

COMPLICIDAD DE LOS PADRES EN DELITOS SEXUALES CONTRA SUS HIJOS

DESCRIPCIÓN BOLETÍN 10889-07


REFERENCIA	Impone sanción a los padres que habiendo tomado conocimiento de los delitos sexuales sufridos por sus hijos omiten denunciar el hecho a la autoridad respectiva
INICIATIVA	Moción del diputado Sr. Kast (Felipe)
ORIGEN	Cámara de Diputados
COMISIÓN	De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
INGRESO	7 de Septiembre de 2016
ARTICULADO	Artículo único, que agrega un inciso al artículo 369 del Código Penal

OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD


El proyecto de ley reconoce que los padres tienen una especial posición respecto de sus hijos, y que conforme a ella están obligados a evitar las secuelas que un acto prematuro de significación sexual les pueda causar. No es menos cierto que muchos de estos casos tienen particularidades que hacen difícil, incluso al juez, ponderar en sus circunstancias particulares.

Sin embargo y aun cuando en los delitos cometidos contra menores hay acción penal pública, no se puede dejar de destacar que los padres tienen un especial deber de custodia para con sus hijos. Ello obliga a considerar si, en algún caso de menor gravedad, la denuncia obligatoria podría afectar al menor en mayor medida que una tramitación judicial. No obstante, se trata de una materia de difícil solución, en la que la ley, como norma abstracta, no está en condiciones de prever todas las situaciones posibles y sus consecuencias.

Se extraña en el proyecto alguna mención a la situación en la que se encuentran los demás familiares que residan en el hogar del menor o que puedan tener noticias de los abusos sufridos por este. Tampoco se sabe en qué plazo los padres deberían denunciar para no incurrir en sanción penal.

Como proposición alternativa parece más adecuado situar a los padres dentro de las hipótesis de denuncia obligatoria, que comprende a funcionarios públicos, antes que incluirlos en la norma general sobre denuncia “facultativa”, pero amenazados con una sanción penal si no la hacen 

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Se sanciona con la pena asignada a los delitos de violación, estupro o abuso sexual, disminuidas en un grado, según la pena que corresponda a cada delito, a los padres o madres, que teniendo conocimiento o no pudiendo desconocer, los delitos sexuales cometidos contra sus hijos, no realizan la denuncia ante el Ministerio Público o una autoridad policial 

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO

El proyecto de ley apunta a la posición de garantes que tienen los padres respecto de sus hijos; posición que se funda en el deber moral y jurídico de propender a su pleno desarrollo. Sin embargo, en la realidad a veces sucede que padres o madres al tomar conocimiento de los abusos sufrido por sus hijos no los denuncian a las autoridades. Esta moción tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los padres en el cuidado y bienestar de sus hijos, en los casos en que éstos sufren un atentado sexual que ordinariamente trastorna su desarrollo.

Los aspectos conceptuales más relacionados con el proyecto son los que se comentan a continuación:

1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Dado que los sujetos que se busca proteger son menores de edad, cabe aclarar que los bienes jurídicos protegidos son:

- 1) La indemnidad e intangibilidad sexual: Que busca proteger la sexualidad del menor, de forma tal que en su etapa adulta pueda ejercerla de manera responsable.

- 2) La integridad sexual: que protege a las personas que teniendo el desarrollo suficiente, pueden elegir (consentir) con quien tener intimidad, y del mismo modo no ser forzadas a realizar actos de significación sexual no consentidos.

2. LOS PADRES

Los padres tienen el deber de cuidar y velar por el adecuado desarrollo de sus hijos. Ahora bien, en materia estrictamente jurídica, la doctrina ha entendido que los deberes de los padres para con sus hijos son, al menos en materia civil (que irradia todas las ramas del derecho), principalmente tres: el criar, corregir y educar¹. Es indudable que los padres se encuentran respecto de sus hijos en una posición especial, toda vez que son ellos en virtud de los vínculos afectivos, familiares y jurídicos, los principales llamados a proteger el bienestar de sus hijos, deber que violan en caso de no denunciar cuando han sido violentados por una agresión sexual.

¹ Artículo 222 del Código Civil. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

3. ¿QUÉ PASA CON LOS ASCENDIENTES Y HERMANOS DE LA VICTIMA?

Si bien es indiscutible la responsabilidad que les cabe a los padres en esta materia puede también preguntarse si el parentesco de ascendientes o hermanos mayores de edad acarrea alguna obligación cuando, teniendo noticia del abuso, no hacen lo necesario para que el sistema sancione al culpable. Aun cuando la responsabilidad que les pueda caber a éstos puede ser discutible, el proyecto podría hacer alguna mención a este punto imponiéndole alguna responsabilidad.

4. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

De conformidad con el artículo 1° del Código Penal los delitos pueden clasificarse en delitos de acción o de omisión. Los primeros (de acción) se configuran cuando el actuar de un sujeto produce un cambio en el mundo exterior, quebrantando una norma penal.

En tanto que los de omisión se clasifican en delitos de omisión propia e impropia. Los primeros se cometen “cuando no se da la realización del acto esperado y legalmente exigible”². Así por ejemplo, el artículo 494 N° 14 del Código sanciona a quien no socorriere al que se encuentre en un despoblado en peligro de perecer, sin sufrir detrimento en su propia persona, esto es, pudiendo socorrerlo sin daño de sí mismo. Hay omisión impropia cuando el precepto violado es prohibitivo, pero el resultado se obtiene a través de una omisión, estando el agente obligado a actuar, sea por mandato de la ley, en virtud de una obligación contraída por el mismo o porque el peligro nace de su actividad voluntaria (Ej. El caso de la madre que da muerte a su hijo por no suministrarle alimentos).

En consecuencia la diferencia esencial entre ambas figuras reside en el objeto de la imputación, ya que en los delitos de omisión propia la no realización de la conducta exigible es el objeto de la imputación, mientras que en los de omisión impropia se sanciona el resultado prohibido, pasando a ser la omisión el medio a través del cual se verifica el resultado sancionado.

Es por ello que en los primeros se sanciona la no realización de la conducta exigida, mientras que en los segundos se exige además un resultado determinado³.

2 Gustavo Labatut (Derecho Penal, Tomo I, N° 110).

3 Pablo Gómez Toledo, El delito de omisión impropia, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, pg. 80.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN⁴

Estos términos –en resumen- se refieren a la vinculación de los sujetos con un determinado delito. Normalmente se distinguen tres categorías en cuanto a la relación de los sujetos con un hecho delictivo:

- 1) **El Autores:** Aun cuando hay diversas teorías para determinar quien es autor de un delito, generalmente se acepta que son autores todos aquellos que toman la decisión de cometer un delito y controlan su ejecución. Son los que tienen el control sobre el final del suceso.

- 2) **Cómplices:** Son aquellos que sin tener dominio del hecho cooperan a la ejecución del mismo por actos anteriores o simultáneos.

- 3) **Encubridores:** Se entiende que son encubridores aquellos que teniendo conocimiento de la perpetración de un delito, o de los actos ejecutados para cometerlo, sin tener la calidad de autor o cómplice intervienen con posterioridad de alguna de las maneras que señala el Código como por ejemplo, proteger, ocultar o proporcionar la fuga al culpable.

Dada la formulación del proyecto de ley, los padres entrarían en la categoría de encubridores, ya que están dejando en la impunidad a un agresor sexual, más aun, considerando que la mayoría de los abusos sexuales contra menores se producen en un marco intrafamiliar, se facilita la reiteración de los abusos.

Sin embargo, el proyecto asume una postura compleja, ya que los encubridores, independiente de su posición, son sujetos residuales respecto del autor o del cómplice, existiendo objeciones por parte de la doctrina a que lleven sanciones iguales o mayores que un cómplice.

⁴ Materia regulada en artículos 14 a 17 del código Penal

Art. 14. Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1°. Los autores.
- 2°. Los cómplices.
- 3°. Los encubridores.

Art. 15. Se consideran autores:

- 1°. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.
- 2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.
- 3°. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Art. 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Art. 17. Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

- 1°. Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.
- 2°. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.
- 3°. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.

- 4°. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de su conviviente civil, o de sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, con la sola excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo.

6. LOS PADRES:

¿CÓMPICES O ENCUBRIDORES?

Conforme a lo expuesto en el punto anterior no queda del todo claro la calidad que la moción

les atribuye a los padres, ya que los sanciona con la pena correspondiente a los cómplices (con rebaja de un grado respecto del delito consumado por el autor). Sin embargo, dada la forma como se tipifica la conducta en la moción, la omisión de los padres coincidiría con el concepto de encubridores. Este es un aspecto técnico que debería corregirse.

7. "NO PUDIENDO DESCONOCER"

En palabras del penalista Alemán Gunther Jakobs, la expresión "no pudiendo desconocer" abarca las situaciones de ignorancia deliberada, es decir aquellas hipótesis en que no se quiere saber aquello que puede y debe saberse, beneficiándose de los resultados del ilícito, es decir asumiendo y aceptando las consecuencias del delito.

Con esta expresión sin embargo se amplía considerablemente la responsabilidad penal, aun más cuando probar elementos subjetivos (internos del sujeto) resulta siempre difícil. En los casos que busca sancionar la moción esa extensión de responsabilidad puede resultar peligrosa, ya que podría implicar la condena, no solo penal si no que social de personas inocentes. A pesar de que en otros textos legales se utiliza esta expresión o una equivalente (como en el delito de "lavado de dinero") siempre se

debe proceder con prudencia al configurar esta hipótesis de participación criminal.

8. EFICACIA DE LA NORMA

El establecimiento de responsabilidad penal por omisión de denuncia en las hipótesis previstas en el proyecto, es uno más de los resguardos que el legislador puede tomar en materia de protección de menores. En particular, la imposición de la obligación de denunciar en estos casos es no solo para poner fin al abuso o perseguir a quien ha causado un daño a un menor, también tiene por objeto que se tomen todas las medidas posibles en orden a aminorar el daño que produce el abuso. La moción no prevé un plazo para denunciar, que parecería ser lo consecuente con la eficacia de la denuncia y demás medidas que pudieran adoptarse.

Para la hipótesis prevista en la moción y teniendo en cuenta su espíritu, es más recomendable tipificar un delito de omisión, en los términos que se expresan a continuación.

9. PROPOSICIÓN ALTERNATIVA

Los comentarios y objeciones anteriormente formulados se recogen en la siguiente redacción, que podría sustituir al proyecto contenido en la moción:

Artículo único.- Agrégase el siguiente inciso final al artículo 369⁵ del Código Penal:

“Cuando se iniciare la investigación por un delito de los comprendidos en el inciso primero, cometido en perjuicio de una persona menor de 14 años o que, siendo mayor de esa edad, sufra una deficiencia física o mental que le impida repeler la agresión o denunciarla, se aplicará a los padres que habiten en la misma morada que el menor o persona agredida, la pena correspondiente al respectivo delito rebajada en un grado, si ninguno de ellos hubiere dado inicio al procedimiento mediante denuncia o querella conforme al Código Procesal Penal. La misma pena se aplicará a los demás ascendientes y hermanos mayores de edad que habiten la misma morada del menor o persona agredida. La

denuncia o querella presentada por cualquiera de los padres o parientes mencionados, exime a los demás.”.

Esta proposición alternativa se relaciona directamente con lo que establece artículo el 53, inciso segundo, del Código Procesal Penal, que “concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad”. De esta forma existirá la posibilidad de que un tercero cualquiera accione ante los tribunales cuando tuviere conocimiento de un abuso sexual contra un menor, aunque no tenga vínculo alguno de parentesco con él. Ello hace peligrar el acuerdo de silencio a que pudieren haber llegado la madre del menor y su conviviente, en referencia al ejemplo que se adujo anteriormente y que podría ser el caso más significativo.

Sin embargo, la misma dinámica procesal no se presenta cuando se trate de una persona mayor de 18 años que sufra deficiencia física o mental, porque en este caso no existe acción pública; pero no es posible estructurar normas legales omnicomprendivas porque se corre el riesgo de hacerlas más complejas y menos operativas en la práctica. Una posibilidad, que aquí solo se sugiere, sería otorgar también acción penal pública por delitos cometidos contra personas mayores de 18 años que no puedan denunciar por sí mismas al estar afectas a alguna deficiencia física o mental ■■■

⁵ Artículo 369.- 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 pudiese 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 caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este

Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte.

VI. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Agréguese al artículo 369 del Código Penal⁶ el siguiente inciso final:

“Se sancionará con la pena asignada al delito disminuida en un grado, al padre o madre que habiendo sido advertido por sus hijos que fueron víctimas de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quater⁷ ; o que no pudiendo desconocer dicho hecho, ya sea por testimonio de terceros o antecedentes concretos; no lo denunciare en los términos del artículo 173⁸ del Código Procesal Penal.”.

6 Artículo 369. 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 pudiese 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. [El artículo 53 inciso segundo del Código Procesal Penal confiere acción penal pública por delito cometidos contra menores, es decir no exige como requisito que la persona ofendida o el representante legal de esta realice una denuncia para proceder a la investigación]

En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte.

7 Véase el ANEXO.

8 Artículo 173.- Denuncia. Cualquier persona podrá comunicar directamente al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito.

También se podrá formular la denuncia ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al ministerio público.

ANEXO

artículos 361 a 366 quáter del Código Penal

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

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 artículo anterior.

6. Del estupro y otros delitos sexuales

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.

NOTA: El artículo 364 se encuentra derogado.

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.

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 artículo 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 artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

Artículo 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 artículo 361.

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

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.

Art. 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual 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.

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.

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 o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

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 artículo 361 o de las enumeradas

en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.

Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.

