

Derecho al Tiempo

PROPUESTAS PARA LA INCLUSIÓN Y REPARACIÓN DE VÍCTIMAS
DE AGRESIÓN SEXUAL INFANTIL EN LA DISCUSIÓN SOBRE
IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL DE DICHOS DELITOS



I. Indicación para declarar como imprescriptible, la acción de indemnización por daños civiles extracontractuales derivados de delitos de abuso sexual contra niños

I.I. Justificación.

Conforme al Artículo 2332 del Código Civil, el plazo que tiene una víctima de abuso sexual para interponer una acción civil por daños extracontractuales es de tan sólo 4 años desde la ocurrencia del hecho. Tratándose de menores de edad, dicho plazo podría suspenderse en virtud de lo dispuesto por el Artículo 2509 del mismo Código, hasta que el niño o niña cumpla la mayoría de edad. Parece de todo sentido reconocer la imprescriptibilidad de la acción por daños extracontractuales respecto de aquellos delitos que el pasen a tener, formalmente, el carácter de imprescriptibles. No tendría sentido modificar las normas de prescripción en sede penal, si a la vez, a los sobrevivientes de abuso sexual se les priva de la posibilidad de reclamar por la reparación integral pecuniaria de los graves daños sufridos con ocasión de delitos imprescriptibles. Esa es, por lo demás, la lógica que ha seguido correctamente la Corte Suprema al declarar que no resultan aplicables las disposiciones del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización, cuando se trate de delitos imprescriptibles como los de lesa humanidad (Rol N° 31.711-17).

Adicionalmente al argumento anterior, no parece sensato exigir a una víctima que no está en condición alguna de ejercer la acción, que lo haga dentro de un plazo fatal y especialmente breve. La amplia evidencia científica disponible sobre la fenomenología de los delitos de abuso sexual contra niños indica que la dinámica que se genera entre abusador y abusado, especialmente en los casos cometidos por un cuidador, generan en la víctima una imposibilidad material de reconocer el hecho como delito, enfrentar al victimario, enfrentar las consecuencias personales, familiares y sociales de una denuncia y, en consecuencia, accionar frente a los tribunales (Kogan, 2004; London et al., 2005; Paine & Hansen, 2002; San Martín, 2005; Priebe & Svedin, 2008). Esa dinámica particular del delito de abuso sexual explica que la revelación del abuso por parte de la víctima pueda tardar 20, 30 o incluso más de 40 años (Jonzon, E. y Lindblad, F., 2004).

Por tales razones, resulta plenamente aplicable en este caso la regla acuñada por los romanos *agere non valenti, non currit praescriptio* -la prescripción no corre para el que no puede ejercitar una acción. (Mans, J. L., 1979, p. 394). La prescripción presupone un cierto juicio de reproche respecto de la actitud del accionante. Una suerte de sanción a quien, estando en condiciones de demandar, decide no hacerlo. Por ello es que, como indica E. Barros, “si la víctima, por circunstancias que no sean atribuibles a su descuido, no ha estado en condiciones de conocer el daño o a su autor, y, por consiguiente, no ha podido ejercer la acción, no hay razón para entender que el plazo de prescripción haya comenzado a correr en su contra [...]” (E. Barros, 2006). Si bien Barros complementa esta idea con una limitación general dada por el plazo de prescripción extraordinaria -que en su opinión cumpliría con la función estabilizadora y de certeza de atribuida a la prescripción- estimo que las razones dadas para justificar la imprescriptibilidad penal de los delitos de abuso sexual parecen plenamente aplicables a la acción civil por daños.

La Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño impone respecto del Estado de Chile la obligación de actuar con la *debida diligencia* en la protección del derecho que asiste a todo niño, niña y

adolescente a vivir una vida sin violencia sexual. Dicha diligencia importa el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente a niños que han sido víctimas de abuso sexual (Arts. 19, 34, 35 y 39). No es posible hablar de reparación integral para los niños y niñas víctimas de abuso sexual si las reglas generales vigentes en el Código Civil, y cuya justificación tradicional será vigente para la mayoría de los casos, no permiten acceder a una justa y proporcional restitución del daño moral y los elevados gastos en tratamiento médico y psicológico que las propias víctimas han debido financiar por años e incluso décadas.

Para una efectiva reparación de los daños generados con ocasión de los delitos regulados por este proyecto de ley, resulta necesario permitir que el sobreviviente esté en condiciones de repetir civilmente tanto en contra del hechor, como respecto del tercero civilmente responsable de tales hechos. Más aún, cuando la vía que tiene la víctima para ejercer las acciones civiles contra el tercero civilmente responsable de los hechos punibles, deba ejercerse paralelamente en los tribunales civiles.

La retroactividad de la acción civil indemnizatoria por daños extracontractuales derivada de los delitos de abuso sexual ha sido reconocida progresivamente por la legislación comparada. En la actualidad, a lo menos en 13 provincias o territorios de Canadá (imprescriptibilidad o plazo de 30 años); 6 estados de los Estados Unidos de América (en diversas formas), así como en la legislación territorial de Victoria y New South Wales, en Australia.¹

I.II. Propuesta de indicación.

A. Objetivos.

- Permitir a los sobrevivientes de abuso sexual infantil, obtener una justa y completa reparación por los daños civiles extracontractuales derivados de los delitos cometidos en su contra.
- Reforzar el carácter independiente de la acción civil tendiente a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible, en conformidad a lo dispuesto por los artículos 59² y 67³ del Código de Procedimiento Penal.

¹ Ben Mathews, “Child sexual abuse and access to justice for civil claims: reform of statutes of limitation in Canada, the USA and Australia”, Australian Centre for Health Law Research, 2016.

² Artículo 59. *Principio general.* La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189. Asimismo, durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Con todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil.

Con la sola excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

- Precisar que esta acción civil puede ser ejercida en contra del imputado y también en contra del tercero civilmente responsable. Este tercero es de vital importancia para los casos de abuso “institucional”, tales como el Estado, la Iglesia Católica y demás corporaciones (más allá de los actos específicos del o los hechos)

B. Indicación actual del Ejecutivo.

ARTÍCULO ÚNICO.- Agréganse las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Agrégase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

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

C. Propuesta de indicación.

Agregar al nuevo Art. 94 bis, dos incisos nuevos, en los siguientes términos:

Inciso 2.- “La acción civil indemnizatoria por los daños que pudieran derivarse como consecuencia de los hechos punibles descritos en el inciso anterior, tanto respecto del imputado como del tercero civilmente responsable, será también imprescriptible.”

Inciso 3.- “La regla descrita en el inciso segundo de este artículo será de aplicación retroactiva.”

³ Artículo 67. *Independencia de la acción civil respecto de la acción penal.* La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se de lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente.

II. Indicación que incorpora una regla que ampare a las víctimas de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley en discusión.

II.I. Justificación.

El proyecto de ley en discusión, tal y como se encuentra aprobado en general por el Senado, dispone que las nuevas reglas sobre imprescriptibilidad de la acción penal serán aplicables sólo a los delitos que se cometan con posterioridad a su entrada en vigor. Dicha disposición importa al menos dos circunstancias que repulsan al espíritu de la ley en comento: en lo que concierne al cese de la impunidad garantizada tras la que se esconden actualmente los agresores sexuales de menores de edad, y en lo relativo a la re-victimización de personas ofendidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

En efecto, como lo señalaron varios senadores en la votación en general de este proyecto, y como lo reiteró el señor Ministro de Justicia en la misma instancia, uno de los principales objetivos de la ley que ahora se discute en particular es **poner fin a la situación de impunidad sistemática que envuelve la agresión sexual infantil**, para que nunca más el hecho de un delito sexual contra un menor de edad cuente con el transcurso del tiempo como un elemento que juega a su favor. Sin embargo, disponer que la ley comenzará a regir sólo respecto de los delitos que se cometan con posterioridad a su entrada en vigencia implicará, en la práctica, que durante varias décadas esta ley no funcione más que como una mera declaración de buenas intenciones. La abismante realidad ha demostrado que las víctimas de esta clase de delitos demoran veinte, treinta y hasta cuarenta años en denunciar, si es que finalmente logran hacerlo, de manera que, en el mejor de los casos, recién en dos, tres o cuatro décadas más comenzaríamos a ver la operación práctica de esta ley, la que sin embargo se fundamenta hoy en **poner fin a una situación de impunidad actual**. No es razonable. Resulta entonces imperioso a los fines de la norma en discusión establecer una regla que permita a las víctimas de delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, denunciar y eventualmente iniciar un proceso penal (aún con todas las dificultades que el mismo pueda tener, desde la perspectiva probatoria, etc.), levantando así el manto de impunidad en que, por la imposibilidad de acceder a la justicia, habían quedado los delitos cometidos en su contra. Se trata aquí de una cuestión de política criminal, que sirve fines de justicia restaurativa, pero también de prevención general positiva del delito dirigida en abstracto a las potenciales víctimas o sus progenitores, en la medida en que da cuenta de un **reforzamiento de la confianza en el derecho y la justicia al comprobar que su aplicación es pronta e ineludible**.

Una segunda consideración que repugna los fines de la ley en comento en la medida en que ella rija sólo respecto de los delitos cometidos después de su entrada en vigencia dice relación con la **re-victimización de personas ofendidas precisamente con anterioridad**. La pregunta que aquí surge casi intuitivamente es ¿por qué razón se establecería una diferencia entre las víctimas de ayer y las de hoy? En el corazón de la discusión que dio origen a esta iniciativa legal está el convencimiento conteste de la sociedad de que lo que caracteriza a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad es que en ellos se verifica, no sólo un acto altamente deleznable, sino también una situación de imposibilidad de acceder a la justicia a

raíz del trauma provocado por la agresión, coadyuvado por circunstancias sociales propias de la infancia (dependencia, afectos, incapacidad de simbolizar la conducta de connotación sexual, etc.), con la injusticia que de ello deriva. Entonces ¿no es acaso esta una razón más que suficiente para obligar a la ley a encontrar una fórmula que permita dar acceso a la justicia hoy, a los que no lo tuvieron ayer? En efecto, las mismas razones que fundaron la decisión del Ejecutivo y del Senado en relación a impulsar la imprescriptibilidad –confiriéndole valor a permitir el tiempo y las condiciones que las víctimas necesiten para poder elaborar y verbalizar el trauma- deberían ser las que sustentaran ahora la necesidad de al menos una ventana de tiempo que operara retroactivamente. De lo contrario nos enfrentaremos como sociedad al mentís de estar legislando sobre la imprescriptibilidad–ergo, entendiendo el valor del tiempo para las víctimas- para luego dejar fuera y causar un sufrimiento nuevo a todos los sobrevivientes de abuso sexual infantil que hoy están vivos **y para quienes ya corrió el plazo que, hemos admitido, es injusto e impertinente.**

La deliberación que recae en las normas de prescripción descansa en un juicio de razonabilidad y oportunidad para el cual solo el legislador tiene competencia. Consecuentemente, la prescripción no corresponde a un derecho de las personas que pueda ser exigido constitucionalmente en contra del legislador. De lo anterior se desprende que **una norma que declare imprescriptible la acción penal derivada de delitos cometidos en un momento anterior a la entrada en vigencia de la ley, o bien que establezca, por consideraciones de política criminal, una ventana de tiempo en la que las víctimas de hechos delictivos cometidos con anterioridad puedan denunciar y ejercer la acción penal, es perfectamente posible en el marco constitucional vigente.** En otras palabras, a las reglas sobre prescripción de la acción penal no les es aplicable la garantía de irretroactividad de la ley penal, contenida en el artículo 19 N° 3 inciso octavo del texto constitucional, que dispone 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”

Como es claro, esta regla se refiere a la tipificación legal de una conducta como delito, y a la atribución a la misma de una pena determinada. Las reglas sobre prescripción no se refieren ni a una ni a la otra. En cualquiera de sus justificaciones, la prescripción no dice relación alguna ni con la caracterización de la conducta punible ni con la magnitud de la pena intimada por la ley. Por consiguiente, asumir que una regla como la propuesta no podría regir respecto de los hechos realizados antes de su entrada en vigencia es una interpretación desproporcionada y jurídicamente injustificada de la regla constitucional.

II.II. Propuesta de indicación.

A. Objetivos.

- Permitir a las víctimas de delitos sexuales sufridos en su infancia o adolescencia y cuyos plazos de prescripción se encuentren vencidos, acceder a la justicia mediante la fijación de una regla retroactiva o una ventana de tiempo que opere retroactivamente.

- Evitar con ello la re-victimización –de parte nuestro sistema de justicia y desde el Estado- estableciendo diferencias arbitrarias entre las víctimas de estos delitos.

B. Indicación actual del Ejecutivo.

ARTÍCULO ÚNICO. - Agréganse las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Agrégase el siguiente artículo 94 bis, nuevo:

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

C. Propuesta de indicación.

Modificar el actual artículo transitorio de la indicación del Ejecutivo, en los siguientes términos:

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

Josefina Mora – Abogada
Nicolás Espejo – Abogado
Pablo Becerra – Abogado