de edad en el derecho comparado*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de estudios, extensión y publicaciones.
88. **WELZEL, Hans.** 1970. *Derecho Penal Alemán*. 11va Ed. Traducción Bustos-Yañez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
89. **YUSEFF, Gustavo.** 2009. *La Prescripción penal*. 3ra Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
90. **ZAFFARONI, Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.** 2002. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar.
91. **ZALIASNIK, Gabriel.** 2018. Prescripción: un asunto de garantías ciudadanas. La Tercera. 05 de mayo de 2018, p. 14.