**Boletín N° 9.780-07**

**Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Harboe, Araya, De Urresti, Larraín y Walker, don Patricio, que incorpora en el Código Penal un precepto que supedita el inicio de la aplicación de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216 al cumplimiento de un año de presidio efectivo, tratándose de delitos contra la libertad sexual cuyas víctimas sean menores de edad.**

**FUNDAMENTOS.**

Una realidad alarmante ha quedado de manifiesto en Chile y en el mundo durante los últimos años, y se refiere a la creciente tasa de agresiones sexuales de que son víctimas los menores de edad. En efecto, de acuerdo a cifras de UNICEF, *una de cada diez niñas en todo el mundo ha sido alguna vez víctima de violencia sexual. Es decir, 120 millones de mujeres menores de 20 años han sido víctimas de agresiones sexuales. Unicef señala que hay notables diferencias regionales: de los 18 países del África negra con datos fiables, en 13 de ellos la tasa de niñas violadas supera el diez por ciento. En Europa central y del Este, en cambio, la cifra es inferior al uno por ciento. En cuanto a los homicidios, una de cada cinco víctimas en todo el mundo tiene menos de 20 años, según el estudio. Sólo en 2012, unos 95.000 niños fueron asesinados.*[1]

Desafortunadamente, en Chile la realidad se condice con el diagnóstico mundial, ya que de acuerdo a cifras del Ministerio Público, sólo en el período 1 de enero - 30 de septiembre de 2014, es decir, en 9 meses, hubo 14.948 imputados por delitos que afectan la indemnidad sexual, de un total de 16.506 víctimas de esta clase de delitos. Estos número denotan que las agresiones sexuales, en especial a menores de edad, es un flagelo ínsito en nuestra sociedad, que ha ido en aumento, tanto así, que en su última cuenta pública, el fiscal nacional, Sabas Chahuán, dio a conocer que en *2013 ingresaron más de 24 mil casos por delitos sexuales, siendo un 74% de ellos correspondientes a menores de 18 años,* lo que refleja que la tasa de denuncia ha ido en aumento durante la última década, pasando de 32,2% en 2006 a un 68,5% en 2012.[2]

---

[1] http://www.dw.de/unicef-unos-120-millones-de-ni%C3%B1as-y-j%C3%B3venes-han-sufrido-abuso-sexual/a-17902991

[2] http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579591-9-onu-chile-es-tercero-en-el-mundo-en-tasa-de-denuncias-por-abuso-a-menores.shtml

Según cifras del SENAME, *sólo en 2011 fueron atendidos 1.168 menores en los programas para tratar a víctimas de Explotación Sexual Comercial Infantil y Adolescente (ESCI) en todo el país. De estos, 842 casos corresponden a menores de edades comprendidas entre los 12 y los 17 años (81,4% son mujeres y 18,6% varones, proporción que se repite en todas las regiones).* Contra toda suposición, *un porcentaje cercano al 99,1% de los niños/as y adolescentes atendidos en estos programas no registra una "situación de calle"*[3]*,* es decir, los ataques sexuales a menores en un alto porcentaje, no sólo tienen lugar contra niños en situación de vulneración social extrema, sino que se trata de un fenómeno que atraviesa transversalmente todo los estratos socioeconómicos.

A mayor abundamiento, de acuerdo a *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Chile ocupa en el tercer puesto a nivel mundial en la tasa de denuncias por abuso sexual infantil cada 100 mil habitantes, con 68,5 casos en 2012 -fecha en que todos los países informaron los registros de sus policías-, siendo sólo superado por Suecia y Jamaica. Además, a nivel sudamericano, es el primero en la tasa de denuncias por este ilícito.*[4]

Las agresiones sexuales a menores, constituyen un acto violento que supone una imposición de poder del agresor respecto del menor víctima de la agresión y que de acuerdo a nuestro tratamiento positivo se las define el artículo 366 ter del Código Penal como *cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.* La gravedad de estas conductas contiene un disvalor mayor cuando las víctimas son menores de edad, precisamente por la imposibilidad o escasa posibilidad de aquellos para repeler el ataque o manifestar una voluntad formada, para acceder o reaccionar a un requerimiento o acto de significación sexual. Es por ello que estos delitos merecen el máximo repudio por parte de la sociedad, ya que se fundan en la violencia y en el

[3] http://ciperchile.cl/2012/11/26/%E2%80%9Chay-un-aumento-explosivo-de-denuncias-de-abuso-sexual-de-menores-desde-2011%E2%80%9D/

[4] http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579591-9-onu-chile-es-tercero-en-el-mundo-en-tasa-de-denuncias-por-abuso-a-menores.shtml

abuso de una relación de poder, tal y como lo ha señalado la definición de abuso sexual dada por UNICEF. [5]

Más aún, la existencia de coerción y de asimetrías entre la edades, habilidades sociales, o sexuales entre la víctima y victimario,[6] hacen que muchas veces estos delitos no sean denunciados y deban ser detectados a través de un análisis conductual o de signos externos que tornan difícil la obtención de pruebas robustas para la imputación y condena por esta clase de conductas típicas, o bien existiendo dichas pruebas, las condenas sean dramáticamente bajas permitiendo que el hechor pueda acceder a la sustitución de la pena privativa de libertad. De esta manera muchas veces los resultados de los procesos son insatisfactorios para las víctimas, sin que el imputado cumpla parte alguna de su condena en prisión, no obstante la gravedad del delito cometido. Esta situación torna de imperiosa necesidad modificar la normativa en materia de sustitución de penas privativas de libertad con el fin de que los abusadores de menores cumplan al menos parte de su condena en prisión efectiva, tal y como sucedió con la dictación de la ley 20.770 o coloquialmente llamada "Ley Emilia".

Es por lo anterior, que **la idea matriz de la presente iniciativa** radica en la incorporación de un artículo 372 quáter, al párrafo 7° del título VII del Libro Segundo de Código Penal, con el fin de establecer que en caso de condena de una persona por los delitos de abusos sexuales, abusos sexuales agravados, abusos sexuales propios, abusos sexuales impropios, exposición del menor a actos de significación sexual, producción de material pornográfico con participación de menores, favorecimiento de la prostitución, favorecimiento de la prostitución impropio, señalados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, y 367 ter respectivamente, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quede en suspenso por un año, tiempo durante el cual deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado. No se trata de imposibilitar al condenado el acceso a las formas de cumplimiento alternativo de la ley 18.216, ya que el régimen punitivo debe propender

[5] Abuso sexual: es toda forma de actividad sexual entre un adulto y un niño, niña o adolescente. Incluye la explotación sexual.
[6] Manual para la detección y orientación de la violencia intrafamiliar, pág. 29.

a la rehabilitación, pero tampoco se puede permitir que personas que han abusado de menores de edad, aprovechándose de sus situación de poder o vulnerando el deber de cuidado que tienen, y que hayan sido condenadas por esta clase de delitos, no cumplan un solo día de su condena en prisión.

Por consiguiente, el presente proyecto de ley se enmarca en la tendencia que ha seguido el legislador por varios años en materia represión de delitos sexuales contra menores. Los delitos regulados en nuestro Código Penal, en su título VII del Libro II, párrafo 6, artículos 363 y siguientes, han sufrido varias modificaciones en cuanto al cumplimiento de la pena, en aras de ir otorgando mayores instrumentos jurídicos que impidan la impunidad y endurezcan el castigo a los hechores de esta clase de conductas típicas. En efecto, con la entrada en vigencia de la ley 20.603 se establecieron ciertas limitaciones para la aplicación de penas sustitutivas de la ley 18.216, prescribiendo en el inciso segundo del artículo 4 de la ley en comento que si se cometiera alguno de los tipos de abusos sexuales (propio, impropio, etc.) no procederá remisión condicional de la pena, debiendo el tribunal aplicar sólo la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva según corresponda.

Asimismo, el artículo 1 de la ley n° 20.685 o ley "anti pedofilia" limitó el derecho a solicitar libertad condicional de quienes cumplan penas por haber sido condenados por delitos sexuales, exigiéndoles el cumplimiento de a lo menos dos tercios de la condena. La misma ley extiende por un plazo de 10 años contados desde el cumplimiento de las condena, para que el condenado pueda solicitar la cancelación de sus antecedentes penales.[7] Además, esta ley ha sido clave en la protección penal de los menores, ya que aumenta la pena por el delito de comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil, que fluctúa entre los 3 y 5 años e imposibilita la consideración de los menores de edad como objeto sexual.[8]

Por su parte, la ley 20.207 incorporó al código penal el art. 369 quáter que la prescripción de la acción penal por delitos cometidos contra de menores de edad

[7] Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, "Lecciones de derecho penal chileno", parte especial, Ed. Legal Publishing, pág. 361
[8] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-antipedofilia-mas-penas-y-menos-beneficios-a-condenados-por-abusos

comenzará a correr cuando estos hayan cumplido 18 años, es decir, se suspende la prescripción, al modo del Código civil, mientras el menor no haya cumplido su mayoría de edad. Además se contempla una alteración a la regla contenida en el artículo 369 del Código Penal, en cuanto a que en los delitos sexuales contra menores siempre habrá acción penal pública.

A mayor abundamiento, las normas comunes aplicables a los delitos contemplados en los párrafos 5 y 6 del título VII del Libro Segundo del Código Penal, han establecido medidas más severas en materia de medidas cautelares (imposibilidad de acercamiento, clausura de lugares habilitados para corrupción de menores, vigilancia del imputado interceptación delas comunicaciones, entre otras), y en materia normas en materia de cuidado personal.

Como hemos revisado, el legislador chileno ha tenido en vista la necesidad de mejorar la legislación en materia de protección penal de las víctimas menores edad en materia de delitos sexuales, por ello es completamente necesario que se impongan sanciones drásticas para los condenados por ataques sexuales contra menores, sin proscribir la posibilidad de cambiar el régimen cerrado por el medio libre, pero sólo luego de haber cumplido parte de la condena en prisión efectiva.

En el derecho comparado, los esfuerzos legislativos se han centrado en dar definiciones de abuso sexual de carácter genéricas de manera de abarcar la mayor cantidad de hipótesis que puedan ser sancionadas, precisamente por el disvalor que encarnan este tipo de conductas. *En efecto en Francia, los abusos sexuales se definen genéricamente como las agresiones sexuales distintas de la violación, y así, genéricamente se definen en el derecho Español en el artículo 181.1 del CP que castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona*[9].

En el Reino Unido, la Sexual Offences Act de 2003, ha sancionado en su Part 1, Sexual offences, Child Offences, los delitos contra los menores, con penas que pueden ir desde

[9] Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, "Lecciones de derecho penal chileno", parte especial, Ed. Legal Publishing, pág. 337.

meses de prisión hasta 14 años, estableciendo diversas categorías de delitos que son consideradas abusos sexuales, buscando una omnicomprensión del fenómeno.[10]

En el concierto latinoamericano cabe destacar la realidad Argentina, que en el artículo 199 del Código Penal, establece que *será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*[11]

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile en 1990, en su artículo 19 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, un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*", de esta manera queda totalmente claro que en esta materia pesa una obligación internacional sobre nuestro país que incluye el deber de ir mejorando su legislación para reprimir con fuerza aquellos delitos que importen atentados graves contra los niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando son víctimas de agresiones de carácter sexual, como lo ha hecho el decreto 830/1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga la Convención sobre los derechos del niño, o el Decreto 225/2003 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, con su corrección a la letra b) del artículo 7, entre otros instrumentos.

[10] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents

[11] http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17

**PROYECTO DE LEY**

Artículo único: Agrégase al Código Penal el siguiente artículo 372 quáter nuevo, del tenor que sigue: “Respecto de los delitos señalados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, y 367 ter de este Código, será aplicable lo prescrito en la ley nº 18.216. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.”

**FELIPE HARBOE BASCUÑÁN**

**SENADOR DE LA REPÚBLICA.**