Oficio N° 167-2017.-

INFORME PROYECTO DE LEY 37-2016

Antecedente: Boletín N° 8.134-07; 10.033-07; 10.186-07; 10.236-07; 10.707-07 y 10.784-07.

Santiago, 21 de septiembre de 2017.

Mediante Oficio N° 418-2016 de 17 de agosto de 2016, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados remitió a esta Corte Suprema consulta jurídica respecto de los boletines refundidos N°s 8.134-07; 10.033-07; 10.186-07; 10.236-07; 10.707-07 y 10.784-07, referidos a imprescriptibilidad de la acción penal en materia de delitos sexuales y otros, cometidos contra menores de edad, haciendo presente que, si bien tales iniciativas no contienen materias relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, la Comisión estima valioso oír el parecer de la Corte.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 15 de septiembre del actual, presidida por el titular señor Hugo Dolmestch Urra y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Sandoval y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez y señores Carlos Cerda Fernández, Jorge Dahm Oyarzún y Arturo Prado Puga, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SEÑOR GUILLERMO CERONI FUENTES
PRESIDENTE
COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO

“Santiago, veinte de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 418-2016 de 17 de agosto de 2016, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados remitió a esta Corte Suprema consulta jurídica respecto de los boletines refundidos N°s 8.134-07; 10.033-07; 10.186-07; 10.236-07; 10.707-07 y 10.784-07, referidos a imprescriptibilidad de la acción penal en materia de delitos sexuales y otros, cometidos contra menores de edad, haciendo presente que, si bien tales iniciativas no contienen materias relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, la Comisión estima valioso oír el parecer de la Corte.

Segundo: Que en los proyectos de ley (boletines) sometidos a análisis, se busca implementar dos clases de decisiones legislativas: (A) se busca hacer generalmente más severas las penas previstas por la ley para determinados delitos sexuales graves, tales como la violación, la violación de menores y el estupro; y, (B) se busca impedir la prescripción de la acción penal y, eventualmente, de la pena, respecto de determinados delitos, en razón de su naturaleza o la calidad de las personas que se vieron involucradas en ellos.

Tercero: Que las propuestas persiguen agravar la sanción penal aplicable a los delitos de violación y estupro, eliminando la parte baja del rango penal de los respectivos delitos. Así, por ejemplo, el delito de violación -sancionado en el artículo 361 del Código Penal- pasa de tener prevista una pena compleja, que va desde presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio (desde cinco años y un día hasta quince años de privación de libertad), a tener una pena única de presidio mayor en su grado medio.

Cuarto: Que conforme a lo expuesto en los motivos precedentes y teniendo en consideración tanto el tiempo transcurrido desde que se recibiera en esta Corte los proyectos de ley materia de la consulta de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, como la circunstancia manifiesta de referir a eventuales reformas que atañen a materias eminentemente sustantivas, sin relación con la organización y atribuciones de los tribunales conforme al tenor de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Carta Fundamental, se omitirá el informe pedido en los antecedentes.

Por estas consideraciones, se omite pronunciamiento respecto de los proyectos de ley referidos a imprescriptibilidad de la acción penal en materia de delitos sexuales y otros, cometidos contra menores de edad.

Se previene que el Ministro señor Juica prescinde de emitir el informe solicitado por la Comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados, teniendo únicamente presente el largo tiempo transcurrido desde que la opinión de esta Corte fuera requerida.

Por su parte el Ministro Cerda concurre a la decisión de no informar como fuera pedido, teniendo únicamente presente para ello que las iniciativas de ley reunidas en la consulta no contienen normas que se refieran a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia en los términos preceptuados en el artículo 77 de la Carta Fundamental.

Acordada con el voto en contra del Presidente señor Dolmestch y los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes estuvieron por emitir la opinión consultada en los antecedentes en los siguientes términos:

1°) Que según la doctrina, el principio de proporcionalidad se puede presentar en los sistemas penales legislados de dos maneras distintas[1]. En primer lugar, se puede presentar cómo “proporcionalidad cardinal” o “absoluta”, según la cual, una pena puede resultar excesiva o demasiado baja, atendida la gravedad del delito considerado en abstracto. Tal sería el caso si, por ejemplo, el sistema penal previera, la pena de multa respecto del delito de homicidio.

En segundo lugar, puede presentarse de manera relativa, como “proporcionalidad ordinal” o “sistemática”. Bajo este principio de la proporcionalidad ordinal, se trata de asegurar que los delitos más graves tengan penas más altas que los menos graves, y que todos, en conjunto, expresen adecuadamente la reprobación que merecen para el grupo social.

Una buena manera de asegurar el respeto del principio de proporcionalidad, entendido de manera ordinal, es satisfacer tres criterios o sub juicios:

(i) Los delitos igualmente graves deben poseer penas idénticas (sub juicio de paridad de penas).

(ii) Los delitos más graves deben prever penas más altas que los delitos menos graves (sub juicio de graduación).

(iii) La penalidad de los delitos debe ser internamente consistente con su diferente intensidad, y aquello debe plasmarse en el espacio penal que cada uno

[1] En lo que sigue se seguirá la explicación del profesor: VON HIRSCH, A. Censurar y Castigar. Editorial Trotta. pp. 45 y ss.

de ellos establece (sub juicio del espacio penal). Así, 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[2] .

2°) Que si nos atenemos a este principio de proporcionalidad ordinal, las reformas propuestas plantean una situación compleja, por cuanto implican romper con cada uno de los tres criterios reseñados, como aparece de los siguientes ejemplos:

- Al elevar las penas aplicables al estupro (art. 363 CP), tal como hacen los boletines N° 8.134-07 y 10.186-07, se produce el escenario político criminal de equipararlo en gravedad al delito de homicidio simple, y considerarlo, incluso en su hipótesis menos gravosa, como un delito más dañino que el de abuso sexual calificado de impúber (que en su base, inicia en 5 años de privación de libertad).
- Al elevar el rango mínimo de la pena de violación de púberes y adultos (art. 361 CP) se diluiría la diferencia de gravedad que existe entre este delito y el cometido en contra de menores impúberes. Así, por ejemplo, según la propuesta del boletín N° 10.186-07, tanto violación de impúber como violación de púber tienen de base el mismo castigo (presidio mayor en su grado medio), omitiendo la distancia o diferencia que debe existir entre dos delitos que poseen una gravedad distinta.
- Al elevar la pena aplicable a la violación de impúberes (art. 362 CP), especialmente, como hacen las propuestas de los boletines N° 10.236-07 y 8.134-07, se equipara simbólicamente esta conducta a delitos como el parricidio (que tiene en su base idéntica pena), y se infravalora relacionalmente la relevancia de delitos como el homicidio simple, que en su base parte de una pena menor (de 10 años y un día).

3°) Que a continuación, y en relación con las relaciones de proporcionalidad (ordinal) que deben existir entre los delitos del sistema, se adjunta una tabla demostrativa que indica las penalidades de diversos delitos relacionados, con referencia a las propuestas normativas de los boletines, de la cual aparece que la reforma propuesta se acerca más a la desproporción que al respeto al principio de proporcionalidad.

Tabla demostrativa

[2] VALENZUELA, J. La pena y la educación. Revista de estudios de la Justicia. N° 11. Año 2009. Santiago, p. 245

Delito	Código Penal actual	Boletín Nº 8.134	Boletín Nº 10.186	Boletín Nº 10.236
Parricidio. Art. 390 CP.	15 años y un día – Perpetuo calificado	-	-	-
Homicidio simple. Art. 391 N° 2 CP.	10 años y un día – 15 años.	-	-	-
Violación de menor de 14 años. Art. 362 CP.	5 años y un día – 20 años.	15 años y un día – 20 años	10 años y un día – 20 años	15 años y un día – 20 años
Abuso sexual calificado de menor de 14 años. Art. 365 bis.	5 años y un día – 20 años.	-	-	-
Violación. Art. 361 CP.	5 años y un día – 15 años.	10 años y un día – 15 años.	10 años y un día – 15 años.	10 años y un día – 15 años.
Abuso sexual calificado de adultos y púberes con circunstancias violación. Art. 365 bis N° 1.	5 años y un día – 15 años.	-	-	-

Estupro. Art. 363 CP.	3 años y un día – 10 años	5 años y un día – 10 años	10 años y un día – 15 años	-
Abuso sexual calificado de menores púberes con circunstancias de estupro. Art. 365 bis.	3 años y un día – 10 años.	-	-	-
Abuso sexual simple de impúberes. Art. 366 bis CP.	3 años y un día – 10 años.	-	-	-
Abuso sexual simple de adultos y púberes. Art. 366 CP.	3 años y un día – 5 años.	-	-	-

4°) Que la mencionada agravación de los marcos penales puede tener importantes efectos procesales en nuestro sistema; en especial con las propuestas de agravar el marco penal del delito de estupro, tal como sugieren los boletines N° 8.134-07 y 10.186-07, puede impedirse el ejercicio de la jurisdicción mediante juicio abreviado o simplificado y, en esa medida, implicar un aumento indeseado en los costos de tramitación y cargas de trabajo.

5°) Que el segundo grupo de reformas propuestas pretende eliminar la prescripción de la acción penal y en algunos casos de la pena, de determinados delitos que a juicio de los proponentes resultarían extremadamente graves; lo que se hace de diversos modos:

a) Considerando imprescriptible la acción penal relativa a los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, cuando han sido cometidos contra menores (boletín N° 10.033-07).

b) Considerando imprescriptible la pena y la acción penal de los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales y de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, todos cuando han sido cometidos directamente sobre un menor (boletín N° 10.784-07).

c) Considerando imprescriptible otros delitos del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, cuando han sido cometidos en contra de un menor de edad, como el aborto, el abandono de niños, la suposición de partos, la usurpación de estado civil, la violación de púber e impúber, la sodomía y los abusos sexuales (boletines N°s 8.134-07 y 10.186-07).

d) Considerando imprescriptible la acción penal respecto de menores de 14 años de edad que hayan sido víctimas, entre otros, de los delitos de violación de púber y adulto, violación de impúber, estupro, abusos sexuales simples y agravados, corrupción de menores y pornografía infantil (boletín N° 10.236-07).

e) Considerando imprescriptible los delitos de parricidio y femicidio establecidos en el artículo 390 del Código Penal, el delito de infanticidio previsto en el artículo 394 del Código Penal y los delitos de lesiones y mutilaciones establecidos en los artículos 395 a 399 del Código Penal, cuando éstos últimos hayan sido cometidos en contra de alguna de las personas que establece el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar o que se encuentre en cualquiera de las circunstancias que establece el número 1 del artículo 391 del Código Penal (boletín N° 10.707-07), o sea, cometidos:

I. En contra de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él;

II. En contra de quien sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

III. Entre los padres de un hijo común,

IV. En contra de una persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

6°) Que vale la pena recordar que no es indiferente que el legislador establezca que un determinado delito será imprescriptible, que establezca que lo

imprescriptible es la acción penal que deriva de un determinado delito, o que establezca que lo imprescriptible será la pena asociada a un determinado delito. Estos tres modos de expresión conducen a efectos distintos y, por esta razón, deben emplearse con cuidado. En este sentido, nuestro Código Penal es claro al señalar que lo único que prescribe en nuestro sistema criminal son (i) las acciones penales para perseguir judicialmente la responsabilidad de una persona en razón de la comisión de un delito (art. 93 N° 6 CP) y, (ii) las penas impuestas sobre su base (art. 93 N° 7 CP). Los delitos, considerados en sí mismos, como acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley, no prescriben. Por este motivo, al emplear esta expresión –tal como hacen los boletines N° 8.134-07 y 10.186-07– se somete al intérprete a un problema argumentativo completamente evitable.

Por prestarse a menos equívocos, pareciera sugerible que, en lo sucesivo, la discusión legislativa de estas reformas se realice únicamente en referencia a los conceptos precisos de “prescripción de la acción penal” y “prescripción de la pena”, respectivamente; porque la prescripción de la pena y la prescripción de la acción penal corresponden a dos instituciones diferentes, con distintos efectos y fundamentos.

7°) Que la prescripción de la acción penal está reglada en el artículo 94 del Código Penal, y en general, dispone los términos de tiempo en que puede perseguirse eficazmente la responsabilidad penal del autor de un crimen, simple delito o falta; fuera de los cuales el Ministerio Público se encuentra inhibido de ejercer la acción penal en contra del infractor, y los tribunales penales imposibilitados de aplicar a su respecto alguna sanción. Por este motivo, en razón de su naturaleza, ella sólo puede tener cabida antes de la dictación de la sentencia de término y la imposición efectiva de la sentencia condenatoria.

Por el contrario, la prescripción de la pena es una institución que tiene relevancia sólo con posterioridad a la imposición de una sentencia condenatoria, y tiene como principal efecto el de impedir la efectiva aplicación de una condena cuando ella no se ha impuesto en los plazos que establece el artículo 97 del Código Penal.

De este modo, mientras la prescripción de la acción penal obsta la existencia de una sentencia condenatoria firme, la prescripción de la pena obsta a su efectiva ejecución.

8°) Que si bien existe un debate sobre cuál es la naturaleza que cabe asignar a la prescripción de la acción penal como institución en el derecho *("se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros [actualmente la op. dom.] como institución "mixta"*[3]), hay un relativo consenso en su utilidad y necesidad procesal y político criminal, por varias razones: en primer lugar, sobre la base de la consideración material de que el transcurso del tiempo provoca una *"atenuación del injusto y de la culpabilidad, dado que el rigor del enjuiciamiento de un conflicto y la necesidad de solucionarlo mediante imputación pierden su fuerza con el tiempo: El injusto culpable se convierte en un asunto pasado"* [4], y en segundo, hace moralmente contradictorio castigar al culpable, además de atentar contra su derecho a ser juzgado en un plazo corto y razonable.

También tiene la prescripción una fundamentación plausible desde una perspectiva adicional, al considerar o tener en cuenta *"que la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo, sobre todo en caso de adolescentes y jóvenes"*[5], razón por la cual la necesidad de una sanción penal desde una perspectiva preventiva puede disminuir o anularse completamente.

Finalmente, desde una perspectiva procesal, la prescripción de la acción penal supone hacerse cargo de un modo institucional de los efectos perniciosos que tiene el paso del tiempo en las evidencias que sirven de base para arribar a las condenas[6], y entregar una garantía de seguridad jurídica a autores y víctimas.

9°) Que considerados los fundamentos señalados, la institución de la prescripción de la pena, corresponde al corolario natural y operativo de la prescripción de la acción penal. De lo que se trata es de evitar castigar tardíamente a alguien que no obstante haber sido condenado en un plazo prudente, no recibió la sanción penal en razón de que no se enteró de la misma, o no pudo ser habido por las actividades desplegadas por el Estado, dentro de un plazo adecuado. No se trata de propiciar su evasión de la autoridad de la ley y la justicia, sino únicamente elevar los estándares de actuación de los órganos del Estado y, nuevamente, dotar de certeza jurídica a autores, partícipes y víctimas.

---

[3] ROXIN, C. Derecho Penal Parte General. Editorial Civitas. España, 1997. p. 165.

[4] JAKOBS, G. Derecho Penal Parte General. Marcial Pons. Madrid, 1997. p. 416.

[5] JAKOBS, G. Op Cit. p. 416.

[6] Ibíd.

10°) Que como se ha dicho, esta propuesta normativa se orienta a anular la garantía de la prescriptibilidad de la acción penal y la pena, en su caso, respecto de determinados delitos en razón de su naturaleza o la calidad de las personas que se vieren involucradas en ellos, o a que han sido cometidos en contra de un menor de edad o un menor de 14 años. Este planteamiento, además de parecer un tanto desconectado de la realidad político criminal chilena –según datos del Poder Judicial esta clase de delitos tiene una relativa baja incidencia– exhibe una insuficiente justificación.

11°) Que el primer gran obstáculo es poder fundamentar porqué 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?

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico solo prevé la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, crímenes gravísimos, que la doctrina asimila a casos de Derecho Penal del enemigo[7], y 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 ocurre lo mismo respecto de los delitos referidos en estas iniciativas, cuya penalización no se explica en términos políticos como una condición constitutiva de la paz social, sino de una manera distinta, propiamente jurídica, en la que la pena es empleada como un expediente para enfrentar los casos más graves de conflictividad social, con el propósito de restablecer el imperio del derecho, prevenir las conductas que socialmente son más dañinas y, permitir a sus autores expiar sus faltas de modo que puedan volver a ser parte de la comunidad política que traicionaron con sus acciones. Por este motivo, la determinación de la imprescriptibilidad de estos delitos parece desproporcionada pudiendo incluso adquirir cierto ribete de inconstitucionalidad al atentar de un modo arbitrario en contra de la garantía de ser juzgado y castigado dentro de un plazo razonable.

[7] SUAREZ, C. Aporías jurídicas de los delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal Colombiano. P. 135, passim. Disponible en: http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/90/93

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que, por su naturaleza, los delitos sexuales en general y los abusos sexuales en particular, implican importantes problemas probatorios que reformas como la propuesta sólo agravarían. En ellos tienen gran importancia las pruebas y pericias psicológicas, o de credibilidad del relato, lo que sumado a la inexistencia de un plazo perentorio para realizar la investigación y condena criminal, puede provocar un problema procesal que bajo el principio de inexcusabilidad podría ser insalvable: o bien se producirá un aumento en los casos de sentencias definitivas desfavorables al imputado pero con bajos estándares de prueba; o bien, se producirá un aumento de las absoluciones por razones de calidad de prueba, con todo lo que ello implica (gasto inútil de recursos públicos, sensación de impunidad, mayor descrédito del Poder Judicial y las policías, entre otros).

En tal escenario, las reglas actualmente vigentes en prescripción respecto de estos delitos parecieran ser lo suficientemente intensas como para abordar la mayoría de los problemas procesales que se suscitan en la materia: los delitos con penas de crimen como la violación, el estupro y las lesiones graves, prescriben en 10 años (art. 94 y ss. CP), y la prescripción de aquellos delitos cometidos en contra de menores de edad que se encuentran ubicados en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal, sólo comienza a contarse una vez que las víctimas han cumplido 18 años de edad (369 quáter CP).

Acordada la determinación de no evacuar la consulta solicitada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la H. Cámara de Diputados con el voto en contra, también, del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por informar favorablemente los proyectos de ley referidos a *imprescriptibilidad de la acción penal en materia de delitos sexuales y otros, cometidos contra menores de edad*, teniendo presente para ello precisamente que se trata de innovar en el estatuto penal mediante nuevas hipótesis normativas que consideren bajo el prisma de la especial gravedad que representan esa clase de delitos cometidos en la persona de niños, niñas y adolescentes.

Ofíciese.

PL 37-2016”.

Saluda atentamente a V.S.

MILTON JUICA ARANCIBIA
Presidente

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario