

**“PROCEDIMIENTO PENAL Y AGRESIONES
SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD: MEDIOS
DE PRUEBA”**

ASESORÍA LEGISLATIVA

COMITÉ EVOPOLI

INFORMANTE: FERNANDA MORALES VIVEROS

NOVIEMBRE 2018

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
INVESTIGACIÓN PENAL ANTE DELITOS CONSTITUTIVOS DE AGRESIÓN SEXUAL CONTRA UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.	4
➤ ¿Cómo comienza la investigación penal de un ilícito?	6
➤ Procedimiento Judicial Penal.....	9
MEDIOS DE PRUEBA – PERICIA DE CREDIBILIDAD DEL RELATO.....	12
CONCLUSIÓN.....	14

INTRODUCCIÓN

En el contexto del procedimiento penal que se sigue ante una grave vulneración de derechos constitutiva de delitos contra un niño, niña o adolescente hemos decidido abordar en que consiste la investigación penal propiamente tal a cargo del Ministerio Público; el proceso seguido ante los Juzgados y/o Tribunales con competencia penal; y por último los medios de prueba utilizados en dicho proceso, ya sea que éste llegue a instancia de juicio oral, o bien finalice por un procedimiento abreviado.

Que, así las cosas, a partir del presente informe señalaremos, en primer lugar, que no toda investigación penal da lugar a un procedimiento judicial, luego, que no todo procedimiento judicial en lo penal da lugar a una sentencia, que no toda sentencia es dictada con anterioridad a un juicio oral, y que, para el caso de llegar a un juicio oral propiamente tal, los medios de prueba utilizados cuando la víctima del delito sexual sea un niño, niña o adolescente presentan algunas variaciones.

A partir del trabajo expuesto recalcaremos la importancia de que tanto, durante la investigación penal, como en el proceso penal mismo, los agentes, funcionarios y sujetos del sistema trabajen con un enfoque de derechos acorde a la infancia, siendo del todo relevante visibilizar que el proceso penal con un niño víctima debiese tramitarse con ciertos resguardos mínimos. Es un deber y obligación estatal resguardar los derechos y garantías de víctimas en una condición particularmente vulnerable, circunstancia que según revisaremos, escasamente ha sido recogida por la ley procesal penal vigente.

INVESTIGACIÓN PENAL ANTE DELITOS CONSTITUTIVOS DE AGRESIÓN SEXUAL CONTRA UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

El 12 de octubre del año 2000 entra en vigencia en Chile la ley 19.696 que crea el Código Procesal Penal, con dicha ley se producen cambios radicales en la investigación criminal como en el procedimiento penal.

La investigación penal pasa a cargo del Ministerio Público o Fiscalía de Chile, y a la vez se crea un proceso penal totalmente diverso al existido con anterioridad a la reforma.

Así el artículo 3° establece uno de los principios fundantes del proceso, cual es **la exclusividad de la investigación penal**, señalando: *“el Ministerio Público también llamado Fiscalía de Chile, dirigirá en forma exclusiva la investigación penal de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley”* .

El artículo 6° establece el **deber de protección a la víctima**, señalando: *“el ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites que debiere intervenir”* .

Haciendo alusión a las referidas normas debemos señalar que hace falta en ellas una explícita referencia a la víctima cuando ésta sea un niño, niña o adolescente. Es deber de la Fiscalía brindar un trato acorde a la condición de víctima, más aún, cuando se

trate de un menor de edad que ha sido expuesto a una grave vulneración de derechos en su integridad sexual, como lo son las agresiones sexuales infantiles.

La Fiscalía de Chile como institución cuenta con diversas unidades de especialización en ciertas materias, dentro de ellas, cuenta con una unidad de investigación en delitos sexuales¹, unidad que, si bien se dedica a estas temáticas, no distingue ante quien es la víctima del delito, y como bien sabremos, las circunstancias de comisión de un delito sexual contra un menor de edad, y un delito sexual contra un mayor de edad varían considerablemente. En el mismo sentido, importante es referir que sólo algunas fiscalías (las más grandes) cuentan con dichas unidades, y fiscales especializados en la materia, no así las fiscalías pequeñas, en las cuales uno o más fiscales deben asumir la investigación penal de las diversas materias constitutivas de delito.

Así, una primera gran crítica al trabajo de la Fiscalía es la falta de especialización en temáticas asociadas a la infancia vulnerada. Estadísticas nacionales e internacionales son contestes en establecer que un gran número de víctimas de delitos sexuales menores de edad son agredidas al interior de su núcleo familiar, “el abuso sexual infantil, especialmente el abuso que ocurre al interior de la familia es un problema de considerables proporciones no sólo en términos epidemiológicos sino también por las consecuencias psicológicas y sociales que trae consigo” (Martínez, J., 2000). Cifras estadísticas del Ministerio Público (2014) revelan que un 58% de los imputados por delitos sexuales son conocidos de la víctima².

¹ <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/sexuales.jsp>

² http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/docu/delitos_sexuales_y_violencia_intrafamiliar.pdf

➤ **¿Cómo comienza la investigación penal de un ilícito?**

Sobre este punto diremos que cualquier persona que tome conocimiento de un ilícito puede concurrir a Carabineros, PDI, o Fiscalía y efectuar la correspondiente denuncia. Una vez tomada esta denuncia por parte de la policía, ésta tiene la obligación de hacer llegar el parte a la Fiscalía para que esta inicie la tramitación de la investigación penal, cuando el hecho revistiere características de delito.

El **artículo 172** del Código Procesal Penal indica: “la investigación de un hecho que reviste características de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela” , al respecto cualquier persona podrá comunicar directamente al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere características de delito.

Estarán obligados a denunciar las personas indicadas en el artículo 175 el Código Procesal Penal³, contando con un plazo de 48 para efectuar la denuncia, contados desde el momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal.

El artículo 53 inciso segundo incorpora una norma, como pocas dentro del Código Procesal Penal, que hace referencia a delitos cometidos contra menores de edad,

³ Artículo 175 CPP: a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave;

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y

e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento.

La denuncia realizada por alguno de los obligados en este artículo eximirá al resto.

refiriendo que: “se concede acción penal pública⁴ para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad” .

Así las cosas, cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que reviste características de delito, con el auxilio de la policía (Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros) promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos por la ley.

Existen en la actual normativa tres formas de hacer cesar el curso de la investigación penal, casos en lo que en general no ha intervenido aún la esfera judicial perteneciente a los Juzgados de Garantía, estos son: aplicar el archivo provisional de los antecedentes cuando no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos; la facultad de no iniciar la investigación cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado; y por último aplicar el principio de oportunidad cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público.

Durante el transcurso de la investigación penal el fiscal podrá decretar todas las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, en lo principal tratándose de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, llamará a la víctima a prestar declaración de lo sucedido, instancia en la cual idealmente la víctima deberá ser acompañada y entrevistada por profesional idóneo en la materia.

⁴ Artículo 53: La acción penal es pública o privada.

La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código.

La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima.

Recordemos que hoy en día se encuentra publicada pero no en vigencia aún, la nueva ley de entrevistas videograbadas ley 21.057, cuyo objeto establecido en el artículo 5° señala lo siguiente: **“La entrevista investigativa videograbada tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, procurando, por esta vía, evitar la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal. Esta entrevista deberá ser videograbada, según lo dispone el artículo 22”** . Esta ley viene a ser un aporte importantísimo en la materia de niñez aplicable a lo penal, ya que, no sólo establece como idea principal la entrevista videograbada, sino que también incorpora una serie de principios en materia de infancia aplicable a la arista penal, tales como: establecer en lo principal que los niños son sujetos de derechos, otorgarles autonomía progresiva en su ejercicio, participación voluntaria, prevención de la victimización secundaria, entre otros.

El Fiscal podrá asimismo oficiar a las policías a realizar órdenes de investigar a fin de que practiquen entrevistas a testigos, fijen el probable sitio del suceso, e incorporen toda información relativa a esclarecer las circunstancias en que este ocurrió.

En causas asociadas a la investigación de delitos sexuales se suele requerir pericia al Servicio Médico Legal, consistente en examen sexológico, el cual idealmente debiese ser decretado con la mayor celeridad posible. En este sentido importante es tener presente que dicho examen podría evidenciar lesiones físicas en la víctima siempre que sea efectuado con la mayor cercanía a la ejecución del hecho punible, pero que en lo general estas pericias no arrojan lesiones físicas atribuibles al ilícito, ya sea por el transcurso del paso del tiempo, o bien, por que en su forma de ejecución éste no provocó lesiones físicas.

En el caso que se tomen muestras biológicas a evidencias del sitio del suceso, estas también deberían ser periciadas por una unidad especializada del Servicio Médico Legal.

Una prueba que se suele solicitar en este tipo de causas asociadas a agresiones sexuales contra menores de edad es la de pericia de evaluación de credibilidad del relato, donde la Fiscalía solicita al Servicio Médico Legal o bien a una institución estatal a fin, como los Centros de Diagnóstico Especializado o DAM, la ejecución de tal pericia, tendiente a establecer si el relato efectuado por la víctima menor de edad es o no creíble. Al parecer de esta parte dicho medio de prueba pareciera ser discriminatorio, ya que no se entiende el porque de efectuar esta parecía sólo tratándose de menores de edad, y no así cuando la víctima sea mayor de edad, en otras palabras ¿por el hecho de ser niño no le vamos a creer? Volveremos a este tema al final del presente informe cuando tratemos en específico dicho medio de prueba.

➤ **Procedimiento Judicial Penal**

- ¿Cuándo se inicia el proceso judicial?

El proceso judicial se inicia con la formalización de la investigación, artículo 229 del Código Procesal Penal: “la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados” .

- ¿En qué momento el fiscal realiza esta gestión judicial?

El fiscal solicitará la formalización de la investigación cuando lo estime oportuno, es decir, ésta es una decisión estratégica del ministerio público que obedece a

principalmente a la convicción que éste tiene en cuanto a la comisión o no del ilícito, a las posteriores diligencias factibles de solicitar, y a las medidas cautelares que el caso requiera.

Solicitado que sea la formalización se citará a audiencia en la que el fiscal expondrá verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. El imputado podrá manifestar lo que estime pertinente.

En la misma audiencia el fiscal deberá establecer el plazo de investigación. Para el caso que éste no se establezca se entenderá como decretado el plazo legal de dos años, pudiendo en la misma audiencia establecer medidas cautelares en caso de sea pertinente.

En el estudio de los delitos que nos convoca, esto es, delitos sexuales cometidos conta menores de edad, no cabe la aplicación de acuerdo reparatorios⁵ y escasamente se aplica la suspensión condicional del procedimiento⁶, siendo así, no ahondaremos mayormente en dichas materias, o formas de término.

Concluido el plazo de investigación establecido en la audiencia de formalización el fiscal deberá proceder a cerrarla, y podrá, dentro del término de 10 días tomar alguna de las siguientes decisiones:

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

⁵Artículo 241.- Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

⁶ Artículo 237.- Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso .

- b) Formular acusación cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiera formalizado la misma;
- c) Comunicar la decisión al ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Para el caso de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, diremos que según la experiencia práctica en la materia en un porcentaje significativo de las causas el Ministerio Público ha tomado la decisión de archivar los antecedentes y de no perseverar en el procedimiento⁷, ¿Cuándo pasa esto? Por ejemplo en circunstancias que la víctima no quiere prestar declaración en juicio, no hay evidencia física del delito que se imputa, y en definitiva faltan medios probatorios factibles de dar convicción al juez del ilícito, a lo anterior se suma el hecho de que el imputado no reconoce su participación en el hecho, ya que luego veremos que para el caso que el imputado reconozca su participación en el ilícito, y reuniéndose los requisitos por ley necesarios, probablemente la causa terminará mediante procedimiento abreviado.

- Acusación

En el caso que el ministerio público decida realizar acusación judicial contra el imputado continuará el proceso penal, en este punto debemos precisar que desde la formalización a la fecha de la acusación propiamente tal, el proceso es visado por el Juzgado de Garantía (juez unipersonal) en cuyo territorio jurisdiccional se haya cometido el ilícito en cuestión, o bien dado principio de ejecución. Una vez efectuada la acusación fiscal, y citados sean todos lo intervinientes a la audiencia preparatoria

⁷ http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/docu/delitos_sexuales_y_violencia_intrafamiliar.pdf

de juicio oral, se realizará la audiencia en presencia del juez de garantía, imputado, fiscal, defensor y querellante si es que lo hubiere.

Terminada que sea la audiencia preparatoria de juicio oral se levantará un acta de todo lo obrado, la cual se enviará al Tribunal de Juicio Oral respectivo (tribunal colegiado, compuesto por 3 jueces). Así se dará inicio a la etapa de juicio oral en la cual se recepcionará toda la prueba ofrecida por las partes en la audiencia preparatoria, la prueba será apreciada presencialmente por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, resolviendo luego de esto mediante una sentencia establecida conforme a derecho.

MEDIOS DE PRUEBA – PERICIA DE CREDIBILIDAD DEL RELATO

Ya adelantamos previamente que en la investigación de delitos sexuales cometidos contra menores de edad existen medios de prueba específicos solicitados en la generalidad de los casos por la Fiscalía.

Los delitos sexuales cometidos contra menores de edad revisten una mayor dificultad probatoria que otros, esta dificultad está asociada principalmente a que en un porcentaje muy menor de estos casos existe evidencia física que de cuenta de la comisión del hecho, son hechos que por lo general carecen de testigos presenciales, y que en lo general afectan a un niño, niña o adolescentes que, muchas veces, mantiene un vínculo de dependencia con su agresor.

En este contexto es que, al parecer de la doctrina especializada en la materia, el informe de credibilidad de testimonio constituye un elemento probatorio relevante en el curso del proceso de investigación, aportando en la decisión del Tribunal, en la

medida que provee elementos de convicción, que pueden, a juicio de la doctrina forense, servir de apoyo al pronunciamiento de la sentencia⁸.

Hoy, el uso de este medio probatorio es casi normalizado a nivel de tribunales y fiscalía, cuestionándose desde distintas ópticas lo correcto y útil o no, de su aplicación.

La profesora Carolina Navarro, señala que actualmente en nuestro país asistimos a un proceso de cuestionamiento y revisión frente al excesivo uso de este tipo de evaluaciones, la incorrecta comprensión o aplicación de las metodologías y, también acerca de la validez y validación de estas⁹.

⁸ Revista Jurídica del Ministerio Público N°71 "Orientaciones sobre la evaluación pericial del testimonio" (2013).

⁹ NAVARRO CAROLINA. "The role of the academia in the chilean process of change on interviewing child victims. Melbourne, Australia, 2015.

CONCLUSIÓN

De forma sucinta hemos abordado el contexto en que se da la investigación penal por delitos sexuales en Chile, estableciendo que, si bien el proceso penal no difiera mucho de otros en que se investigan delitos de similar envergadura, es preciso señalar que el fiscal y demás sujetos a cargo de la investigación penal debiesen mantener un trato acorde a la calidad de víctima, considerando y priorizando el resguardo de los derechos cuando ésta sea una víctima menor de edad.

Esquemizamos el proceso penal desde su inicio con la formalización de la investigación hasta sus posibles formas de término, ya sea sentencia judicial o bien vías alternativas, o procedimiento abreviado.

Distinguimos algunos de los medios probatorios utilizados en la práctica para acreditar la concurrencia del ilícito, en especial aquel referido a la evaluación de credibilidad del testimonio aplicable a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

Los antecedentes aportados nos llevan a concluir en primer lugar, que existe una escasa aplicación en materia penal de enfoque de derechos para con la infancia vulnerada víctima de delitos sexuales. Son escasas las normas que hacen referencia explícita a la condición de víctima menor de edad, lo anterior sin perjuicio de que como hemos venido sosteniendo al tenor del presente informe, la condición de víctima menor de edad difiere mucho en los métodos de comisión del ilícito, circunstancia que debiese ser ponderada, tanto al realizar la investigación penal como al solicitar y producir medios probatorios.

Creemos que, si bien la entrada en vigencia de la ley de entrevistas videograbadas será un aporte importantísimo a la infancia en materia penal, queda un largo camino que recorrer, en el cual sean visibilizados los derechos de los niños, más aún de aquellos que han sido víctimas de graves ilícitos.