



Modifica ley 21.160 que declara Imprescriptibles los Delitos Sexuales cometidos en contra de Menores de Edad, en casos en casos que indica.

FUNDAMENTOS

Antecedente Histórico-Jurídico

Los senadores Patricio Walker, Fulvio Rossi, Ximena Rincón y Jaime Quintana dieron origen a moción que establecía la imprescriptibilidad de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad.

La Cámara de Diputados en su segundo trámite constitucional lo aprobó con la modificación que dicha imprescriptibilidad regía desde la Convención de Derechos del Niño, es decir desde 1990 podían perseguirse dichos delitos.

El Senado rechazó esta disposición aprobando finalmente el Congreso Nacional sin la mencionada disposición.

Resumen de lo aprobado por el Congreso Nacional

La comisión de los siguientes delitos se les aplica la imprescriptibilidad, esto es no prescriben los delitos sexuales cometidos en contra de menores.

Sustracción de menores con violación, tortura o apremios ilegítimos se cometiere además violación o agresión sexual calificada, violación estupro, agresión sexual calificada, acción sexual distinta de acceso carnal, acción de significación sexual, participación de menores en la producción de material pornográfico, promover o facilitar la prostitución de menores, servicios sexuales de menores a cambio de alguna prestación, trata de personas a menores de edad cuando la finalidad fuere la explotación sexual, robo con violencia o intimidación y se cometiere violación a menor de edad.

Delitos de acción pública previa instancia particular requiere de denuncia por parte de la persona ofendida a la policía, ministerio público o tribunales de justicia.

La Defensoría Penal Pública hizo presente que quedaron fuera del catálogo de delitos: la violación con homicidio o violación con femicidio, según el caso, se ha sostenido que no sería necesario por cuanto se considera como dos delitos distintos, pero hay quienes sostienen que se considera como delito compuesto y de ser así no quedaría calificado por la imprescriptibilidad, además podría tratarse de una violación con homicidio frustrado o tentado; y la comercialización y exhibición de materia pornográfico infantil, que infringe el resguardo de su sexualidad, no es compatible el argumento que no hay un fenómeno victimológico, cuando sí lo hay.



Aspectos Psicológicos y Jurídicos

Exposición de Expertos en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en la Cámara de Diputados

A continuación se reproduce la exposición de Vinka Jackson

El cerebro de un niño debe estar destinado a crecer, a aprender, a relacionarse, explorar, descubrir, adquirir conocimientos y herramientas para la vida.

El cerebro de un niño que sufre abuso sexual está ocupado en sobrevivir, silenciar, en sortear o evitar (en lo posible) peligros, amenazas y daños, desviando energía psíquica, física, biológica, necesaria para su crecimiento y desarrollo saludable. Impacto masivo.

Es tan dramático que hay niños que con tal de no estar a la expectativa del abuso que viene, lo buscan para poder disminuir la alerta y seguir en lo que corresponde, seguir siendo niño.

Desde las cifras, comentó que hay más de 50 denuncias diarias en Chile, y no hay que olvidar que la proporción de denuncias de delitos sexuales según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD en Latinoamérica es de un 9% aproximadamente, y en Chile es cercano al 2%, dentro de ese porcentaje, cerca de un 70% son delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes.

Comentó que siempre repite la misma frase, se necesita de todo un pueblo para criar a un niño, pero también para permitir ese abuso, porque el niño va al colegio, al pediatra, interactúa con sus vecinos, pero las señales no son vistas, todo malestar se debe atender, no solo las grandes señales.

Este tipo de delitos no pueden ser comprendidos por el niño en tanto crimen, no puede entenderse como víctima y no puede entender al perpetrador tampoco como victimario, pero no quiere decir que por esta incapacidad de hacer una develación, de contar una historia o hacer una denuncia no hay estado el cuerpo y el sistema de ese niño hablando desde pequeño, así, pese a que un niño pequeño no sabe lo que está pasando, pueden vivir la experiencia pero no la conocen, el cuerpo reclama frente al abuso sexual, aun cuando no entienda la irrupción de lo sexual adulto, el cuerpo sabe que no le toca vivirlo y por eso hay sintomatología que aparece aun cuando no sea clara. Nunca el silencio es absoluto, y eso es bueno saberlo como víctima. Son muchos los casos de niños problemáticos en el colegio, o niñas muy autoexigentes académicamente, donde se observa detrás una situación de abuso.

Respecto de las limitaciones en la denuncia de abuso sexual, comentó que 1 de cada 7 niños va a develar o su abuso va a ser detectado de pequeño, 6 de cada 7 víctimas va a pasar a la adultez, y muchas no van a hablar nunca.

Es un fenómeno tremendamente complejo por la inmadurez, el impacto del trauma, el estrés tóxico, ya demás, porque incluso en las mejores condiciones, la capacidad narrativa del ser humano demora 12 años en desarrollarse, y hasta los menores errores en el relato del niño pueden ser utilizados para desestimar su testimonio.



Hay una serie de factores externos que considerar, más allá de las características del niño, como por ejemplo la lealtad familiar que afecta al niño y hace que se retracte o silencia cuando observa que la consecuencia de lo que ha contado puede ser la cárcel para un ser querido, y ello sin necesidad de que esté intimidado, sino que por la sola complejidad del abuso o carreras de pregrado que no tratan este tema y hace que se falle en el diagnóstico.

Por eso es pulverizante a nivel neurológico, psíquico, ético, porque se mete en lo profundo de los afectos y el cuidado. Los niños necesitan cuidadores.

Cuando finalmente se dan las condiciones para que la víctima elabore su relato en un contexto seguro, que puede ser llevado a la justicia, se encuentra con el muro de la prescripción o con las dificultades presentes en el mismo sistema judicial con la prueba. Sin perjuicio que el argumento de la prueba no puede ser un argumento para no escuchar a las víctimas.

Esto equivale a la impunidad de facto.

Esto excede lo legal y es muy importante, porque durante años se entendió la psicoterapia como algo que ocurría en una relación íntima y reducida, donde el reparar ciertos daños o heridas morales iba de la mano de solo una persona o de la víctima y de su familia, sin embargo se entiende hoy que en la reparación es muy importante el valor del colectivo, es decir, tiene que ocurrir con los otros, no basta contarle la historia al psicólogo. Si fuera del entorno de la terapia se escucha que los niños mienten o fantasean, que las mujeres son vengativas, que han pasado tantos años, resulta difícil que se produzca la reparación, en términos de saber que en el ligar que se vive este tema está tratando de dar con todas las respuestas que sean necesarias.

El abuso sexual infantil es un gran fracaso del cuidado como especie humana, y cuando por años nos negamos a hablarlo, es un fracaso colectivo del cuidado.

El proceso mismo de la discusión de esta ley aporta a la reparación del trauma. A una víctima que pasó por todo el proceso de develación y psicoterapia, el hecho de saber que no puede ir a la justicia, es un daño, aun cuando no quiera ir a la justicia.

Recordó que el esfuerzo por la retroactividad tomó muchos meses en el Senado y no se llegó a ninguna conclusión que no fuera descorazonadora, sin embargo, había que pensar en que cada día que no se legislaba había más víctimas que iban quedando fuera de la imprescriptibilidad.

Hay tres áreas que no se pueden olvidar, como el apoyo en prevención, apoyo en salud de las víctimas por los altísimos costos de la terapia, y en el tema de la justicia es necesario el establecimiento de la verdad, de modo que si no se puede resolver en el corto plazo el tema de la retroactividad hay que ver opciones como por ejemplo la creación de comisiones donde estos temas se traten y se dé cabida a la voz de los sobrevivientes y se permita entender mejor como se da la el fenómeno del abuso sexual infantil.

A continuación se reproduce la exposición de James Hamilton

El objeto de su exposición era cambiar la visión de lo que ocurre a los seres humanos en situaciones que antiguamente se consideraban comunes y eran aceptadas, pero



que han dado lugar a muchos de los problemas actuales, como la delincuencia, embarazo adolescente, salud, etcétera.

En concreto, lo que hoy se conoce sobre el peso del ambiente en la expectativa de vida de los seres humanos, la epigenética, la respuesta de alarma, muerte celular y atrofia cerebral, estrés postraumático tóxico, eventos adversos de infancia o ACE, y memoria y relato.

Respecto del peso del ambiente en la expectativa de vida de las personas, señaló que la expectativa de muerte depende en más del 70 % del ambiente (epigenética) y menos del 30 % de la genética original ancestral (doble hebra de DNA). Lo anterior se basa en un trabajo publicado en la revista "Science" el año pasado, una de las más importantes del mundo, de investigadores de Harvard con un muestreo de 13 millones de individuos y 5 generaciones.

Explicó que el "cerebro" de la célula no está en el núcleo sino que en la membrana celular que interactúa con todas las sustancias que pasan por el torrente sanguíneo durante toda la vida del ser humano, desde la embriogénesis. La membrana celular cuenta con receptores que son los elementos sensoriales de la célula, y al recibir cualquier información la membrana se conecta con el núcleo.

Con la presente lámina explicó que aquello enrollado es el ADN, y que lo verde se llama histonas, proteínas que hacen que el ADN se enrolle e interactúan con la membrana celular permitiendo desenrollar o no donde se encuentra la información, y puede ocurrir que no se pueda ejecutar esa acción, que no estén las proteínas que permitan desenrollar esa información, como que no estuviera disponible la información de una vacuna cuando es necesario que el cuerpo reaccione.

Así, en gemelos idénticos, dadas las distintas situaciones que han vivido, reaccionen diferente, que aparezcan rasgos epigenéticos, gemelos idénticos genéticamente, pero uno padece de cáncer o un síndrome metabólico y el otro no, tal como muestra la siguiente imagen.

La imagen de la derecha muestra dos gemelas dadas en adopción, donde la que sufrió bullying, abuso, creció en un barrio pobre, y desarrolló síndrome metabólico. No es que eso la haya enfermado, sino que le quitaron la capacidad de resistir a éste.

Uno de los elementos más potentes de epigenética que existen, que hacen que el ADN se exprese o no se exprese, son dos sustancias que empiezan a correr en el cuerpo del embrión desde el principio, el cortisol y la adrenalina, así, si una mujer está embarazada y su pareja la golpea va a tener permanentes niveles de estas sustancias en el cuerpo, lo cual demuestra que ese niño o niña ya nace con un hándicap en contra y en condiciones adversas con más probabilidades de enfermedades. Lo mismo ocurriría si la mamá tuvo algún familiar con alguna enfermedad durante el embarazo o subió considerablemente de peso. Todo ello se llama transformaciones epigenéticas.

Por su parte, el mecanismo de la adrenalina es asimilable a tener que repetir constantemente una experiencia altamente estresante que puede o no ocurrir, como tener que pasar por un callejón sabiendo que el perro de una casa, que es muy bravo, pueda escapar. Eso activa la liberación de un volumen enorme de adrenalina y cortisol. Como reacción puntual es normal y esperable, y se acaba el estrés cuando acaba la situación, queda en "off". El problema se genera cuando hay que pasar



permanentemente por esa situación, lo que en la infancia daña una zona llamada amígdala, que es la que inhibe la reacción, la que produce el “off”, de modo que la reacción de alarma queda prendida en el niño, el cortisol y la adrenalina, lo que va generando un daño progresivo biológico por un proceso epigenético, que no es psicológico ni psiquiátrico, sino que físico, químico y orgánico que hizo que esas sustancias destruyeran parte de su cerebro.

Mientras más pequeño es el niño, más dramática la situación. Se activa en el cerebro una muerte celular programada, se adelanta, y afecta áreas de regulación central.

Este fenómeno se denomina estrés tóxico, porque no es el estrés postraumático de la guerra que es reversible, sino que genera daños irreversibles porque están los niños en desarrollo, ese niño no va a alcanzar nunca el real potencial que tenía. Se trata de un estado de alerta permanente que retroalimenta un sistema de estrés que tiene que aprender a ser inhibido.

Imagen de la amígdala que queda en “on” permanentemente, y desencadena efectos en el hipotálamo, en la glándula pituitaria, en la corteza prefrontal, etc.

La materia gris crece hasta los 8 años y luego parte la “poda neuronal”, caen las neuronas y aumentan las interconexiones.

La siguiente imagen muestra a la izquierda la curva de la poda neuronal y a la derecha la del aumento de las interconexiones. En ambos casos la línea negra muestra cómo influye sustancialmente el abuso en ambas curvas. Independientemente que pueda haber resiliencia, los niños abusados quedan dañados de por vida, respecto de lo que pudieron haber sido. Es una amputación de sus capacidades reales. Esto tiene sustento bibliográfico abundante.

En niños y adolescentes se va dañando la corteza prefrontal que es la que regula todo, falta de regulación, disminución de planificación, inhibición de conductas de riesgo, disminución de coordinación. Todo eso se produce en casos de niños y preadolescentes sometidos a eventos adversos de infancia y a abuso, y eso explica que el 90% de los crímenes con violencia provienen de gente que salió del Servicio Nacional de Menores, Sename.

Agregó que el mayor productor de violencia en el país es el Estado de Chile, y lo ha sido históricamente desprotegiendo a los niños, porque esos niños pierden su inhibición, se exponen al riesgo, se ponen violentos, se exponen a la droga y a la sexualidad.

Niños expuestos a esta situación, si no son identificados, tienen un hándicap en contra que aquellos que han crecido en condiciones adecuadas.

En cuanto al hipocampo explicó que tiene que ver con el tiempo y el espacio, se daña en la mente lo relativo a la ubicación témporo espacial de ellos mismos, así, cuando ocurre el evento traumático queda impreso en la memoria pero gracias a este mecanismo de defensa queda escindido de la corteza cerebral, que es la que hace que aparezca la memoria de manera inmediata, y es por ello que ocurre el fenómeno de los desencadenantes, porque para que la persona recuerde tiene que tener un evento que le haga reminiscencia, que le reconecte su corteza con su zona hipotalámica, momento en que comienzan los “flash back” y empiezan a recuperar la historia.



Estas áreas del cerebro dañadas, hipocampo y la memoria témporo espacial, la amígdala y el bloqueo de la respuesta de cese de la alarma, y la corteza prefrontal y la disminución de la planificación, inhibición de conductas de riesgo y disminución de coordinación, generan una incapacidad de evaluación de la realidad y de los roles, así como confusión de si los hechos ocurrieron o están ocurriendo, imposibilidad de resistir o liberarse, el daño persiste y aumenta.

Hay investigaciones que demuestran las diferencias que existen entre niños que han sido estimulados adecuadamente y que mantienen su nivel socioeconómico en el tiempo que mantienen su nivel de CI, y los que no, los que están en pobreza bajan entre un 40 y 50% su capacidad cognitiva intelectual, y ello porque justo en la época de la poda neuronal empiezan a morir las neuronas producto de los niveles de cortisol y adrenalina.

Señaló que hay otro estudio norteamericano con más de 1.800 sujetos, cifra considerable, donde la mitad de ellos había sufrido estrés postraumático crónico en adultos. La imagen muestra las diferencias entre los cerebros de ambos grupos, donde el de la derecha muestra la caída del volumen cerebral.

Explicó que lo anterior en adultos es recuperable, pero en niños se aplica el concepto de estrés tóxico que no se puede recuperar porque se cruza con la poda neuronal normal de la adolescencia, nunca va a ser el mismo niño que debió haber sido, aun con intervención.

El Síndrome de Estrés Post Traumático es un deterioro medible en las habilidades cognitivas como la atención, aprendizaje, memoria prospectiva, planificación y capacidad de resolución de problemas, y daña los ejes neuroendocrino e inmunológico, inflamación crónica de todos los sistemas corporales. Son comunes los casos de hipotiroidismo en mujeres y asma en niños, porque el centro regulador neuroendocrino está en el cerebro, en la hipófisis que controla la tiroides, el crecimiento, la inmunidad y genera un estado inflamatorio permanente que genera a su vez muerte celular.

Por su parte, el Estrés Tóxico se define como un estado de estrés inflamatorio durante períodos del desarrollo del sujeto generando daño orgánico cerebral y sistémico irreversible y persistente. Justamente lo persistente es lo que lo diferencia, porque ataca no en la adultez sino en una etapa de desarrollo clave.

Los eventos adversos de infancia, ACE por sus siglas en inglés, dentro de los cuales está el abuso que representa como un 30 o 40% de ellos, tienen consecuencia para toda la vida porque afectan las fundaciones de la salud física y luego mental.

Hay un estudio del Centro de Control de Enfermedades y Prevención de Atlanta, USA, que trató de buscar las causas de la obesidad, encuestando a 17.000 personas. La encuesta recaía sobre la incidencia de eventos adversos en la infancia de distintas categorías, psicológica, física, sexual, drogadicción o alcoholismo o enfermedades mentales o encarcelación de personas con las que vivían. El resultado fue sorprendente, en el 52% de los casos habían sufrido al menos un evento adverso de infancia, y un 16% 4 o más. Lo anterior se correlaciona de modo que mientras más ACE, se multiplican las enfermedades y los factores de riesgo.



Las personas con 4 o más ACE tienen una expectativa de vida menor en 20 años. Producto de estos estudios incluso hay países que han implementado políticas públicas de lucha contra los eventos adversos de infancia, como Escocia.

Los factores que acrecientan este daño dicen relación con la edad y la dependencia, porque generan confusión y disociación, encapsulamiento de la experiencia del abuso y perpetuación del daño, por eso es tóxico en el niño.

Cuando se trata de abuso es más dañino aun, porque por lo general el abusador está dentro de la casa y abusan día tras día, lo que en la soledad y la confusión constituye una tortura o aun peor, porque en el caso de tortura no es tan difícil entender que el otro es el que está mal, aquí la primera respuesta de la víctima es sentirse culpable, y así puede estar toda su vida.

Este daño no para, está la “bala en el cuerpo”, está ocurriendo, y cuando es demasiado intenso, se hereda hasta por tres generaciones, queda en el espermio y en el óvulo.

El abuso sexual infantil y adolescente:

- Altera irremediablemente el cerebro mediante daño directo y mantiene memoria epigenética (se puede heredar).
- Altera la psique del individuo y altera su interpretación del tiempo y espacio.
- La memoria se mantiene, el relato y la interpretación mejora con el tiempo, con la intervención terapéutica y la resiliencia.
- El daño es permanente y progresivo pero tratable con intervención.
- Es un asesinato en evolución.
- Las pruebas se fortalecen con el tiempo.
- Las víctimas tienen derecho al tiempo pues su tiempo no depende de nosotros.
- Es una tortura permanente.

El daño que produce no se circunscribe al momento del acto, sigue, no solo en el individuo sino que también en la sociedad, en la familia que trata de armar, todo lo destruye.

La víctima, producto de la confusión y la disociación, se queda en la culpa, y para pasar de culpable a descubrirse víctima puede que no ocurra nunca, pero si ocurre, pueden pasar 33 años de promedio en Australia, y no tiene que ver con la capacidad de la víctima sino con el nivel de daño y las circunstancias. Para pasar de culpa a víctima es necesario que eso sea enseñado, que alguien lo ame, lo quiera, descubrirse como persona querible y no como desecho. Luego, el trabajo desde reconocerse víctima a ser sobreviviente, el trabajo es muy largo y arduo, psicoanálisis de varias veces por semana.

La víctima está imposibilitada medicamente, biológico y psiquiátricamente, de ejercer su derecho ante la ley. Este es un problema de la víctima y no de la ley o las teorías del Derecho.

Antes, durante o después de la ley no cambian las condiciones de la víctima, porque la víctima va a tener condiciones peores que el concepto pro reo, eso es inadmisibles, no hay concepto pro víctima, en circunstancias que está afectado su derecho a la vida (elevadísima tasa de suicidios), su integridad física y psíquica (daño cerebral y neuronal, endocrino y autoinmune).



Según la Convención de los Derechos del Niño el Estado es el responsable cuando ocurre maltrato proveniente de los padres, cuidadores legales o cualquier otra persona, el Estado es el responsable de toda la infancia en Chile, y no solo del Sename.

Por su parte, la Constitución dice que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y cabe preguntarse dónde están los derechos de las víctimas que están incapacitadas medicamente de ejercer su derecho de justicia, que es parte de su reparación, si no hay alguien que le diga que es verdad, que fue abusado, se bloquea el proceso de reparación y de salud.

Además la Constitución garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y nos detenemos en un artículo que se refiere a la pena, mientras tanto las víctimas están ahí. Esto está bloqueando una verdad gigantesca.

El abuso sexual infantil y adolescente es un crimen imprescriptible, de lesa humanidad, y su impunidad, falta de prevención y tratamiento corroe las raíces de nuestra sociedad y sólo gatilla su muerte programada.

Nadie puede quedar fuera ya que sería una enorme injusticia y contra la esencia de la Constitución.

Antecedente relativo a las Actas de la Comisión Constituyente y Principios Constitucionales

A una o varias de las sesiones de la Comisión Constituyente asistieron los comisionados señores: Enrique Ortúzar (Presidente), nacional; Jaime Guzmán, gremialista; Sergio Diez, nacional; Gustavo Lorca, nacional; Jorge Ovalle, socialdemócrata; Enrique Evans, demócratacristiano; Alejandro Silva Bascuñán, independiente demócratacristiano.

En lo que se refiere a la pena a aplicar

En la 90ª sesión 25 de Noviembre de 1974

Enrique Ortúzar señala:

“La filosofía que inspira las leyes penales está basada en el hecho de la aplicación de la pena menor, es decir, que si una acción u omisión voluntaria deja de ser constitutiva de delito en virtud de una nueva ley, se aplica de inmediato la nueva ley. Incluso a los casos actualmente en tramitación en los procesos respectivos, o bien, si una nueva ley contempla una pena menor debe aplicarse esa pena menor”.

En la 100ª sesión del 6 de Enero de 1975

Coincide Jaime Guzmán con el Presidente Enrique Ortúzar cuando hace mención a la irretroactividad de la ley penal, en cuanto se aleja del problema de la igualdad “de que nadie puede ser condenado en virtud de leyes que configuren delitos con posterioridad a los hechos de que se trata de juzgar”.

Antecedente relativo al Texto positivo de la Constitución



“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (art 19 n° 3 inciso octavo).

En lo que se refiere a la imposición de una pena y principios a aplicar

En la 100ª sesión del 6 de Enero de 1975

Enrique Ortúzar cita lo manifestado en la Constitución en ese momento vigente:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en relación al castigo de sus infracciones”.

Planteamiento que a Jorge Ovalle le parece correcto y precisa que en vez de “los derechos” debe decir “sus derechos” a lo que asiente el señor Ortúzar.

Enrique Ortúzar por su parte considera que en realidad existe acuerdo en lo fundamental: “Ningún derecho establecido en la Constitución o en la ley quedará sin protección judicial”.

Agrega Enrique Ortúzar:

Frente “a un conflicto, él preferiría referirse a la violación de un derecho, con mayor razón todavía, si se trata de un derecho consagrado en la Constitución Política del Estado. Considera que es evidente que debe existir un tribunal que otorgue amparo correspondiente a los titulares de ese derecho violado”.

En la 103ª sesión del 16 de Enero de 1975

Enrique Ortúzar propone la siguiente redacción:

“La Constitución asegura a todos los habitantes”

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”

“Toda persona puede recurrir a los Tribunales de Justicia y ningún derecho consagrado en la Constitución o en las leyes y que aparezca conculcado, podrá quedar sin protección judicial”.

Antecedente relativo al Texto positivo de la Constitución

“La igualdad ante la ley” (art 19 n° 1).

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (art 19 n°2).

En lo que se refiere a algunos aspectos procesales como mención ejemplar

En la 100ª sesión del 6 de Enero de 1975

Enrique Ortúzar señala:

“La necesidad de contemplar la asistencia jurídica para todas aquellas personas que no tienen medios suficientes para poder procurarse por sí mismas, la defensa de sus derechos”.



Al respecto propone la siguiente redacción:

“La ley arbitrará los medios para otorgar asistencia jurídica a quienes la requieran”.

Mas adelante señala:

“Concuerda plenamente con las observaciones de los señores Enrique Evans y Jaime Guzmán y propone:

“Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley”.

Antecedente relativo al Texto positivo de la Constitución

“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida” (art 19 inciso segundo).

“La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos” (art 19 inciso tercero).

“La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes” (art 19 inciso cuarto).

“Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley” (art 19 inciso quinto).

“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho” (art 19 inciso sexto).

En lo que se refiere a los principios: vida, integridad física y psicológica

En la 87ª sesión del 14 de Noviembre de 1974

Enrique Evans señala:

“El derecho a la vida y a la integridad física porque están íntimamente vinculados”

Enrique Ortúzar complementa lo dicho por el señor Evans

“Se debe dejar al margen la integridad moral o no? Cree que un individuo puede morir por causas físicas sino también por causas morales. Y tal vez un atentado contra la integridad moral puede ser mas fuerte y mas violento que un atentado contra la integridad física”.

Mas adelante agrega:

“Con relación a la prohibición de aplicar apremios ilegítimos es la consecuencia del derecho a la integridad física y moral, y pregunta ¿porqué si se está reconociendo el derecho a la integridad física, no se contempla también el derecho a la integridad



moral...le parece que la integridad moral tiene tanto o mayor importancia que la integridad física. Confiesa que, en un momento dado preferiría ser mutilado de una falange a que se le aplicara un método psicológico destinado a destruir su personalidad moral”.

Antecedente relativo al Texto positivo de la Constitución

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” (art 19 n° 1).

Análisis de los Antecedentes señalados desde Perspectiva Constitucional para reforma legal.

La Constitución expresamente se refiere a la implementación no retroactiva de la pena o sanción penal, ésta debe relacionarse con el reconocimiento a las personas sus derechos como el de la vida, integridad física y psíquica establecidos en la Constitución y las leyes; y si estos derechos son conculcados o violados el tribunal debe otorgar el amparo correspondiente en favor de las víctimas y se asegure el castigo de sus infracciones.

Para reafirmar lo anterior, el hechor debe ser susceptible de una pena, la que está establecida en el código penal, si hay cambios en la legislación, se estará la que le sea mas favorable, ese es su derecho como sujeto activo de un delito, en especial cuando se tratare de los distintos tipo de homicidio, lesiones y muy especialmente los sexuales.

Frente a cualquier ilícito penal, la imposición de una pena se hace necesario para restablecer el equilibrio y la paz social, conlleva como un requisito implícito el identificar inequívocamente quien es hechor y quien es víctima, ello es posible en delitos de homicidio y lesiones (independiente de la agravación, atenuación o exculpación si fuere el caso), pero no necesariamente (aunque pueda serlo) es evidente la distinción de hechor y víctima en los atentados sexuales, sobretodo cuando la víctima es menor de edad, y se hará mas evidente cuando menor edad tenga la persona, esto es cuando se comete en contra de púber, impúber e infante -para usar la terminología de los códigos civil y penal- por dos motivos: sea porque se culpabiliza a la víctima o porque la víctima no tiene conciencia de serlo, al ser objeto de los delitos de violación, estupro y abuso sexual, situación que muchas veces se mantiene aun después de alcanzada la mayoría de edad.

La integridad sexual como bien jurídico protegido, el que se subclasifica en libertad sexual cuando la víctima es mayor de edad e indemnidad sexual si es menor de edad, siendo esa la debida protección legal que garantiza la Constitución.

De lo anterior se colige que en la generalidad de los casos si hay conciencia de quien es hechor o culpable de un hecho ilícito pero respecto de delitos contra la vida (homicidio) y contra integridad física (lesiones), pero esa conciencia no necesariamente se tiene al menos cuando menores de edad son víctimas de delitos sexuales (violación, estupro, abuso sexual).

La prescripción, esto es, la no aplicación de una pena por delito cometido por el transcurso del tiempo, se gradúa de mayor a menor en cuanto al tiempo de duración, si se trata de crimen o simple delito, por lo que estos últimos tienen un plazo mas corto que los primeros para la no imposición de una pena.



Lo señalado precedentemente es esencial para considerar que delitos sexuales cometidos contra menores sean imprescriptibles, mas aun si se consideran de lesa humanidad, en cambio los demás tiene un tiempo de duración y será mas largo cuanto mas grave sea éste y su punibilidad establecida sea mayor. La diferencia está en lo básico de la distinción de un hecho punible que es la existencia de un sujeto activo y un sujeto pasivo, no solo desde una perspectiva objetiva del hecho punible, sino además y muy importante desde una perspectiva subjetiva de la persona que lo padece en cuanto a tener conciencia de ser un sujeto pasivo.

Respecto de delitos de homicidio o lesiones tiene secuelas tanto físicas como psicológicas pero tienen como límite expreso y claro la distinción entre quien comete el delito y la víctima de éste; entonces es posible accionar el derecho penal para restituir la paz social dentro del plazo que la ley da antes de su prescripción; en cambio cuando no se tiene conciencia de la distinción o en el mejor de los casos es difusa o confusa, necesariamente el plazo de prescripción va a transcurrir por la inacción de la víctima por lo que al existir éste en la práctica se vulnera el derecho protegido por la Constitución, (puede considerarse un avance la reforma que contó el plazo de prescripción desde la llegada a la mayoría de edad, pero claramente es insuficiente para la interposición de la acción penal correspondiente).

Lo señalado precedentemente permite plantear la hipótesis de que las secuencias psicológicas de delitos como homicidio frustrado o tentativa de éste o lesiones será menor que las secuelas psicológicas de delitos como violación, estupro y abuso sexual cometidos contra menores.

Al ser imprescriptible los delitos sexuales contra menores, posibilita una auténtica integridad psíquica en favor de las personas víctimas de los delitos sexuales al ser menor en el momento de la comisión.

En consecuencia, la imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores da cumplimiento al principio de la protección de los derechos de las personas que señala la Constitución que en este caso se refiere a la integridad física y especialmente a la integridad psíquica.

Ahora bien, la Constitución establece otro principio que es el de la igualdad, estrechamente vinculado al de la protección, por cuanto si no hay igualdad no puede haber la debida protección.

Si en la aplicación de la ley solo se rige desde la vigencia de la ley para los casos posterior a ella implica una desigualdad, por cuanto en el hecho no se podrá accionar respecto de casos ocurridos con anterioridad.

La Constitución señala algunas normas procesales:

- a) las que resguardan un derecho mínimo al hechor, garantizándoles una debida defensa y que debe ser juzgado por el tribunal existente a la comisión del hecho;
- b) sin embargo, el resguardo mayor de esas normas procesales van en favor de la víctima al reconocérseles que tienen derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para ejercer la acción de los derechos reconocidos por la Constitución.

Lo anterior porque en el caso del homicidio y toda la gama de las lesiones existe la conciencia de haber un hechor y una víctima, y como aquí se ha explicado latamente,



al menos en los delitos sexuales contra menores, no necesariamente hay una conciencia respecto al menor, y cuando la adquiere el transcurso del tiempo ha sido demasiado prolongado, mucho más del plazo que le da la ley de prescripción aún con la última reforma que empieza a contarse desde los 18 años.

Existen los principios de protección y de igualdad, y para que puedan ser resguardados se requiere de un plazo mayor por todo lo que ya se ha dicho no sólo aquí sino que también en los medios de comunicación. Ese sería el fundamento jurídico de la constitucionalidad de este proyecto.

La prescripción es el transcurso del tiempo para dar certeza jurídica, y aunque podría haber un implícito perdón del ofendido, para que ello ocurra tiene que establecerse una conciencia de quién es sujeto activo y quién es sujeto pasivo y eso es lo que en delitos tales como la violación o el abuso sexual no existe, al menos respecto de menores y no porque pasa a ser mayor de edad se tendrá que dar.

Esta distinción es la clave en la búsqueda de lo que permite resguardar adecuadamente la integridad psíquica, pero si esta imprescriptibilidad rige de aquí para adelante se va a vulnerar el principio de protección y de igualdad porque no va a haber igualdad en relación a los hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley, entonces, para que haya una efectiva igualdad es factible y no sería inconstitucional plantear la imprescriptibilidad retroactivamente o, por lo menos, extender aún más el plazo vigente en la actualidad.

Se está en el campo del legislador y la Constitución no impide que se pueda establecer efecto refractivo puesto que se trata de aspectos procesales, existe una suerte de *in dubio pro víctima*, y relacionando los principios de la integridad psíquica con el de la igualdad y la protección va mucho más acorde la imprescriptibilidad también con efecto retroactivo, o por lo menos una extensión mayor de la existente en la actualidad respecto del plazo de prescripción si éste se quisiera mantener.

Las normas procesales son especialmente imperativas en favor de la víctima o al menos debieran serlo.

Las normas procesales no hacen mención a la prescripción, por lo que una legislación al respecto está solo en ese ámbito, pero es obligación del legislador observar el espíritu pro víctima del constituyente, relacionado con los principios de protección e igualdad.

En consecuencia, legislar en favor de la imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores es acorde con los principios constitucionales y el principio de equidad.

Retroactividad de la Imprescriptibilidad de la Acción Penal respecto de Delitos Sexuales en contra de niños, niñas o adolescentes

Establecer la imprescriptibilidad de la acción penal referida a los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, se aplicará a los delitos cometidos desde la entrada en vigencia en Chile de la Convención de los Derechos del Niño, implica no excluir del derecho a obtener verdad y justicia, a quienes fueron víctimas de delitos sexuales, ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que declara la no prescripción de la acción penal.



La aplicación retroactiva que se propone se ajusta a la Constitución y no importa una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal, ya que estas normas se refieren a los delitos y las penas asignadas, y no a las reglas de carácter procesal, como la prescripción.

La Carta Fundamental consagra en el artículo 19 N°3, que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Este precepto constitucional se refiere a la tipificación de una conducta como delito y la consiguiente pena, por lo que la irretroactividad no afecta al estatuto de la prescripción.

La Constitución no menciona ni regula la “prescripción”, por lo tanto, reside en la soberanía del legislador establecer su regulación y ponderar su aplicación.

El sujeto activo no tiene un “derecho fundamental a la prescripción”, por lo que la retroactividad de la imprescriptibilidad propuesta, no afecta las garantías constitucionales del imputado.

Convención sobre los Derechos del Niño

La aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, a los ilícitos penales cometidos desde la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, se funda en que a partir de esa fecha, el Estado intensifica desde el punto de vista normativo, su compromiso en aras de la tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

A partir de este instrumento jurídico internacional, se comienza a asentar la “doctrina de la protección integral de los derechos del niño”, que concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. En este sentido, es menester mencionar, normas relevantes de la Convención, y que muestran de forma inequívoca la intensificación en la protección de los derechos de la infancia, que el Estado asume, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República

Conforme a lo señalado precedentemente, es menester señalar, que la Convención consagra un principio rector que es el “Interés superior del Niño”. Dicho principio se encuentra contenido en el artículo 3° del instrumento internacional en comento, del siguiente tenor:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios, establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de



seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”.

Dentro de las normas a destacar de la Convención de Derechos del Niño, encontramos la del artículo 19, que en el N°1 establece que “Los Estados Partes adoptarán todas 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, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En síntesis, es posible plantear que la Convención internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña, específicamente en aplicación de la normativa antes citada, obliga a los Estados partes a proteger a los menores de todas las formas de abuso, incluida la de orden sexual, lo que implica tanto la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención como la expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de las garantías mencionadas. ¹

En definitiva, la fundamentación jurídica expuesta, además tiene la virtud de acercarse al lapso de tiempo promedio, en que la víctima se atreve a contar su verdad. Vale decir, si la ley contemplara con efecto retroactivo, la imprescriptibilidad de la acción penal, desde la entrada vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en Chile (27 de septiembre de 1990), tendríamos una aplicación retroactiva de más de 30 años, que va a tender a coincidir con el tiempo comprendido desde que ocurre el hecho punible, hasta que la víctima finalmente denuncia lo que le sucedió. Al ser considerada esta circunstancia por parte del legislador, estaría reconociendo también “el derecho al tiempo”, a personas que sufrieron hace décadas, siendo niños o niñas, un daño tan profundo a su dignidad, como la perpetración de abusos o delitos sexuales.

El presente proyecto de ley contó con la elaboración de los asesores legislativos Abraham Valdebenito Barraza y Leonardo Brancoli Estradé

Por tanto, de conformidad a lo anteriormente expuesto, venimos a presentar el siguiente:

¹ Minuta del Abogado Juan Pablo Hermosilla, “Aplicación retroactiva ley imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores. Boletín 6.956-07”, p. 5.



Proyecto de Ley

Introdúcense las siguientes modificaciones a la ley que declara Imprescriptibles los delitos sexuales cometidos en contra de menores

En el artículo 1°, intercálase en el artículo 94 bis del código penal, entre la frase “367 ter” y la palabra “de”, la frase “372 bis, 374 bis y 374 ter”.

En el artículo 2°, intercálase entre la frase “367 ter y la palabra “de”, la frase “372 bis, 374 bis y 374 ter”

En el artículo 3°, intercálase entre la frase “367 ter y la palabra “de”, la frase “372 bis, 374 bis y 374 ter”.

Sustitúyese el artículo transitorio por el siguiente:


“Artículo transitorio. Lo dispuesto en el artículo 94 bis del Código Penal, se aplica también a los hechos punibles desde la entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, conforme a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.”.



Fernando Meza Moncada
Diputado de la República




FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. FERNANDO MEZA M.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. PEPE AUTH S.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. TUCAPEL JIMÉNEZ F.


FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. CARLOS A. JARPA W.

