

**Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Velásquez y señoras Pascual y Sepúlveda, que modifica el Código Procesal Penal, en relación con la procedencia de la prisión preventiva, en la investigación de delitos sexuales cometidos contra menores de edad.**

### **FUNDAMENTOS**

- 1- Nuestra legislación punitiva establece una serie de medidas cautelares con el fin de asegurar que un proceso penal se desarrolle de manera justa y equitativa.
- 2- Dentro de aquellas, los cautelares personales son medidas restrictivas o privativas del derecho constitucional a la libertad personal y a la seguridad individual consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República. En este sentido, la Carta Magna consagra en términos generales, en la letra b) de la norma mencionada, *“Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*. Es decir, la libertad es la regla general, y por tanto, cualquier limitación a aquella debe ser mirada de manera restrictiva.
- 3- Este principio es recogido por el legislador al momento de comenzar el desarrollo de la prisión preventiva en el artículo 139 del Código Procesal Penal. Así, la norma señala - respecto a la procedencia de la prisión preventiva - que *“Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”*.
- 4- Las medidas cautelares personales se encuentran contempladas en el Título V del Código Procesal Penal, y parte con el artículo 122 que delimita su finalidad y alcance y termina con el párrafo 6° que enumera las demás cautelares personales. En este sentido, el artículo 122 establece que *“Las medidas cautelares personales*

*solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y solo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación. Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución fundada”.*

- 5- Finalmente, el artículo 155 señala que *“Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia (...) podrá imponer una o más de las siguientes medidas (...)”.*
- 6- Del análisis de las normas citadas, se puede desprender los principios que orientan su aplicación. Esto es, aquellas solo pueden ser consideradas cuando sean absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento, y respecto de ciertas medidas en particular, también para garantizar la seguridad de la sociedad o del ofendido. En consecuencia, la medida cautelar va estrictamente ligada a la finalidad que persigue.
- 7- Dado este alcance, es que el legislador contempla la existencia de un sistema de prelación entre todas las medidas cautelares personales, que se diferencia por las consecuencias que genera su aplicación, dentro del cual la prisión preventiva es la última ratio - *debe ser indispensable y sólo cuando las demás fueren insuficientes* - por ser la medida cautelar de consecuencias más gravosas, es decir, la privación total de libertad, de ahí la aplicación excepcional y restrictiva que contempla el artículo 140 del Código Procesal Penal.
- 8- En este sentido, el artículo 140 contempla los requisitos para ordenar la prisión preventiva, cuales son: *“a) Que existieren antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existieren antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y; c) Que existieren antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes”.*

9- Dentro de los requisitos mencionados, los dos primeros se encuentran determinados por circunstancias más bien objetivas, sin embargo, los requisitos contemplados en la letra c) son los que revisten mayor dificultad en su aplicación, toda vez que están determinados por circunstancias subjetivas que, en última instancia, quedan relevadas al arbitrio del tribunal. Dada estas características es que el legislador exige, en este caso, que adicionalmente los antecedentes que se entreguen sean calificados, y para controlar el arbitrio del tribunal, le otorga parámetros para determinar cuándo debe entenderse la concurrencia de estas circunstancias.

10-Volviendo a la idea central, las medidas cautelares personales se encuentran establecidas para garantizar un objetivo en particular, que en el caso de la prisión preventiva queda entregado en un amplio margen al criterio del tribunal. Como se dijo anteriormente, dada la subjetividad que marca las circunstancias contempladas en la letra c) del artículo 140, el legislador entrega al tribunal, en los incisos siguientes, los parámetros para determinar su existencia, y en lo que interesa a este proyecto de ley, la seguridad del ofendido se encuentra desarrollada en el inciso quinto, que señala *“Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes”*. Es decir, para este caso en particular, el objetivo perseguido por el legislador con la prisión preventiva es proteger directamente a la víctima del delito.

11-En este orden de ideas cabe recordar que la prisión preventiva debe ser indispensable y solo en cuanto las demás medidas cautelares sean insuficientes, y respecto de esta circunstancia en concreto, el legislador nos dice que la prisión preventiva se considera indispensable y especialmente suficiente para garantizar la integridad de la víctima.

12-Aquello genera, ciertamente, una interrogante toda vez que la norma ha sido redactada en términos bastante amplios y genéricos al definir como peligroso para la seguridad del ofendido todo atentado contra la víctima, su familia o sus bienes,

lo cual provoca que cualquier delito pueda quedar dentro de la esfera de protección de la norma, y en consecuencia, se entrega un rango demasiado amplio de discrecionalidad al tribunal.

13-Este margen de discrecionalidad, vinculado con el carácter restrictivo y excepcional de la prisión preventiva, ocasiona que muchas veces los tribunales opten por la aplicación de otras medidas cautelares que no resultan ser eficaces respecto de ciertos delitos en los cuales la seguridad de la víctima se encuentra especial y permanentemente comprometida.

14-Este es el caso de los delitos sexuales, en los cuales, la víctima enfrenta una vulnerabilidad distinta a los demás delitos, toda vez que, en la mayoría de los casos el agresor es una persona que pertenece a su propio entorno familiar. En consecuencia, la naturaleza íntima y familiar de los abusos se presenta a menudo como un obstáculo a la eficiencia de las medidas cautelares adoptadas, con lo cual se vuelve difícil proporcionar al ofendido un ambiente de seguridad y protección.

15- Por otro lado, la presencia del agresor en el entorno cercano de la víctima puede, también, dificultar la denuncia y el proceso judicial, aumentando de esta manera el riesgo de sufrir el ofendido represalias o verse influenciado a retirar la denuncia o a no colaborar con la investigación. Esta circunstancia también complica la preservación de pruebas y sobre todo la disponibilidad de testigos ya que siempre habrá intereses emocionales y familiares comprometidos, obligando a los potenciales testigos, muchas veces, a tener que elegir entre la víctima y su ofensor.

16-Estas circunstancias se incrementan en el caso de los delitos sexuales contra menores de edad. La evidencia internacional es concluyente en destacar que la mayoría de los casos de abuso sexual infantil ocurren dentro de la familia, y son perpetrados por figuras paternas, hermanos, abuelos, tíos o primos. Además, este tipo de delitos se distingue por ser de una naturaleza reiterada, prolongada y crónica, a menudo ocurren en silencio, creando con ello una dinámica de secreto y manipulación que dificulta su detección y denuncia.

17-En el caso de los menores de edad, su capacidad limitada o nula de tomar

decisiones autónomas pone muchas veces en riesgo su integridad, ya que, su voluntad queda supeditada a la voluntad de sus padres, quienes son muchas veces también hijos, hermanos o parientes cercanos del agresor. Por tanto, el juicio del padre o tutor de tomar la mejor decisión para su hijo, muchas veces se ve contaminada por las emociones o sentimientos que pudiere tener hacia el agresor. En consecuencia, esta dinámica hermética en la cual se desenvuelve y desarrolla el delito se convierte en un gran desafío para el tribunal a la hora de decidirse por la cautelar más eficiente o adecuada.

18- Por otro lado, para el caso de estos delitos en particular, el legislador ha establecido medidas cautelares personales especiales, contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal.

19- Los delitos a los que se refiere la norma son los de violación, estupro y demás abusos sexuales contemplados en los artículos 361 y siguientes del Código Penal, y las cautelares mencionadas son - con pequeños matices- las mismas del artículo 155 letras b), c), e), g) y h).

20- Sin embargo, más allá de lo anterior, lo interesante de esta norma es que el legislador contempla, para este tipo de delitos, la aplicación especial de medidas cautelares con el objetivo de proteger al ofendido y a su familia. Es decir, el legislador reconoce para este tipo de delitos una necesidad especial de protección para el ofendido y en su redacción también considera a la familia, con lo cual, reconoce a estos delitos ciertas características particulares que hacen necesaria una esfera especial de protección.

21- - Pese a aquello, como se señaló anteriormente, estas medidas son insuficientes dadas las especiales características del delito y en el contexto en que se desarrolla. Por tanto, si seguimos la lógica utilizada por el legislador al momento de regular las medidas cautelares y particularmente la prisión preventiva, donde la suficiencia de las mismas, en términos de eficiencia, resulta ser fundamental, para este tipo de delitos en particular - los delitos sexuales contra menores de edad - el resto de las medidas cautelares resulta ser insuficiente, por tanto, se hace necesario fijar un criterio que delimite la discrecionalidad del tribunal y lo encamine a decantarse por la prisión preventiva para estos casos.

22- Por otro lado, es necesario también tomar en consideración el “interés superior del niño”, principio fundamental que ha sido bien recogido en materia de derecho familia, sobre todo al momento de determinar las medidas de protección, respecto de las cuales rigen principios muy similares a los del derecho penal. Este principio implica que, en todas las acciones que involucren menores, se debe considerar lo mejor para su bienestar y desarrollo, y en el contexto de delitos sexuales, aquello significa priorizar la seguridad y bienestar del menor.

23- En consecuencia, con el presente proyecto de ley se busca reformar algunos aspectos del sistema normativo que regula la aplicación de medidas cautelares personales, de modo de uniformar ciertos criterios que orienten al tribunal a su determinación respecto de ciertos delitos sexuales en los cuales las demás medidas cautelares personales resultan insuficientes y la prisión preventiva se presenta como absolutamente indispensable.

### **IDEA MATRIZ**

Considerar al imputado o formalizado por delitos sexuales contra menores de edad, como un peligro para la sociedad con la finalidad de la aplicación de la medida cautelar de prisión.

### **PROYECTO DE LEY**

Artículo único: Modifíquese el inciso quinto del artículo 140 del Código Procesal Penal de la siguiente manera:

Elimínese el punto final y agréguese la siguiente frase: y especialmente, cuando los delitos que se le imputan fueren alguno de aquellos contemplados en los párrafos V, VI y 6 BIS del Título VII, del Libro II del Código Penal, y respecto de los cuales la víctima fuere un menor de edad.”.