

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Abuso sexual. Interés superior del niño no permite transformar una prescripción de cinco años en una de dos. Determinación de la pena no muta la calificación del delito en cuestión que tiene asignada una penalidad de crimen. Ley N° 21.160 no introduce cambios en los plazos de prescripción.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia absolutoria por el delito abuso sexual previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, en perjuicio de menor de edad, por encontrarse extinta la responsabilidad penal al haber prescrito la acción penal. Ministerio Público interpone recurso de nulidad penal. La Corte de Apelaciones acoge el recurso deducido, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso.*

ROL: *1171-2021, de 22 de junio de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público con Matías Salgado Lara.*

MINISTROS: *Sr. Jaime Patricio Alejandro Arancibia P., Sra. Roxana Matilde Valenzuela R. y Abogado Integrante Sr. Fabián Elorriaga D.*

DOCTRINA

El interés superior del niño no permite transformar una prescripción de cinco años en una de dos, porque ello importa en error evidente de derecho. La aplicación de la ley Penal Adolescente le reporta beneficios en otros ámbitos, como el que aparece en los artículos 21 y siguientes de la Ley N° 20.042. Tampoco puede ser considerado las otras reflexiones en torno a la comisión del delito. Este último aparece debidamente acreditado y está claro que las opiniones favorables que puedan existir sobre el infractor, no es suficiente para borrar y no sancionar el grave delito que cometió, y en este caso, en contra de una menor, persona que también posee estatutos normativos suficientes que obran en su favor. De acuerdo a lo dicho por el Tribunal, ello explica en definitiva que la denuncia la formulara el psicólogo del establecimiento

en donde ella cursaba sus estudios y que la formalización respectiva se haya realizado por iniciativa del Ministerio Público. Luego, el Tribunal discurre sobre la aplicación de los artículos 21 y siguientes de la Ley N° 20.084, señalando que de acuerdo a la primera de las disposiciones la pena debe rebajarse en un grado a lo que indica el Código Penal, y que en ese rango, de acuerdo a la pena concreta solicitada por el Ministerio Público, la que sería de 800 días de internación en régimen semi cerrado, guarda armonía con la normativa señalada, concluyendo que en abstracto así como también la pena en concreto, corresponde al delito de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal cometido por un adolescente, a una pena de simple delito y dice que no es posible encuadrar la sanción que merece el infractor dentro de una pena de crimen y que así lo impide la propia ley que lo rige, el interés superior del niño como infractor penal y los tratados internacionales que lo consagran y protegen. Lo anterior constituye un error manifiesto, pues por una parte confunde los efectos que se derivan de la aplicación de una pena abstracta con la de una pena concreta y no considera las reglas que deben aplicarse en la materia. En efecto, una cosa los constituye la pena concreta que debe aplicarse en cada caso en particular. En la especie, partiendo de la base del artículo 366 bis del Código Penal y por aplicación del artículo 21 de la Ley N° 20.084, la penalidad en el presente caso debía imponerse en el rango del presidio menor en su grado medio y que fue precisamente lo que el Ministerio Público solicitó. Esta determinación de la pena, no muta la calificación de que el delito en cuestión tiene asignada una penalidad de crimen, debiendo ocurrir a las normas generales. También se refiere a la aplicación a los adolescentes infractores de la ley sobre imprescriptibilidad de los delitos de abuso sexual contra menores y de la no aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal, en consideración a lo que indica la Ley N° 21.160, en cuanto deroga esta última disposición. En relación con esta materia, también existe un error evidente de parte del Tribunal al considerar los términos de la Ley N° 21.160, puesto que el artículo 5° de la referida ley no está introduciendo cambios en los plazos de prescripción que se han venido analizando y no ha considerado la norma transitoria de la referida Ley N° 21.160, en cuanto dispone que para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de la ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal. En virtud de ello tampoco los plazos de prescripción podrían haber transcurrido, razón por la cual estos argumentos tampoco pueden considerarse para fundar la absolución (considerandos 6° a 10° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/61765/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 366 bis, 369 quáter del Código Penal; 21 de la Ley N° 20.084; Ley N° 21.160; 21 de la Ley N° 20.042 (Ministerio del Interior).*

DIFICULTADES EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN PENAL EN CASO DE DELITOS COMETIDOS POR Y
CONTRA UNA PERSONA MENOR DE EDAD

ALESSANDRA SCOGNAMILLO SUÁREZ
Pontificia Universidad Católica de Chile

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso objeto de este análisis se pronuncia acogiendo el recurso de nulidad penal interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia absolutoria por el delito de abuso sexual a menor catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, por encontrarse extinta su responsabilidad al haber prescrito la acción penal contra el acusado¹.

El recurso del Ministerio Público se sustenta en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por estimar que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal infringió los artículos 369 quáter, 95 y 21, todos del Código Penal. El recurrente estructura sus alegaciones en dos aristas: a) errónea aplicación del artículo 21 y b) exclusión del artículo 369 quáter, ambos del Código Penal.

En particular, respecto a la primera causal se esgrime que el delito en cuestión trae aparejada una pena que va desde el simple delito al crimen, pero el Tribunal consideró que se trata de un simple delito y por lo mismo habría desconocido lo señalado por el artículo 94 inciso penúltimo del Código Penal², ya que para efectos de la prescripción se debe estar a la mayor, o sea, la de crimen. Respecto a la segunda causal, se alega que el Tribunal no consideró lo señalado en esa norma y el artículo 5° de la Ley N° 20.084 (Ley de Responsabilidad Penal

¹ En el fallo que se comenta a continuación, el acusado, al momento de los hechos, tenía menos de 18 años, por lo que le es aplicable la normativa para infractores de ley (Ley N° 20.084).

² Artículo 94, inciso penúltimo, Código Penal: “Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápite de este artículo; si no se impusieron penas privativas de libertad, se estará a la mayor”.

Adolescente)³, pues ambas normas se rigen por el principio de especialidad y son excepcionales con relación a las reglas generales, pero podrían aplicarse simultáneamente. Todo esto lleva a despreciar la razón teleológica de la Ley N° 20.207⁴, que tuvo por propósito recoger la situación de los NNA⁵ víctima de delitos sexuales, quienes no pueden denunciar los atentados a su indemnidad sexual por su edad, por lo que hacer prevalecer la situación del infractor menor de edad sobre la afectada menor de edad no tendría sustento.

En esta sentencia existe controversia respecto de si el plazo de prescripción transcurrió y, por lo mismo, si se encuentra extinta la responsabilidad penal del infractor de ley. En el fallo se llega a la conclusión de que los plazos de prescripción no transcurrieron por diversas razones que serán desarrolladas posteriormente y que, por esta misma razón, no servían de fundamento para la absolución.

En este comentario, me haré cargo en particular de la importancia de la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal y de cómo esto no es incompatible con el artículo 5° de la LRPA, ya que, a opinión personal, esta es la discusión más importante.

Respecto de este punto, quisiera hacer algunos alcances:

i. La Corte en sus considerandos noveno y décimo señala que habría un error evidente por parte del Tribunal al considerar los términos de la Ley N° 21.160⁶, en particular su artículo 5°, que dispone: “[d]e la responsabilidad penal adolescente. Las disposiciones de esta ley no tendrán aplicación respecto de los delitos perpetrados por adolescentes, sujetos a la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, ya que no estaría introduciendo cambios en los plazos de prescripción que se analizan en el caso concreto y que no toman en consideración su artículo transitorio, el cual dispone, a su vez: “[p]ara los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de esta ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal”. Por lo mismo, se deduce que la Corte daría aplicación a ese artículo y sus plazos no se encontrarían prescritos, ya que comenzarían a correr cuando la víctima cumpliera la mayoría de edad. A modo de comentario, me parece relevante lo razonado por la Corte, pero se hace cargo en términos

³ En adelante, LRPA.

⁴ Ley que incorpora a nuestra legislación el artículo 369 quáter del Código Penal y fue publicada el 31 de agosto de 2007, rigiendo los casos desde esa fecha en adelante.

⁵ Niños, niñas y adolescentes.

⁶ Ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad; fue publicada el 18 de julio de 2019, rigiendo los casos desde esa fecha en adelante.

generales, y no se explaya respecto a la norma y el conflicto existente entre ambas. Finalmente, la importancia de la publicación de esta ley para este caso puntual es que pone fin al conflicto no resuelto entre los artículos ya mencionados para los casos futuros.

ii. La Ley N° 20.207 incorporó a nuestra legislación penal el artículo 369 quáter, que señala que: “[e]n los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”. Lo anterior es sumamente importante, ya que constituye una modificación a las reglas generales de esta materia de artículos 94 y 95 del Código Penal, que señalan respectivamente los plazos de prescripción y desde cuándo empieza a correr su cómputo. Esta reforma constituye una ficción legal que implica que se suspende el plazo de prescripción en el caso de víctimas de delitos sexuales hasta que cumplan su mayoría de edad y recién ahí comenzarán a correr los plazos. Es importante señalar que no altera más que el cómputo de la prescripción. De esta forma, “la modificación no altera la institución de la prescripción, pues sólo introduce una cláusula relativa al momento a partir del cual comienza a contarse el plazo, esto es, modifica las reglas generales de cómputo de la prescripción, suspendiendo su inicio”⁷. En razón de lo anterior, es una norma especial y debe aplicarse con preferencia.

Ahora bien, si vamos a la historia de la ley, lo que se buscaba era establecer una medida de protección para los menores de edad víctima de este tipo de delitos. En una de las mociones parlamentarias se señaló que “frecuentemente el autor del abuso no es denunciado, pues las víctimas no han alcanzado aún su madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza. Por lo mismo, y/o por temor al agresor no informan de esta situación a sus padres o tutores y, recién al ser adultos, toman cabal conocimiento [de] que fueron sexualmente abusados”⁸. Por lo que esta ley permitió y buscó proteger el ejercicio de la acción penal de los NNA víctima cuando llegan a su mayoría de edad y se encuentran en condiciones de hacerlo.

Dicha disposición encuentra principalmente sus fundamentos en “a) que la falta de madurez del menor, le impida capturar el carácter sexual del acto del que es víctima; b) que el entorno del menor obstaculice la denuncia para evitar

⁷ Defensoría Penal Pública, *Prescripción de la acción penal respecto de la víctima de delitos sexuales, comentarios a la Ley 20.207*, Departamento de estudios de la Defensoría Nacional, N° 4 (2007), p. 9. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/11847-2.pdf>.

⁸ Boletín N° 3786-07. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Fecha 19 de enero del año 2005. Moción Parlamentaria en Sesión 43, Legislatura 352.

la victimización secundaria, la estigmatización o afectación de la honra del menor (o de su familia); o c) relativo al estado de indefensión del menor, cuando padres, familiares o cercanos impidan la denuncia ya sea a través de amenazas o aprovechándose del estado de dependencia de la víctima”⁹.

“Se dice que la violencia sexual y delitos sexuales contra los niños/a y adolescentes, son los crímenes más impunes. La vulnerabilidad mayor en los seres humanos es durante la niñez. Éste es un argumento que necesita acompañar cualquier debate sobre prescripción: la no consciencia de menores de edad en relación al crimen del abuso; su no discernimiento, su no consentimiento, los años que puede tomarle a niños/as y adolescentes, sólo darse cuenta de lo vivido [...]. Y no bastan los marcos legales especiales destinados a protegerlos si en la realidad sus derechos no son exigibles ni sus vulneraciones atendidas como necesitan serlo por su desarrollo humano incompleto. Parte de lo que necesitan, y es no prescindible, es respeto de su derecho al tiempo (más cuando éste ha sido secuestrado, robado por los abusos)”¹⁰.

Sumado a lo anterior, los delitos sexuales en general, pero en particular el de abuso sexual a menores de edad, ocurren con más frecuencia de lo que uno cree e imagina y de forma reiterada. A mayor abundamiento, generalmente la persona que comete estos delitos es parte del círculo de confianza de la víctima, en muchas ocasiones un familiar o alguien cercano a su familia, lo que genera mayor dificultad para su develación y posterior denuncia. Junto a lo anterior, cabe tener presente que, respecto a la dinámica del abuso, “las estrategias de sometimiento y silenciamiento –que siempre son violencia– y la confusión o temor frente al abusador, harán todavía más difícil que las víctimas hablen acerca de lo que viven. El abusador no sólo tiene el poder desde el cuidado (en diversos roles) y/o tuición legal, sino que además gradualmente adquiere dominio psicológico sobre su víctima”¹¹.

Por todas estas razones, estimo que debería aplicar con mayor razón el artículo 369 quáter para el caso en concreto.

iii. Existe un conflicto no resuelto respecto a la interpretación y aplicación de estas normas. La Corte no se explaya mucho, pero da cuenta de que habría

⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, 2ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2018), pp. 403.

¹⁰ JACKSON, VINKA, *Víctimas ASI: Derecho al tiempo y a la no prescripción*. (2016). Parte de la presentación realizada en el Congreso de Chile, ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, responsable de aprobar la idea de legislar por la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad. Disponible en: <https://www.vinkajackson.com/derecho-al-tiempo/#ftn3>.

¹¹ JACKSON, ob. cit.

que aplicar en el artículo 369 quáter del Código Penal solo a partir de la norma transitoria de la Ley N° 21.160.

Por otra parte, no hay que olvidar que en el artículo 1° inciso 2° de la LRPA se establece la supletoriedad del Código Penal y otras leyes especiales: “[e]n lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”. Esto es importante, ya que la regla contemplada en el artículo 369 quáter del Código Penal sería aplicable entonces a los casos de delitos sexuales cometidos contra un NNA y por infractores de ley, ya que “la legislación nacional constituye una clara opción del legislador a favor de la víctima al no distinguirse, al momento de su redacción, entre la mayoría o minoría de edad del agresor¹²”. Por lo que, los plazos de prescripción, independientemente de la edad del sujeto activo, comenzaran a correr una vez que la víctima cumpla la mayoría de edad, ya que buscan proteger la indemnidad sexual de los NNA víctima de delitos sexuales.

Adicionalmente, cabe hacer presente que la LRPA fue publicada el 7 de diciembre del año 2005 y la Ley N° 20.207, que incorpora el artículo 369 quáter del Código Penal, fue publicada el 31 de agosto del año 2007, o sea, con posterioridad, y el legislador no señala ni hace ninguna distinción en relación con el sujeto activo, por lo que quiso hacer aplicable dicho artículo a todos los delitos sexuales en que existe una víctima menor de edad, sin importar la edad del imputado.

Por otro lado, la Ley N° 21.160 fue publicada el 18 de julio del año 2019, siendo posterior a las normas en disputa, y se señala en su artículo transitorio que, para los hechos cometidos con anterioridad a esta, continúa vigente el artículo 369 quáter del Código Penal, sin hacer distinción nuevamente según la edad del imputado.

A mayor abundamiento, la Convención Internacional de los Derechos de los Niños consagra el interés superior del niño como valor fundamental, al cual debe otorgársele especial consideración al momento de aplicar medidas que involucren a niños, niñas y adolescentes, cualquiera sea su naturaleza, en miras a la protección de derechos y el bienestar social de los menores. Con lo anterior, cabe señalar que, según el principio interpretativo del interés superior del niño, “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. En este sentido, el conflicto normativo entre el artículo 369 quáter y la

¹² LOBOS VERGATA, Manola Ignacia, *La antinomia entre las leyes 20.207 y 20.084 sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en los delitos de abuso sexual infantil* (2019). Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago.

LRPA debiese ser resuelto en pos del interés superior del niño víctima del delito, conforme al deber del Estado de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en las normas internacionales ratificadas por Chile¹³.

Finalmente, a partir de lo antes expuesto, se cree que no sería incompatible su aplicación simultánea y así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago en rol N° 1397-2019¹⁴, Corte de Apelaciones de Concepción en rol N° 12-2018¹⁵ y Corte de Apelaciones de Valparaíso en rol N° 330-2012¹⁶, ya que se establece que cada norma regula cuestiones distintas. Por un lado, el artículo 5° de la LRPA determina el tiempo o plazo de prescripción de un delito en caso de ser cometido por un menor de edad, y el artículo 369 quáter del Código Penal establece desde qué fecha comienza a correr dicho plazo o a computarse el mismo. Por lo mismo, mientras las víctimas menores edad no cumplan 18 años, el plazo se encuentra suspendido y por lo mismo solo una vez que eso ocurra comienzan a correr los plazos señalados en la LRPA. De esta forma, se satisface tanto el derecho de la víctima como del infractor a través de los estatutos referidos.

Por estas consideraciones, se estima que la Corte habría razonado correctamente al señalar que no se podría utilizar como fundamento para la absolución la aplicación del artículo 5° de la LRPA, ya que no habría transcurrido el plazo, puesto que la víctima en los hechos seguiría siendo menor edad.

Finalmente, y solo para indicar de forma completa lo señalado por la Corte para estimar que el plazo de prescripción no habría transcurrido, quiero hacer presente que lo considero menos importante que el fundamento anterior, pero de igual forma me parece acertado lo que indica en caso de estimar que aplica solo el artículo 5° de la LRPA.

Estos argumentos son:

i. El delito por el que se acusó al imputado era el de abuso sexual a menor de catorce años, que conlleva una penalidad que se extiende desde el presidio menor en su grado máximo al presidio mayor en su grado mínimo, esto significa que se trata de un crimen y no un simple delito, ya que se debe estar al tramo superior para estos efectos;

ii. De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, el presidio mayor es una pena de crimen, de forma que al estar la pena en dos segmentos y de conformidad con el artículo 94 del Código Penal al ser una pena compuesta, se debe estar a la mayor, o sea, la de crimen;

¹³ Ídem.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de abril del 2019, rol N° 1397-2019.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 2 de febrero de 2018, rol N° 12-2018.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de mayo de 2012, rol N° 330-2012.

iii. El artículo 5° de la LRPA establece que la prescripción de la acción penal y de la pena será de cinco años en los crímenes y dos años en los simples delitos, por lo que en este caso no habría prescrito por haber ocurrido en el verano del 2016 y haber sido formalizado en el año 2019, ya que, de estarse a dicha norma, debiesen haber transcurrido más de cinco años al tratarse de un crimen, y no solo dos;

iv. Por otro lado, con relación a la discrepancia de la aplicación del artículo 21 y siguientes de la LRPA, respecto a que la pena asignada al delito se debiese rebajar en un grado a la señalada en el Código Penal, no habría desacuerdo, ya que la pena solicitada por el Ministerio Público guardaría armonía con la normativa señalada, considerando que en abstracto y en concreto corresponde a la pena del delito de abuso sexual a menor de catorce años y no por eso muta su calificación a un simple delito, sino que se estarían confundiendo los efectos que derivan de la aplicación de una pena en abstracto a una en concreto.