



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA NACIONAL**

MINUTA

“Prescripción de la acción penal respecto de la víctima de delitos sexuales, comentarios a la Ley 20.207”

N° 4/ 2007/ Noviembre

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

1. Introducción

Con fecha 03 de marzo de 2005, ingresa un proyecto de ley (boletín N° 3799-07) que modifica el art. 95 del CP en lo relativo a la suspensión y cómputo del plazo de prescripción para ciertos delitos. Éste correspondió a una moción de los diputados Gabriel Ascencio Mansilla, Francisco Bayo Veloso, Jorge Burgos Varela, Patricio Walker Prieto. Dicho proyecto se refundió posteriormente con el boletín 3786-07¹.

Esta minuta tiene por objetivo realizar un estudio acerca de las modificaciones que son introducidas por la ley 20.207 (“Establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computara desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad”) al CP y su efecto en el proceso penal.

Para el análisis de las modificaciones se han tenido en consideración los antecedentes histórico-legislativos de la reforma legislativa, la posición sistemática del nuevo texto así como su sentido político criminal y las posiciones doctrinarias existentes sobre la institución de la prescripción².

2. Historia fidedigna

De acuerdo al proyecto original, los menores de edad se encuentran en comparación a los mayores de 18 años en una situación de desprotección. Dado que los menores por regla general no pueden promover el ejercicio de la jurisdicción personalmente, ello significaría una consideración desigual con respecto al ejercicio de sus derechos.

Debido a lo anterior, según el legislador, se debe considerar que los delitos cometidos contra menores de edad constituyen una situación especial en relación a la prescripción.

La prescripción en materia penal, como se sabe, es una institución que regula la extinción de la responsabilidad una vez transcurrido cierto tiempo.

El legislador estima que tras esta institución se intenta proteger la seguridad jurídica. En el contexto del proceso penal, de lo que se trata es de garantizar la seguridad de que nadie puede verse expuesto durante toda su vida a la posibilidad de ser acusado de un delito.

Si bien aquel es un valor de alta jerarquía, para el legislador, el interés del menor, dada la situación de desprotección que ya mencionáramos, justifica su afectación.

Lo anterior, por que el menor de edad tratándose de los delitos sexuales se encuentra en una situación muy especial *“Cuando un niño es víctima de un atentado sexual, la decisión de someter a la justicia al culpable, generalmente va a ser de los adultos que se encuentran a su cargo, en su calidad de representantes legales. Estos adultos muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma*

¹ Proyecto cuyos autores fueron: Rodrigo Alvarez Zenteno, Francisco Bayo Veloso, Mario Bertolino Rendic, Roberto Delmastro Naso, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Arturo Longton Guerrero, Nicolás Monckeberg Díaz, Alfonso Vargas Lyng, Carlos Vilches Guzmán, presentado el 19 de enero del año 2005.

² En la elaboración del texto se han incorporado parcialmente las consultas realizadas por el DEP durante el año 2006.

*psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial. Más grave aún resulta la situación en que los propios padres son los agresores porque evidentemente se tratará de esconder los hechos quedando el menor en total indefensión”.*³

Para evitar esta desprotección, no es suficiente -de acuerdo al proyecto- que se haya establecido la obligación legal del órgano persecutor de actuar de oficio en caso de delitos contra menores de edad (artículo 53 CPP), es decir, no basta con establecer el carácter público de la acción penal respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Para ello, el proyecto consideró necesario modificar el art. 95 CP, esto es, la institución de la prescripción, garantizando así la posibilidad de que los menores puedan accionar personalmente una vez que hayan cumplido la mayoría de edad.

Esta modificación al art. 95 CP, establece una excepción a las reglas generales de la prescripción, suspendiéndola en el caso de víctimas de delitos sexuales hasta que cumplan la mayoría de edad, momento a partir del cual recién comenzarán a correr los respectivos plazos.

De acuerdo al proyecto original se agrega al art. 95 CP el siguiente inciso 2°:

El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.
En el caso de los delitos contemplado en los artículos 361 a 367ter, ambos inclusive, el término de la prescripción empezará a correr al momento que la víctima cumpla 18 años.

Con posterioridad en el 1° informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de fecha 15 de junio de 2005 se realza la importancia de la particular situación en que se encuentra la víctima menor de edad tratándose de los delitos sexuales, sobre todo por que muchos de estos delitos se cometen al interior de las relaciones familiares “...*en la mayoría de estos casos quienes abusan son integrantes del grupo familiar del menor y, por tanto, los mismos llamados a ejercer la acción en su representación, hacía apropiado que se mantuviera al menor el derecho a ejercer las correspondientes acciones una vez que alcanzara la plenitud de sus capacidades*”.⁴

Esta argumentación se centra en la protección del interés que el menor puede tener en el futuro, en exigir se determine la responsabilidad de la o las personas respecto de la cuales el menor fue víctima.

Durante este trámite constitucional se discutió, incidentalmente, acerca del interés que podría tener el imputado en la modificación que se proponía al CP.

A juicio del diputado Walker, con este proyecto además se salvaguardaría el interés del imputado “...*puesto que en el caso de hacerse a éste acusaciones relacionadas con abusos que habrían ocurrido años atrás, sin que ello se tradujera en una acción judicial, le imposibilitaba defenderse*”.⁵

³ Texto del proyecto original, primer trámite constitucional, 03-03-2005.

⁴ Texto del 1° informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, primer trámite constitucional, 15-06-2005.

⁵ Texto del 1° informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, primer trámite constitucional, 15-06-2005.

Sin embargo no queda claro que se quiso decir con esto, puesto que si las acusaciones no derivaron en una sentencia condenatoria firme, el estatus del imputado no se vio alterado, esto es, nunca dejó de considerarse como inocente.

El imputado no necesita de la tramitación de un juicio para demostrar su inocencia, es precisamente lo contrario, es el Estado quien, a través de los procedimientos formalizados, debe demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, para poder dictar una sentencia condenatoria.

Luego, no puede comprenderse qué interés podría tener una persona inocente, desde el punto de vista de la persecución penal del Estado en su contra, en el esclarecimiento de un hecho que a primera vista reviste caracteres de delito, ello sin perjuicio de la posibilidad que tiene para efectuar una auto-denuncia (art. 179 CPP).

Pareciera que en verdad su interés es el opuesto, esto es, que el aparato persecutorio detenga su actividad, pues esta representa un peligro de afectación para sus intereses⁶.

En conclusión, la extensión temporal de la posibilidad de un proceso penal en su contra no es garantía, ni garantiza mejor, el derecho a defensa que tiene el imputado, más bien todo lo contrario.

Probablemente el diputado Walker hacía referencia con la palabra “acusaciones” no a la acusación que el MP puede presentar en determinada etapa del proceso penal, sino acusaciones de tipo informal. Pero con ello la argumentación pierde sentido, en efecto, no puede fundamentarse la reforma de la institución de la prescripción, en el interés que tiene el imputado para acreditar su inocencia, en circunstancias que no se ha demostrado jurídicamente lo contrario.

En este 1ª informe la comisión acordó modificar el texto original, trasladando la modificación del art. 95 CP por la introducción de una disposición en el artículo 369 CP, que se refiere a las disposiciones comunes a todo delito de connotación sexual.

De esta manera el art. 369 CP quedó como sigue:

No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal.

Si la persona ofendida no pudiere libremente hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere representante legal, o si, teniéndolo, estuviere imposibilitado o implicado en el delito, podrá procederse de oficio por el Ministerio Público, que también estará facultado para deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona que tome conocimiento del hecho podrá denunciarlo.

Con todo, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal. ***En estos mismos casos, el plazo de la prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad al momento en que éste cumpla los 18 años. Si la víctima falleciere antes, el plazo se computará a partir de la fecha del fallecimiento.***

⁶ El sistema jurídico chileno toma en consideración el interés del imputado de manera suficiente, incorporar al imputado dentro de la reforma a la institución de la prescripción, equivaldría equiparar este interés particular al interés estatal en la existencia de su pretensión punitiva, lo que es absurdo. Incluso en la pugna entre los intereses particulares de la persona parece preceder el interés en la detención de la pretensión punitiva antes que su extensión, pues todo indica que aquél constituye uno de magnitud superior.

En la Discusión General del proyecto, de fecha 06 de julio del 2005, la argumentación del legislador no tuvo variación, el texto no fue modificado “...es muy importante permitir que la menor o el menor, cuando llega a tomar conciencia de este abuso, pueda denunciarlo... ¿Cuáles son los plazos de prescripción? Diez años, cuando estamos en presencia de un delito que tiene pena de crimen, por ejemplo, una violación; y cinco años, cuando estamos en presencia de un delito que tiene pena de simple delito, a saber, abuso sexual... Pero todos estos plazos se cuentan desde el momento en que el abusador cometió el delito, es decir, desde que el niño o la niña fue víctima del delito, después del cual precluyó, prescribió, y como decimos en buen chileno, “pasó la vieja” para ejercer y perseguir la responsabilidad penal del abusador. Y eso es muy grave, porque -insisto- los menores no siempre asumen que fueron víctimas de un delito y no tienen la oportunidad de ejercer la acción cuando llegan a la mayoría de edad... Por ello, este proyecto de ley permite que el plazo de prescripción de la acción penal empiece a correr desde que el menor alcanza la mayoría de edad, los 18 años”.⁷

En segundo trámite constitucional, con fecha 18 de abril del 2007, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en el 1º informe, tampoco modificó el proyecto.

En segundo trámite constitucional, con fecha 08 de junio del 2007, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento redacta un Nuevo informe, en el cual se modifica el proyecto original.

En esta modificación será fundamental la opinión de Juan Domingo Acosta Sánchez, abogado a quien se le encomienda un informe sobre los alcances de la disposición contenida en el proyecto “El letrado expresó, a continuación, que si la norma contenida en el proyecto tiene por finalidad dar protección al menor y permitirle ejercer sus derechos a denunciar o accionar penalmente cuando alcanza la mayoría de edad, parece razonable que el plazo de prescripción comience a contarse, sólo a favor del menor, desde que ese hecho acaezca. Por esta razón, no se justifica reglar, como hace el proyecto, que en el evento de que el menor muera la prescripción se contará desde la fecha del deceso, porque esto supone ampliar la protección a los herederos del menor, que comúnmente van a ser mayores de edad y han podido ejercer acciones como representantes de la víctima desde que se cometió el delito. Esta situación no está contenida en la idea matriz del proyecto, que apunta a la protección del menor que ha sido víctima de un delito, y no al establecimiento de un régimen especial de prescripción aplicable a otras personas distintas del menor”.⁸

La historia de la ley parece indicar que la argumentación de Acosta fue adoptada por el legislador en su totalidad, al menos en los aspectos más relevantes. Esto constituye un buen apoyo a favor de la tesis que aquí se sostiene, esto es, que sólo el menor víctima del delito puede ejercer la acción penal, una vez transcurrido el plazo de suspensión de la acción. Esto es coherente con la pretensión legislativa de restablecer la asimetría en la protección de los derechos del menor en comparación a los mayores de edad.

⁷ Texto de la Discusión General, primer trámite constitucional, 06-07-2005, en el mismo sentido pueden leerse las declaraciones vertidas durante la discusión por parte de los diputados Bertolino, Uriarte, Jarpa y Bayo, también lo manifestado por la diputada Soto.

⁸ Texto del Nuevo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, segundo trámite constitucional, 08-06-2007.

La participación de Acosta no sólo contribuyó a la mayor claridad y precisión de las razones que apoyaban la modificación de la institución de la prescripción. Acosta consideró que incluir la modificación en el art. 369 CP era insuficiente si lo que se perseguía era la efectiva protección de los menores “...*si pretende consagrar un régimen especial de contabilización de la prescripción en favor de los menores y respecto de los delitos que afecten su indemnidad sexual, no parece adecuado excluir del listado de ilícitos, tal como lo hace el proyecto, el que comete quien interviene en la producción de material pornográfico en cuya elaboración han participado menores de 18 años (artículo 366 quinquies del Código Penal); el que promueve o facilite la prostitución de menores (artículo 367 del Código Penal), el que promueve o facilita la entrada o salida de menores del país para que ejerzan la prostitución en territorio nacional o extranjero (artículo 367 bis del Código Penal) y el que, a cambio de dinero u otra prestación, obtiene servicios sexuales por parte de personas mayores de 14 pero menores de 18 años (artículo 367 ter del Código Penal)*”.⁹

De esta manera, el informe de Acosta, fue determinante no sólo en la delimitación del dominio de aplicación de la disposición, sino en el establecimiento de su posición sistemática.

De esta manera, se incorpora un nuevo art. 369 *quater* al CP que pasa a comprender los párrafos 5° (“De la violación”) y 6° (“Del estupro y otros delitos sexuales”) del CP:

En 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.

En la discusión General y Particular, de fecha 19 de junio del 2007, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento no modifica el proyecto, sólo se reafirman las razones por las que se considera necesario la introducción de una regla especial en materia de prescripción tratándose de delitos sexuales.

En este sentido es particularmente relevante lo expresado por el senador Espina “*La iniciativa en debate da oportunidad para que los hechos se investiguen mediante una regla objetiva. Esta consiste en que el plazo de prescripción -a diferencia de la norma general, que empieza a regir desde el momento en que se cometió el delito- contiene una norma excepcional, cual es que la acción penal para los efectos de la prescripción, en el caso del menor de edad que ha sido víctima del delito, corre desde el momento en que este cumple 18 años. Con ello se le deja la posibilidad de actuar por sí mismo sin tener que hacerlo a través de una tercera persona, a fin de ejercer de forma adecuada la acción y sancionar a quienes resulten responsables. Por eso la Comisión de Constitución -como dijo su Presidente- aprobó en forma unánime el proyecto. Y nos parece que constituye un aporte a la defensa de menores que muchas veces no tienen posibilidad de actuar ante la justicia cuando han sido víctimas de algún delito sexual*”¹⁰.

Finalmente durante el Tercer Trámite Constitucional, la Cámara de Origen en la Discusión Única del 5 de julio del 2007 aprueba las modificaciones que se hicieron al proyecto por parte del Senado durante el Segundo Trámite Constitucional.

⁹ Texto del Nuevo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, segundo trámite constitucional, 08-06-2007.

¹⁰ Texto de la Discusión General y Particular, segundo trámite constitucional, 19-06-2007.

Debe destacarse en este trámite la opinión del diputado Walter “Su objetivo es establecer una medida de protección en favor de los menores de edad que han sido víctimas de delitos de connotación sexual, para lo cual se dispone que el plazo de prescripción de la acción penal comenzará a correr en tales casos a partir de la fecha en que la víctima ha alcanzado la mayoría de edad, lo que le permitirá ejercer sus derechos procesales, denunciar o querellarse, a partir de ese momento y, por tanto, actuar por sí mismas en juicio, sin requerir -esto es lo importante- de la intermediación de un tercero que obre en su representación. Para efectos prácticos, la suspensión del plazo de prescripción implicará su extensión... Cuando un niño o una niña es víctima de un atentado sexual, la decisión de llevar al culpable a la justicia generalmente es de los adultos que están a su cargo en su calidad de representantes legales. Muchas veces esos adultos deciden no denunciar los delitos para evitar la estigmatización del niño o de la niña y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial. Más grave aún es la situación en que los propios padres son los agresores, porque, evidentemente, tratarán de esconder los hechos, quedando el menor en total indefensión... En consecuencia, parece del todo razonable que el plazo de prescripción empiece a contarse sólo a favor del menor, desde que llegue a la mayoría de edad. ¿Por qué se establece ese criterio? Porque muchas veces, debido a que los delitos sexuales se cometen al interior de la familia, en el círculo más cercano, por razones de protección a quienes la integran, o por la presión del resto, no se hacen las denuncias a tiempo ni se protege a los menores...”¹¹

En definitiva, el texto aprobado es el siguiente:

Artículo 369 quáter. En 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 años¹².

3. Aspectos penales

Desde el punto de vista del derecho penal sustancial, y, particularmente desde un ángulo dogmático, la modificación al CP no presenta mayores dificultades.

Su dominio de aplicación viene delimitado claramente. En efecto, sólo regula la prescripción de la acción penal respecto de los delitos previstos en los 2 párrafos anteriores al nuevo art. 369 quater del CP.

Respecto del dominio de aplicación, la afirmación de claridad precedente no es totalmente acertada. En efecto, si bien, desde un punto de vista temporal es evidente que los efectos de la ley 20.207 sólo se producen a futuro, es decir, solo regulan aquellos hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de publicación de la ley, se producen complejos problemas interpretativos que aquí sólo podemos advertir.

Especialmente importantes serán aquellos en que el sujeto activo del delito sexual sea un menor de edad. Como se sabe, tratándose de un menor de 18 años y mayor de 14 la regla general de la prescripción de la acción penal, de acuerdo al art. 5 de la ley 20.084,

¹¹ Texto de la Discusión Única, tercer trámite constitucional, 05-07-2007.

¹² Si se revisa la historia fidedigna puede verse que el texto es el mismo que fue modificado en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en el Nuevo informe.

es de 5 años cuando se trata de crímenes, de 2 años cuando se trata de simples delitos, y 6 meses en el caso de las faltas.

En atención a que la ley 20.084 es especial frente al CP, es posible considerar que en estos casos su especialidad precede a la disposición del art. 369 quater del CP, lo que haría inaplicable a la ley 20.207 en estos casos. Sin embargo, el análisis completo de una postura interpretativa que sostenga convincentemente una argumentación como esta, no será desarrollado en esta minuta, quedando pendiente para otra oportunidad.

Dejando los aspectos temporales de lado, la modificación introducida, significa concretamente que el plazo de prescripción se computa de manera diferente sólo respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5° (“De la violación”) y 6° (“Del estupro y otros delitos sexuales”) del Título VII Libro II CP “*Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*”, esto es, para los delitos comprendidos en los artículos 361¹³, 362¹⁴, 363¹⁵, 365¹⁶, 365 bis¹⁷, 366¹⁸, 366 bis¹⁹, 366 quater²⁰, 366 quinques²¹, 367²², 367 bis²³ y 367 ter²⁴.

¹³ Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

¹⁴ Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el Art. anterior.

¹⁵ Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

¹⁶ Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

¹⁷ Art. 365 bis.- Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1.- con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el Art. 361;

2.- con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y

3.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

¹⁸ Art. 366.- El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el Art. 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

¹⁹ Art. 366 bis.- El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

²⁰ Art. 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

La doctrina llama a la prescripción de la acción penal prescripción del delito, pero esto es incorrecto²⁵, puesto que lo que en realidad prescribe no es el delito en sí sino la facultad de promover el movimiento del aparato persecutorio (y jurisdiccional) del Estado para el esclarecimiento de un hecho que a primera vista reviste caracteres de delito.

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.

Estas reglas generales se encuentran reguladas en los artículos 95 y 96 del CP:

Art. 95. El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Art. 96. Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido.

De acuerdo a estas reglas, el término de prescripción de la acción para perseguir los delitos a que se refieren los párrafos 5° y 6°, es de 5 o 10 años, según constituyan crimen o simple delito. El cómputo de dicho período de tiempo debe iniciarse desde el día de la comisión del delito.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del Art. 361 o de las enumeradas en el Art. 363.

²¹ Art. 366 quinquies.- El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.

Para los efectos de este Art. y del Art. 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

²² Art. 367. El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

²³ Art. 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del Art. anterior en los siguientes casos:

- 1.- Si la víctima es menor de edad.
- 2.- Si se ejerce violencia o intimidación.
- 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
- 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
- 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.

²⁴ Artículo 367 ter. El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo.

²⁵ Así, ETCHEBERRY, ALFREDO, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica, año 2002, p.254.

La modificación legislativa introducida por la ley 20.027, altera el cómputo de este plazo, el que comienza contarse a partir del momento en que la víctima haya cumplido los 18 años. En definitiva, los términos de prescripción para delitos sexuales cometidos contra menores son los siguientes:

- a) tratándose de menores de edad que hayan sido víctima de delitos que tengan asignada pena de crimen, el plazo de 10 años empezará correr cuando cumplan 18 años; y,
- b) tratándose de menores de edad que hayan sido víctima de delitos que tengan asignada pena de simple delito, el plazo de 5 años empezará correr cuando cumplan 18 años.

4. Aspectos procesales

En este ámbito pareciera que la modificación sólo opera como efecto reflejo en lo que significa la suspensión del cómputo de la prescripción respecto de ciertos delitos, sin alterar sustancialmente las reglas de prescripción que se aplican en el proceso penal.

Para determinar si la afirmación anterior es correcta, es necesario analizar las reglas que al efecto se establecen en el CPP.

Respecto del procedimiento aplicable, la regla general tratándose de los delitos contemplados en los párrafos 5° y 6° del Título VII, es la acción penal pública previa instancia particular, así lo dispone el inciso 1° del artículo 369 del CP:

No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal.

El inciso 2° del art. 369 CP dispone que, en el caso de que el ofendido por el delito no pueda hacer por sí mismo la denuncia y carezca de representante legal o éste estuviera imposibilitado de denunciar o implicado en el delito, el MP podrá actuar de oficio y la denuncia podrá hacerla cualquier persona que tome conocimiento del hecho.

El inciso 3° dispone a su vez que si la víctima de los delitos indicados es un menor de edad, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 del CPP, norma que, en lo que atañe al caso, concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

Si bien podría entenderse que ciertos delitos quedan fuera de esta regulación (367, 367 bis, 367 ter), ello constituye un error. Estos artículos fueron incorporados por la ley 19.927 del año 2004, mientras que el actual artículo 369 fue producto de una modificación por la ley 19.874 del año 2003.

La ley 19.874 no consideró estos delitos simplemente por que a la fecha de su publicación estos no existían, lo que conduce a estimar que estos también quedan comprendidos por el art. 369 CP.

Luego, el procedimiento aplicable es por regla general el que corresponde a los delitos de acción penal pública, cuando son cometidos contra menores son de acción penal pública previa instancia particular.

De este modo, en todos estos casos el MP está facultado para ejercer la acción penal de oficio, sin necesidad de que exista una denuncia.

Pero, ¿qué ocurre una vez transcurrido el plazo de prescripción?. Si se considera que el MP está facultado para ejercer de oficio la acción penal en estos casos, entonces podría entenderse que respecto de él el cómputo también debe suspenderse.

De acuerdo al art. 369 CP, no hay duda que por regla general el MP es uno de los titulares de la acción penal. Coherente con ello, la modificación le concedería acción para perseguir la responsabilidad penal una vez prescrita, puesto que a su respecto habría operado la suspensión del cómputo de prescripción. Sin embargo, consideramos que ello no se condice con los objetivos e intenciones del legislador, ni con la extensión de las propiedades semánticas del precepto en cuestión.

Respecto de lo primero, es claro que la preocupación del legislador es que los menores no puedan ejercer sus derechos una vez que sean mayores de edad. Precisamente va en interés del menor (en interés del ejercicio de su autonomía) que sólo a él se le haya concedido acción.

Una vez que sea mayor de edad puede decidir libremente si ejercer o no la acción, puede decidir perfectamente no ejercerla ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico el deber, para la víctima, de ejercicio de la acción. Estimar que el MP puede ejercer la acción haría superfluo el interés del menor, y, por ello, su decisión autónoma.

Respecto de lo segundo, en la medida que la fórmula lingüística de la disposición se refiere exclusivamente al menor, la norma permite la siguiente reformulación: *sólo se suspende el plazo de prescripción a favor del menor que haya sido víctima y hasta que cumpla 18 años.*

Lo anterior tiene todo sentido si lo que se pretende es equiparar la situación del menor que es víctima a la situación de la víctima mayor de edad, que puede actuar por sí misma, es decir, sin representante legal. La preocupación del legislador en este sentido queda evidentemente plasmada en la historia fidedigna.

Esta tesis puede fundarse recurriendo al significado que tuvo la exclusión de la disposición que facultaba a los herederos del menor a ejercer la acción. En efecto, si lo que se pretende es reguardar la posibilidad que el menor ejerza sus derechos cuando alcance la mayoría de edad, no tiene sentido establecer una disposición que faculte a sus herederos a demandar cuando el sujeto fallezca *“...tal como ha puesto de relieve el abogado señor Acosta, la idea central del proyecto es proteger a los menores en su indemnidad sexual y no a otros sujetos de la acción penal. Por tanto, no tiene sentido aplicar la regla especial de suspensión de la prescripción una vez que el menor ha fallecido, porque, en ese caso, el titular de la acción (el heredero del menor) es generalmente una persona mayor de edad y, en razón de la idea matriz de la iniciativa, ellos no requieren ser protegidos por el régimen especial que se establece”*.²⁶

²⁶ Texto del Nuevo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, segundo trámite constitucional, 08-06-2007.

Así mismo el diputado Uriarte *“La segunda alternativa apunta a que el plazo de prescripción se iniciará a partir del fallecimiento de la víctima, sólo en el caso de que no haya llegado a la mayoría de edad al momento del deceso. Al respecto, hay voces que señalan que no es positivo plantear la suspensión de la prescripción en este caso, debido a que el proyecto tiene por objeto beneficiar a la víctima. El que la prescripción opere desde el fallecimiento de ella implica que se extiende el plazo para realizar la denuncia para quienes estaban a cargo del menor abusado sexualmente -padres, representantes legales o tutores-, lo que no es coherente con otras normas que se han aprobado sobre esta materia y que apuntan a fomentar la investigación de estos casos. En este sentido, la opción de denunciar después del deceso de la víctima puede producir efectos negativos, como la posibilidad de que se denuncien situaciones falsas y difíciles de comprobar, al no contarse con el testimonio del menor presuntamente abusado, o bien que se genere un incentivo perverso para que los padres, representantes legales o tutores del menor no las denuncien, porque tienen la percepción errada de que así le evitarán al menor enfrentar un proceso que, a su parecer, puede ser traumático.”*²⁷.

Lo anterior constituye un argumento adicional a la tesis que aquí se sostiene, si para considerar a otro sujeto como beneficiario de la institución de la prescripción se estimó necesario incluirlo expresamente, entonces para considerar al MP incluido en la disposición debió habérselo mencionado también de la misma forma. Para estos efectos, es irrelevante que la iniciativa no prosperara, puesto que de lo que se trata es de determinar el significado de la inclusión de otras personas en el círculo de titulares de la acción.

En el mismo sentido el diputado Bertolino *“Sin embargo, hoy les estamos posibilitando que cuando cumplan su mayoría de edad y puedan actuar por sí y ante sí en los tribunales de justicia, ante el Ministerio Público o la policía, denuncien los hechos ilícitos y aclaren ese pasado de gran sufrimiento... El hecho de que el plazo de la prescripción penal corra desde que el menor cumple la mayoría de edad o desde que fallece la víctima, otorga el tiempo suficiente para investigar, detener y sancionar a quienes cometan estos delitos.”*²⁸

La opinión del diputado Bertolino además deja en evidencia 2 objetivos fundamentales de la reforma. En efecto, el otorgar al menor la posibilidad de activar el sistema penal: vuelve simétricas las facultades de los mayores en relación a los menores desde el punto de vista de su capacidad; vuelve visible muchos casos de delitos sexuales cometidos contra menores mejorando, a futuro, la posibilidad de prevención de los delitos.

La restricción de la titularidad de la acción refleja, en alguna medida, los problemas prácticos que se presentarían de no existir el consentimiento de la víctima en la persecución del delito. En efecto, tratándose de delitos sexuales, sin la ayuda de la víctima es muy difícil lograr que una acusación sea exitosa, sobre todo en aquellos casos en que no hay más testigos.

Pero incluso concediéndose que el MP puede beneficiarse de la suspensión, hay otras razones prácticas que apuntan a que ello sería irrelevante. Si la víctima se rehúsa a colaborar o participar en la investigación o en el juicio (o simplemente ya no está presente), será muy difícil lograr una “causa probable” como estándar para la propia

²⁷ Texto de la Discusión General, primer trámite constitucional, 06-07-2005.

²⁸ Texto de la Discusión Única, tercer trámite constitucional, 05-07-2007.

actuación del órgano persecutor, más difícil aún será lograr el estándar mínimo para que el tribunal alcance la convicción de condena. En estas condiciones, es muy poco probable que el MP quiera ir a juicio²⁹.

Aceptada la plausibilidad del argumento anterior, se produce otro problema ¿la denuncia puede contar cómo ejercicio de la acción?, pues si se estima que el ejercicio de la acción no comprende la realización de la denuncia, entonces, a la víctima se le dificultaría considerablemente su pretensión de esclarecimiento del hecho, lo que no creemos que sea correcto.

Para responder a esta interrogante hay 3 órdenes de consideraciones que deben ser analizadas: (a) si la denuncia puede contar como ejercicio de la acción en este contexto; (b) precisión de los fundamentos de la prescripción; y, (c) que tipo de procedimiento es aplicable.

a) La acción penal pública se dirige a activar el sistema de persecución penal y el aparato jurisdiccional, con el objeto de establecer la responsabilidad penal de una persona que a primera vista ha cometido un delito. Su naturaleza se vincula con el tipo de interés que se protege. Este interés es público, la acción va en interés de toda la sociedad, por ello es irrelevante para la activación del aparato persecutor la renuncia de la víctima (o de aquellos que pueden ser considerados como tales de acuerdo a las reglas del CPP).

La doctrina entiende que la denuncia no constituye ejercicio de la acción penal. Sólo constituye ejercicio de la acción penal la acusación³⁰ y la querrela, sin embargo, en este contexto este criterio resulta insuficiente.

Entre otras razones por que es inconsistente con la historia de la ley. Si el legislador quería equiparar la situación de la víctima menor de edad con aquella que es mayor, sería incoherente entender que el legislador también pretendía colocar trabas para el ejercicio de la acción, volviendo otra vez asimétricas las diferencias en la capacidad que era lo que quería igualar.

El punto de vista del derecho constitucional avala esta conclusión, en la medida que se considere el derecho a la acción como un elemento necesario para la existencia de un debido proceso³¹, en conjunción con la prohibición de la autotutela, podría vulnerarse el acceso igualitario a la justicia que debe garantizar el Estado.

Dada la estructura del procedimiento por acción penal privada, no se puede negar que sólo aquellos que tienen cierta magnitud de recursos pueden llevar adelante exitosamente este procedimiento. Es decir, dado que no existe la obligación estatal de prestar asistencia jurídica a la víctima (en el sentido que no existe un órgano institucional encargado de representar a la víctima en el proceso penal, el MP representa un interés

²⁹ Incluso en el caso que la víctima esté presente y quiera colaborar, es dudosa la posibilidad de recordar con exactitud hechos que ocurrieron hace mucho tiempo. Sobre los argumentos a favor y en contra de la posibilidad de recuperar acertadamente recuerdos reprimidos por el subconsciente, Cfr. REISNER, ANDREW D, *Repressed memories: True and false*, The Psychological Record; Fall 1996; 46; 4; Research Library Core, pg. 563-579.

³⁰ ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, Editorial del Puerto, año 2003, pp. 86 y ss.; PERAZZO GAGLIARDO, PIERINO, *La acción en el nuevo proceso penal*, en "Revista de Derecho Procesal", n° 20, Editorial Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, año 2005, pp. 261 y ss.

³¹ PERAZZO GAGLIARDO, PIERINO, ob. cit., p. 257.

público), el legislador habría establecido una disposición que no puede ser aplicada a todos por igual. El criterio para distinguir sería un criterio no permitido, simplemente “la escasez de recursos”.

Además existen razones preventivas, como lo dijo el diputado Walker “...*Si los hechos no se denuncian, el Estado se ve privado de cumplir con su finalidad esencial de otorgar protección a los miembros de la sociedad, especialmente a los más desvalidos, en este caso, a los niños y niñas; el Ministerio Público y las policías se ven impedidos de investigar hechos graves, antijurídicos, que lesionan a nuestros niños y los tribunales no pueden conocer estos hechos, es decir, fallar y aplicar sanciones, como debería ocurrir en la práctica. En fin, no se logra cumplir con funciones constitucionales ni con la ley, ni aplicar sanciones penales que corresponden a quienes cometen delitos contra menores, los que muchas veces no tienen posibilidades de ser representados en los tribunales de justicia, pues quienes deberían ser sus protectores son los victimarios o protegen a éstos y no a las víctimas.*”³².

b) Con respecto a los fundamentos de la prescripción, en términos generales, la doctrina nacional y comparada se hace cargo de los fundamentos vinculados a la prescripción de la pena y de la acción penal, distinguiendo a grandes rasgos entre prescripción de la persecución penal y prescripción de la ejecución de la pena, o lo que es lo mismo, prescripción de la acción penal y prescripción de la pena³³. Sin embargo, a pesar de esta distinción la doctrina considera que el fundamento de ambas instituciones es el mismo³⁴.

Estiman, así mismo, que la prescripción tiene fundamentos tanto de índole material como procesal. El fundamento *material* consistiría en la ausencia de necesidad de pena; el *procesal* en la dificultad de probar hechos transcurrido cierto tiempo y en el aumento de la posibilidad de error en los fallos. Existe acuerdo también que ambos fundamentos tienen aplicación para la *prescripción de la acción penal*.

El fundamento básico de la *prescripción de la acción penal*, entonces, radica en la falta de necesidad de pena una vez transcurrido cierto lapso de tiempo³⁵.

Si no se ejerce la acción penal durante cierto periodo de tiempo, “...*entonces la pena pierde su relación con el hecho.*”³⁶, los fines preventivos generales y especiales que se le atribuyen a la pena pierden sentido “*Ciertamente por el simple transcurso del tiempo no puede considerarse un hecho como no sucedido; pero el derecho penal no tendrá ya, por lo general, motivo para intervenir. El transcurso del tiempo extingue la necesidad*

³² Texto de la Discusión Única, tercer trámite constitucional, 05-07-2007.

³³ Así JOSÉ LUIS, DÁLBORA GUZMÁN, *Artículos 95 a 105*, En “Texto y comentario del Código Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, p. 460; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, Editorial B de F, año 2005, p. 751; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado de derecho penal Parte general*, Editorial Comares, año 2002, pp. 982 y ss.

³⁴ Así GARRIDO MONTT, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, t. I, p. 374; JOSÉ LUIS, DÁLBORA GUZMÁN, *ob. cit. loc. cit.*; YUSEFF SOTOMAYOR, GONZALO, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p. 70; CURY, ENRIQUE, *Derecho penal Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, pp. 798 y ss.; MATUS / POLITOFF / RAMÍREZ: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 578; para una clasificación de los diversos fundamentos de la prescripción, CRF. REY GONZÁLEZ, CARLOS, *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Editorial Marcial Pons, año 1999, pp. 43-67.

³⁵ MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Ariel, 1962, t. II, p. 624 ss; WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 310; MIR PUIG, *op. cit., loc. cit.* En Chile, los autores ya reseñados precedentemente, coinciden con la doctrina comparada, como ya se vio.

³⁶ JESCHECK-WEIGEND, *op. cit.*, p. 989.

expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal; de ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de “relativa” o “psicológica” realización del Derecho. Asimismo, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, pueden desaparecer o perder su sentido: quien es juzgado por un acto distante y olvidado, no sentirá la aplicación del nudum jus como intimidación, sino como exasperación.”³⁷.

Así mismo en la doctrina nacional, CURY sostiene que el fundamento de la prescripción radica en consideraciones utilitarias de índole material, referidas principalmente a la falta de necesidad de pena. De acuerdo al autor “...luego de transcurrido un período de tiempo más o menos prolongado la exigencia de retribución fundada en la culpabilidad por el injusto y la necesidad de imponer o ejecutar la pena para servir a la prevención general se atenúa casi completamente. A causa de esto mismo, la necesidad social de castigar se reduce hasta ser inferior a la también apremiante necesidad social de preservar la paz social mediante la consolidación de la situación jurídica”³⁸.

La serie de fundamentos a favor de la prescripción puede resumirse, siguiendo a Jeschek, de la siguiente manera:

Cuanto más tiempo ha transcurrido desde la comisión de un delito menor es su efecto perturbador de la paz social: las consecuencias del hecho desaparecen, sus circunstancias caen en el olvido y el autor encuentra el camino de vuelta hacia la comunidad jurídica. De ahí que, a no ser que a causa de la especial gravedad del hecho, tal y como sucede con el asesinato... y el genocidio... el sentimiento de justicia exija todavía muchos años después la aclaración de la autoría y el castigo del culpable, pueda renunciarse a la persecución penal de delito perpetrados mucho tiempo atrás; ésta ya no es necesaria para el restablecimiento de la paz jurídica e incluso puede, bajo ciertas circunstancias, ser más perjudicial que beneficiosa.³⁹

Hasta este punto es evidente que los autores se centran en la necesidad de pena como fundamento de la prescripción, más problemático, sin embargo, es lo relativo al merecimiento de pena.

Respecto de ello puede decirse que el merecimiento de pena no se ve alterado por el transcurso del tiempo. En efecto, en la medida que se considere que el juicio de culpabilidad es retrospectivo, no hay razones para pensar que el paso del tiempo hace disminuir o desaparecer esta categoría, ello además haría irrisorio el efecto suspensivo de la prescripción.

c) La prescripción de la acción penal, fundamentada en la falta de necesidad de pena, salvaguarda la seguridad jurídica. Una forma ilustrativa de considerar que es la seguridad jurídica y no otro valor el que se protege a través de la prescripción, es considerar la diferencia en el derecho anglosajón entre la “*doctrine of laches*”⁴⁰ y “*doctrine of statute of limitations*”. Ambas se refieren a lo mismo, a la determinación del momento en que la demanda no debe admitirse por haber transcurrido cierto lapso de tiempo.

El *statute of limitations* es asimilable en Chile a la institución de la prescripción, en ella el juez resuelve conforme a reglas. En la *doctrine of laches* los jueces deciden si admitir o

³⁷ MAURACH, *op. cit.*, p. 624.

³⁸ CURY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹ JESCHECK-WEIGEND, *op. cit.*, p. 982.

⁴⁰ HERIOT, GAIL L., *A study in the choice of form: Statutes of limitation and the doctrine of laches*, Brigham Young University Law Review, 1992, Vol. 1992, Iss. 4, p. 917 (53 pgs.).

no la demanda conforme a estándares, esto es, deja de ser criterio prioritario para determinar la admisibilidad el transcurso del plazo. El demandante puede demandar más allá del plazo cuando por ejemplo no pudo hacerlo por que en ese momento le fue imposible debido a una enfermedad, lo decisivo es si la demora fue o no indebida.

Lo relevante de la diferenciación de estas dos doctrinas es el valor al que sirven, la *doctrine of laches* sirve a la equidad, el *statute of limitations* a la seguridad jurídica.

Si el valor que protege la prescripción fuera la equidad, entonces sería en principio legítimo que en ciertos casos la prescripción no surtiera efectos. Sin embargo, ello contravendría nuestra tradición jurisprudencial y pondría en duda la exigencia de la vinculación del juez a la ley, lo que en un modelo continental como el nuestro es difícil, por no decir imposible, de sostener.

El apego del juez a la ley en esta materia, exige que más allá del plazo de prescripción no pueda pretenderse la vigencia la actividad persecutoria. Ello pone manifiesto que el valor subyacente no es otro que la seguridad jurídica.

La protección de este valor es especialmente acuciante en el contexto del proceso penal, particularmente en relación a la prueba.

En efecto, la demostración con precisión del acaecimiento de los hechos y sus circunstancias relevantes cuando han transcurrido muchos años generan problemas difíciles de superar, sobre todo cuando se trata de delitos sexuales.

De esta manera, como dijéramos, se trata de garantizar la seguridad de que nadie puede verse expuesto durante toda su vida a la posibilidad de ser acusado de un delito, lo que incluye la posibilidad de protección frente al peligro que representan las acusaciones difíciles de probar, y de otro lado, un fortalecimiento indirecto del derecho de defensa, dado que transcurridos muchos años el posible imputado puede perder pruebas relevantes sin que ello pueda ser imputado a un actuar negligente.

Es por ello que una vez transcurrido cierto espacio de tiempo dejan de existir las razones que justifican el ejercicio del *ius puniendi* estatal, superponiéndose como bien a preservar la seguridad de las relaciones jurídicas⁴¹.

Lo anterior reafirma el argumento que justifica la exclusión del MP del círculo de posibles beneficiados por la suspensión de la prescripción. Si el MP es quien tiene el predominio del ejercicio de la acción penal, lo que es indudable dado los casos cubiertos por la modificación (y evidente, pues se trata de la acción penal pública), y ya no existen las razones suficientes para mantener vigente la pretensión de esclarecimiento del hecho, entonces ya no es posible considerar que el MP puede seguir persiguiendo la responsabilidad penal más allá del plazo que el Estado ha establecido como límite (art. 95 CP).

⁴¹ De esta manera, la modificación legislativa constituiría una excepción al principio de seguridad jurídica. La justificación para esta excepción, que aparentemente se explica por la necesidad de equiparar la situación en que se encuentra el menor de edad que es víctima en relación al mayor de edad, a nuestro juicio se puede reconducir, en lo esencial, a lograr una protección más amplia de su autonomía. En todo caso, no puede descartarse que esta ampliación también obedezca a razones preventivas

Esto podría hacer pensar la vuelta hacia la acción penal privada, sin embargo, entender que el procedimiento aplicable es el procedimiento ordinario no implica inconsistencia alguna.

El ejercicio de la acción penal si bien a primera vista ya no puede considerarse fundamentada en un interés público, puesto que sólo la víctima es el titular, el ejercicio de la acción en este caso si cuenta como ejercicio basado en este interés público.

Ello por que la acción no ha cambiado su estatus (no puede considerarse acción penal privada) y por que se necesitaría de un acto institucional para modificar el procedimiento aplicable.

En la medida que se consideren correctas ambas razones, es posible afirmar que el ejercicio de la acción cuenta como ejercicio fundamentado en este interés público, si bien, ya no con la misma fortaleza que antes, dado, como dijimos, la ausencia (o al menos disminución) de necesidad de pena.

Esto se refleja exactamente en la recepción institucional del procedimiento aplicable. En efecto, si el MP sólo puede activarse a través de la denuncia realizada por la víctima, que recordemos, ahora es mayor de edad, el procedimiento aplicable vuelve a ser la regla general, esto es, el procedimiento por acción penal pública previa instancia particular.

Lo anterior permite explicar por qué el MP puede re-activarse más allá del plazo de prescripción establecido en función de la necesidad de pena. Su actividad como órgano persecutor, está supeditado siempre (en estos casos) a que la víctima consienta en dicha actividad, lo que es inherente a la realización de la denuncia.

En conclusión, para nosotros debe entenderse que el procedimiento aplicable es el procedimiento ordinario por acción penal pública previa instancia particular.

Por último, la exclusión del MP del círculo de titulares de la acción penal, puede considerarse como parte de una política criminal que acepta que una vez transcurrido cierto lapso de tiempo las razones para no dar inicio a la persecución penal (de oficio por el MP) son más fuertes que las razones para iniciarla.

Las consideraciones serían de tipo victimológicas, a través del respeto de la autonomía de la víctima se intentaría resguardar la posibilidad de una doble victimización, salvo que sea la propia víctima la que decida dar inicio a la persecución.

La argumentación que se ha venido sosteniendo es una tesis alternativa a una forma "tradicional" de comprender el problema. En este sentido, si bien poco plausible, se puede sostener que la suspensión de la prescripción de la acción penal también opera en favor del MP. Sin embargo, creemos haber ofrecido convincentemente razones suficientes para considerar que la interpretación "tradicional" debe excluirse, esto es, que la prescripción de la acción sólo se suspende a favor de la víctima del delito.