

OFICIO FN N°160/2009

ANT.: Los individualizados en el Anexo

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales.

ADJ.: Anexo: Instructivos y Oficios que quedan sin efecto por Oficio FN N°160/2009.

SANTIAGO, 30 de Marzo de 2009

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

Durante el período de implementación de la Reforma Procesal Penal se dictó una gran cantidad de oficios e instructivos impartiendo criterios de actuación, conforme lo exigía la puesta en marcha de un nuevo sistema y la actuación del órgano persecutor en éste. No obstante, ya una vez consolidado el sistema procesal penal en todo el país, se ha hecho necesario, a juicio de este Fiscal Nacional, un proceso de sistematización de los mismos, a fin de obtener una normativa interna que se traduzca en criterios de actuación acordes con la etapa actual de nuestra institución, que guíen de manera efectiva a todos los fiscales del Ministerio Público en sus actuaciones.

En dicho contexto, mediante el presente **texto único**, se imparten todos los criterios de actuación que, a partir de esta fecha, rigen en materia de delitos sexuales.

Por tanto, también a partir de esta fecha, quedan sin efecto todos los Oficios individualizados en el Anexo del presente documento.

I. ASPECTOS PENALES RELATIVOS A LOS DELITOS SEXUALES

1. Parte General.

1.1. Delito continuado / Reiteración de delitos.

En los casos de pluralidad de hechos constitutivos de delito sexual, los fiscales deben sostener la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal o del artículo 74 del Código Penal, en su caso, y oponerse, por tanto, a la calificación de los delitos sexuales como delito continuado.

En virtud del criterio señalado, resulta particularmente relevante, en la medida de lo posible, la acreditación de las fechas de los delitos y su lugar de ocurrencia.

En caso que los tribunales de juicio oral o de garantía acojan la tesis del delito continuado, se instruye que aquellos fallos deben ser recurridos por el fiscal, salvo alguna circunstancia excepcional calificada por el Fiscal Regional.

Ante eventuales alegaciones por parte de la defensa en orden a sostener la aplicación del delito continuado en delitos sexuales, conviene tener presente los siguientes aspectos:

De acuerdo a la doctrina, los elementos necesarios para estar en presencia de un delito continuado son:

- Pluralidad de hechos, separados cronológicamente uno del otro y cometidos por un mismo sujeto activo.
- Transcurso de un período de tiempo entre la ejecución de cada una de las conductas.
- Cada hecho debe satisfacer por sí solo los márgenes del tipo penal respectivo.
- Las conductas deben encuadrarse en el mismo tipo penal.
- Vínculo de necesidad entre las conductas.¹

En virtud de lo señalado, en los delitos sexuales la figura del delito continuado es absolutamente exógena, pues no existe ninguna razón de fondo para sostener la unidad jurídica de acción en los casos de agresiones sexuales reiteradas en el tiempo, por parte del sujeto activo en contra de una misma víctima.

En el delito continuado, la unidad jurídica de acción se presenta a través de un *vínculo de necesidad* entre una conducta y otra cuestión que, atendida la dinámica de los delitos sexuales, no ocurre, ya que los distintos atentados en contra de una misma víctima son capaces de vulnerar el bien jurídico integridad sexual como de satisfacer plenamente, tanto objetiva como subjetivamente, el tipo penal respectivo, no siendo *necesario*, para la obtención del fin último del hechor, para el agotamiento del delito, otros actos de igual magnitud. Por otro lado, en el mismo sentido de lo señalado anteriormente y, tal como lo ha manifestado la propia doctrina, no puede admitirse la configuración de un delito continuado en los casos de vulneración de bienes jurídicos personalísimos, como es el caso, por cierto, de los delitos que afectan la integridad sexual de la víctima.

Se ha sostenido, para defender la aplicación del delito continuado en delitos sexuales, que el vínculo que relacionaría todas esas conductas sería la *unidad de resolución delictiva*, es decir, el propósito del hechor de cometer sistemáticamente en el futuro un determinado delito, una intención clara de actuar reiteradamente en ese

¹ El profesor Enrique Cury define de la siguiente manera el delito continuado: "Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas.(...) El delito continuado aparece, pues como un problema de injusto típico. Y, así, diremos que consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber." CURY, ENRIQUE, "Derecho Penal. Parte General", págs. 654 y 656, Séptima Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.

sentido. Lo cierto es que esta doctrina no logra explicar el contenido de aquella vinculación necesaria para que se verifique el delito continuado, tratándose además de un criterio peligroso en el entendido que la determinación del vínculo quedaría librada a la voluntad del hechor, dejando de lado el aspecto objetivo indispensable a la hora de valorar los elementos del injusto típico.

1.2. Aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 7 en delitos sexuales.

Respecto de la atenuante contenida en el artículo 11 N° 7, esto es, si se ha procurado con celo reparar el mal causado por el delito, se instruye a los fiscales NO invocarla. En el mismo sentido, si se invocara por la defensa la configuración de esta circunstancia atenuante, los fiscales deberán oponerse a ella.

1.3. Aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal.

El artículo 369 quater del Código Penal señala lo siguiente: "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", respecto de aquellos delitos cometidos a partir de la entrada en vigencia de la ley 20.207, publicada el 31 de agosto de 2007.

La aplicación de esta norma ha generado algunos problemas prácticos:

a) Naturaleza de la acción penal: Para determinar la naturaleza de la acción es preciso distinguir si la acción penal se ejerce durante el plazo normal de prescripción, vencido el plazo normal y antes de la mayoría de edad de la víctima, o después de que ésta haya alcanzado dicha mayoría:

- Durante el plazo normal de prescripción: El artículo 53, inciso 2°, del Código Procesal Penal dispone que los delitos cometidos contra menores de edad darán siempre lugar a la *acción penal pública*, por lo que cualquier persona, incluida la propia víctima, puede denunciar el delito, pudiendo el Ministerio Público actuar de oficio. Este caso no presenta mayores problemas.
- Vencido el plazo normal de prescripción y antes de que la víctima haya llegado a la mayoría de edad: Si bien el beneficio que le otorga a la víctima el artículo 369 quater consiste en que el plazo de prescripción se cuenta desde el momento en que ésta cumple 18 años, nada obsta a que el menor haga uso de tal derecho sin necesidad de esperar su mayoría de edad, pero después de haber vencido el plazo normal de prescripción. Eso ocurriría, por ejemplo, si el menor tenía cinco años (o, en todo caso, era menor de ocho años), cuando fue víctima de una violación, por lo que el delito prescribiría antes de que el menor alcance la mayoría de edad. En tal hipótesis, no debe olvidarse que, atendido el carácter personalísimo del plazo de prescripción ampliado que le otorga el artículo 369 quater, sólo el menor podría denunciar el delito, puesto que para todos los demás ya habrá prescrito. Con esto implícitamente la acción pública del artículo 53 del Código Procesal Penal *se transforma en una acción pública previa instancia particular*. Para ello bastará con que la víctima efectúe la respectiva denuncia, no siendo necesaria la interposición de una querrela.

- Después que la víctima alcance la mayoría de edad: En este caso, al igual que en el anterior, la única persona que puede dar inicio a la persecución penal es la propia víctima, puesto que vencido el plazo de prescripción normal, el delito se transforma en un delito de acción pública previa instancia particular, con lo cual se extiende la regla del artículo 369 del Código Penal -prevista sólo para la violación, el estupro, sodomía y abusos sexuales- a todos los delitos cubiertos por la norma del artículo 369 quater. El carácter personalísimo del beneficio que le otorga a la víctima el artículo 369 quater no obsta a que, si ésta se encuentra en la situación prevista en los artículos 54, inciso 3°, del Código Procesal Penal, y 369, inciso 2°, del Código Penal, puedan ejercer tal derecho su representante legal, o procederse de oficio por el Ministerio Público, cuando aquél se encuentre imposibilitado o implicado en el delito.

b) Secuencia en la interposición de las acciones por distintos titulares: Otro problema que genera la duplicidad de los plazos de prescripción es la posibilidad de que distintas personas inicien un proceso penal, haciendo uso de los diferentes plazos que disponen para ello. En relación con esto, podrían presentarse las siguientes situaciones:

- El proceso penal se inicia durante la vigencia del plazo normal de prescripción: Cualquiera que sea la persona que haya dado inicio al proceso, si éste termina por sentencia definitiva firme o sobreseimiento definitivo, o bien, facultad de no inicio de la investigación, aprobados judicialmente, precluye el derecho del menor para hacer uso del plazo ampliado, dado que quedó extinguida la responsabilidad penal proveniente del delito. En cambio, si el procedimiento concluye por archivo provisional o decisión de no perseverar, el menor todavía tiene la posibilidad de hacer uso del plazo ampliado, porque la responsabilidad penal no se ha extinguido.
- El proceso penal no se inicia dentro del plazo normal de prescripción: En tal caso, no cabe la declaración de prescripción de la acción penal, por cuanto todavía está vigente el derecho del menor para perseguir el delito, conforme a lo dispuesto por el art. 369 quater.

2. Parte Especial.

En este apartado se consignan dificultades de interpretación que se han vislumbrado en la práctica respecto de algunos tipos penales y se señalan criterios de actuación relativos a ellas.

2.1. Violación impropia.

2.1.1. Caso “pololos”.

Los fiscales, en el caso de una investigación por el delito contemplado en el artículo 362 del Código Penal, podrán:

- a) Suspender condicionalmente el procedimiento, previa consulta al Fiscal Regional, cumpliéndose con los requisitos del artículo 237 del Código Procesal Penal, cuando se reúnan además las siguientes circunstancias:

- Que la diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima no sea considerable.
- Que en los hechos no concurre ninguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 y 363 del Código Penal.
- Que se haya descartado la realización de cualquier otro ilícito.
- Que se encuentre establecida la existencia de una relación sentimental entre la víctima y el imputado, lo que se corroborará especialmente con la declaración de aquélla.

b) Aplicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, previa consulta al Fiscal Regional, cuando se reúnan las circunstancias descritas en el número anterior, y la víctima y su entorno no estén dispuestos a colaborar con la investigación y el juicio.

En ambos casos, se solicitará la opinión de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos respectiva. Además, la víctima será informada de la decisión tomada por el fiscal.

2.1.2. Concesión de beneficios de la Ley N° 18.216.

De conformidad al tenor literal del inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, se instruye a los fiscales oponerse a la concesión de medidas alternativas a la privación de libertad en el caso de los condenados por el delito de violación impropia del artículo 362.

2.2. Abuso sexual agravado.

Respecto de este tipo penal, se instruye a los fiscales, conforme al mérito de los antecedentes de la investigación, calificar la conducta de introducción de dedos u otras partes del cuerpo distintas al pene como constitutiva del delito del artículo 365 bis del Código Penal.

Se debe tener presente que, en la discusión parlamentaria, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado dejó constancia que la introducción de objetos de cualquier índole comprende tanto a los animales como a cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, como por ejemplo, una mano.² Estas opiniones, que constan en la historia de la ley, deben ser un antecedente a tomar en consideración por el fiscal, así como también la extensa jurisprudencia existente en esta materia, la cual señala que la introducción de dedos del hechor corresponde a la figura de abuso sexual calificado del artículo 365 bis.³

2.3. Delitos de explotación sexual infantil.

² Primer Informe de la Comisión del Senado, 10 de septiembre de 2003.

³ En este sentido, por ejemplo: Sentencia causa RUC 05100007055-5, de 25 de abril de 2006, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica; Sentencia causa RUC 0600367280-k, de 26 de noviembre de 2007, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle; Sentencia causa RUC 0500667467-6, de 3 de mayo de 2007, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó; Sentencia causa RUC 0400404395-8, de 15 de noviembre de 2005, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica y Sentencia causa RUC 0400340411-6, de 7 de junio de 2005, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.

2.3.1. Producción de material pornográfico infantil.

De acuerdo al claro tenor del artículo 366 quinquies, se sanciona con idéntica pena a todos los que participen en la producción de esta clase de material, independiente de la forma de participación específica que les haya cabido. Por lo tanto, se instruye a los fiscales imputar a todos los partícipes de este delito la calidad de autor.

Respecto de las conductas que consistan en la realización de otras acciones de significación sexual constitutivas de delito y que se verifiquen dentro del contexto de la producción de material pornográfico infantil, el fiscal deberá perseguir la responsabilidad penal por todos los delitos que concurran.

2.3.2. Obtención de servicios sexuales de menores de edad.

Se trata de un delito de carácter residual, que se configura sólo en la medida que no se verifiquen las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Por lo tanto, los fiscales a cargo de una investigación por esta materia deben realizar primero las diligencias que lleven a descartar aquéllos.

La referencia de la norma es a las "circunstancias de los delitos de violación o estupro" y no a esos delitos propiamente, por lo que el concepto de "servicios sexuales" debe entenderse más allá del acceso carnal. El concepto de "servicios sexuales" se relaciona sistemáticamente con el catálogo de conductas de significación sexual que establece el propio Código Penal, lo que implica, en definitiva, una mejor protección de los bienes jurídicos que sustentaron el establecimiento de esta conducta ilícita. Así, abarcaría los actos de relevancia y significación descritos en los artículos 361 inciso 1°, 365 bis, 366 ter y 366 quater del Código Penal.

Por último, cabe hacer presente que, en estos casos, es común que el menor no se desempeñe de manera autónoma, sino que lo haga a través de la intermediación de un proxeneta, por lo que se hace imperativo indagar la posible configuración del delito de favorecimiento de prostitución infantil del artículo 367 del Código Penal.

2.3.3. Adquisición y almacenamiento de pornografía infantil.

La conducta de almacenamiento de material pornográfico infantil, contenida en el inciso 2° del artículo 374 bis, sanciona la tenencia de material pornográfico en que se hayan utilizado menores de edad, sin que para ello sea necesario que se tenga una determinada cantidad del mismo, o que se persiga una finalidad especial por parte del autor. Por lo tanto, los fiscales deberán calificar como delito de almacenamiento de material pornográfico infantil la mera posesión maliciosa de aquél.

Este tipo penal ha generado algunos problemas específicos de interpretación:

a) Respecto de la finalidad del almacenamiento: el tipo penal no hace ninguna exigencia en ese orden, por lo que el delito debe entenderse consumado con la sola adquisición o posesión del material, sin que sea necesaria la verificación en el sujeto activo de un elemento subjetivo especial que dé cuenta de una intención o finalidad específica. Por otra parte, por la ubicación sistemática del tipo penal, después de regular el de comercialización o distribución del material pornográfico, se desprende que se trata de la sanción al "consumidor final" de dicho material y no del castigo a

quien lo posee para distribuirlo posteriormente. En otras palabras, el legislador pretende castigar toda la cadena de producción de este tipo de material, partiendo por el productor, siguiendo por el distribuidor y terminando en el consumidor.

b) En relación con la cantidad de material: la ley tampoco hace exigencias típicas en este orden, ya que el verbo *adquirir* utilizado por el legislador se refiere a su simple obtención, cualquiera sea la cantidad adquirida por el sujeto activo.

c) En cuanto al aspecto subjetivo de la figura: es claro el legislador en exigir dolo directo al utilizar la expresión *maliciosamente*. Sin perjuicio de ello, este dolo directo concurre **sólo** respecto de los verbos rectores y del carácter pornográfico del material, es decir, el conocimiento de haber adquirido o almacenado cierto material y que éste tiene el carácter de pornográfico, todo lo cual emana de la historia fidedigna de la Ley N°19.927, de modo de excluir sólo a quienes accidentalmente reciban este tipo de material. Respecto de la edad de los menores utilizados en dicho material, basta el dolo eventual, ya que de otra forma habría que exigir al sujeto activo certeza de dicha circunstancia, siendo más razonable permitir la configuración de la conducta cuando el hecho se ha representado como muy probable que son menores de edad.

II. ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS A LOS DELITOS SEXUALES

1. Fiscales competentes para la investigación de delitos sexuales.

- La investigación de delitos sexuales, en las fiscalías que cuentan con fiscales especializados, debe radicarse en ellos.
- Si durante el desempeño del turno en la fiscalía no se cuenta con la presencia de un fiscal especializado en la investigación de delitos sexuales, se deben realizar a la brevedad sólo las diligencias más urgentes, poniendo en conocimiento de las mismas al fiscal que cuenta con dicha especialización. Con todo, se debe procurar que quien tome la declaración a la víctima sea el fiscal o un funcionario especializado del Ministerio Público.
- Aquellas fiscalías que cuenten con más de un fiscal especializado deben procurar organizarse de tal manera que los fiscales del turno ordinario puedan contar con su coordinación cuando se requiera la intervención de organismos especializados en la investigación de un delito sexual.
- En situaciones de extrema gravedad, muerte de la víctima, casos de alta conmoción pública o que se tengan sospechas que el victimario cuenta con redes de protección o actúa en el seno de una organización delictual, se debe poner en conocimiento de la noticia criminal, de inmediato, al fiscal especializado.
- En las situaciones de ordinaria ocurrencia, en el menor lapso posible se hará el traspaso de la investigación con todos sus antecedentes al fiscal especializado, quien asumirá la causa en definitiva.
- Si en la respectiva fiscalía, no se cuenta con un fiscal de la especialidad, o por motivos justificados se hace inviable la prescripción anterior, se recabará el apoyo para la investigación del hecho de algún fiscal especializado en la

investigación de delitos sexuales de la región, del abogado asesor del área y la unidad especializada, de tal manera que el fiscal a cargo de la investigación cuente con todas las herramientas necesarias para llevar a cabo su labor.

- En todo caso, se tenderá, en la medida de lo posible, a que el fiscal especializado no asignado, acompañe al fiscal en la sustanciación del respectivo juicio oral, si éste se realiza.

2. Diligencias de investigación.

2.1. Aspectos generales.

El fiscal deberá preferir, en cuanto estén disponibles, los servicios especializados en investigación de delitos sexuales de una o de ambas policías.

El fiscal se coordinará con el profesional de la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos correspondiente, durante todo el procedimiento, con el propósito fundamental de estimular la participación de la víctima en el proceso, brindarle protección, disminuir al mínimo las perturbaciones que hubiere de soportar con ocasión de las diligencias o actuaciones en que debiere intervenir y recibir asesoría psicosocial especializada orientada a la toma de decisiones respecto del curso de la investigación.

2.2. Denuncia y toma de declaración a la víctima.

En la recepción de la denuncia, el funcionario policial se limitará a consignar en el parte sólo los datos de la víctima y las circunstancias del hecho, sin que proceda a tomarle declaración.

Al fiscal le corresponderá participar personalmente en la toma de declaración de la víctima, sin perjuicio de delegar la realización de la diligencia en funcionarios o profesionales especializados del Ministerio Público. Excepcionalmente, podrá delegar dicha diligencia en funcionarios especializados de alguna de las policías.

El fiscal adoptará las medidas necesarias para que la víctima preste la menor cantidad de declaraciones posibles, evitando la repetición innecesaria de esta diligencia. Para ello podrá grabarse la declaración de la víctima a través de un sistema de audio o video. Además, se deberá propender a que existan lugares especialmente habilitados para recibir la declaración de la víctima.

2.3. Exámenes médicos y corporales.

La regla en esta materia se contiene en el artículo 197 inciso 1° del Código Procesal Penal. El fiscal podrá ordenar exámenes corporales del imputado o del ofendido, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

En la investigación de los delitos sexuales, el fiscal deberá ordenar, con la mayor prontitud y urgencia, e incluso antes de tomarle declaración, la práctica de los exámenes médicos que deban efectuarse a la víctima, así como a sus vestimentas, con el objeto de evitar que desaparezcan los rastros o huellas del delito. Para ello, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento, por sí o a través de su representante

si es menor de edad. En caso de negativa, el fiscal evaluará, con los antecedentes particulares del caso y con el apoyo de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, solicitar la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones del rechazo, de conformidad al inciso segundo del artículo 197 del Código Procesal Penal.

En el caso de exámenes a la víctima que no revistieren el carácter de urgentes podrá solicitar el fiscal, previamente, a la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, su opinión sobre la existencia de antecedentes que hagan temer menoscabo para la salud o dignidad de aquélla. Si no existieren tales antecedentes, solicitará a la víctima por el medio más expedito que preste su consentimiento.

En los casos en que el fiscal lo estime pertinente, para la seguridad de la víctima y para el éxito de la investigación, instruirá que la víctima sea acompañada por personal de la policía.

Asimismo, el fiscal podrá ordenar exámenes a la persona y vestimentas del presunto hechor, en cuanto sea necesario para obtener y contrastar prueba biológica. En lo posible, procurará obtener de él una prueba de ADN.

El fiscal solicitará al imputado su consentimiento para someterse a los exámenes respectivos, explicándole el tipo de examen que se efectuará y la incidencia del mismo en la investigación, de tal manera que comprenda el significado del acto para el cual presta su consentimiento; de éste quedará constancia en la carpeta de investigación. En caso de no obtenerlo, podrá pedir la autorización judicial, exponiendo al juez las razones del rechazo, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 197 Código Procesal Penal.

Los exámenes corporales que se efectúen a sospechosos de haber participado en la comisión del hecho punible, irán precedidos de la lectura del artículo 93 del Código Procesal Penal. Debe dejarse constancia en el acta de consentimiento de esta circunstancia.⁴

2.4. Exámenes psicológicos o psiquiátricos.

El fiscal podrá ordenar la realización de evaluaciones periciales psicológicas y/o psiquiátricas a la víctima respecto de la credibilidad de su relato, su condición mental, el daño psicológico producido por el efecto directo del delito o las consecuencias del mismo, u otros que se estimen pertinentes. Ello no es imperativo, sin perjuicio de lo cual se ha estimado pertinente señalar algunas orientaciones que puedan servir a los fiscales sobre la conveniencia de su solicitud:

- Cuando proceda, es conveniente contar con una evaluación pericial sobre el grado y la extensión del daño causado a la víctima, tanto para la configuración del hecho punible como para la aplicación del artículo 69 del Código Penal.

⁴ El fiscal deberá tomar en consideración, para el envío de muestras al Servicio Médico Legal y, en general, para la investigación pericial sobre agresiones sexuales, lo dispuesto por la Resolución N° 710 exenta, de 13 de julio de 1999, del Servicio Médico Legal. (publicada en el Diario Oficial de 21 de agosto del mismo año.)

- En los casos de delitos sexuales cometidos al interior de la familia, o cuyas víctimas son menores de edad y no se cuenta con evidencias físicas ni testigos, además de su propio testimonio, la necesidad de recurrir a evaluaciones periciales psicológicas de credibilidad de las declaraciones y de daño a la víctima se encuentra más justificada que en los atentados cometidos fuera de estos ámbitos. Asimismo, se requiere con frecuencia la intervención de profesionales especializados que puedan detectar, prevenir, intervenir o, en su caso, explicar el fenómeno de la retractación.

2.5. El careo

El fiscal, **en ningún caso**, citará a careo a una víctima de delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales.

3. Procedencia de la declaración anticipada de acuerdo al artículo 191 bis del Código Procesal Penal.

3.1. Generalidades.

El artículo 191 bis del Código Procesal Penal, introducido por la Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008, establece la posibilidad de solicitar que se reciba la declaración anticipada de menores de 18 años que fueren víctimas de los delitos de violación, violación impropia, estupro, abuso sexual agravado, abuso sexual propio, abuso sexual impropio, producción de material pornográfico infantil, favorecimiento de prostitución infantil, trata de personas y obtención de servicios sexuales de menores de edad. Además, la norma señalada complementa la del artículo 191, en la que se regula el régimen general de anticipación de prueba y en la que también se establece la facultad del fiscal de solicitarla, cuestión que en ningún caso se contrapone a la regla especial del artículo 191 bis, siendo ambas normas absolutamente compatibles.

3.2. Conveniencia de solicitar prueba anticipada al tenor del artículo 191 bis.

El fiscal deberá evaluar la conveniencia de hacer uso de la declaración anticipada de acuerdo a las particularidades del caso concreto y, principalmente, tomando en consideración los demás antecedentes recabados en la investigación, pues resulta innegable que, en términos de convicción y en base a la inmediación que rige el nuevo sistema, lo óptimo es la recepción de la prueba por el tribunal que dictará sentencia.

Por ello, para utilizar el mecanismo de la declaración anticipada del artículo 191 bis, el fiscal deberá establecer fehacientemente las circunstancias personales y emocionales que no hacen aconsejable la declaración del menor en el juicio oral. Para dicho objeto, el fiscal podrá solicitar la opinión de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos respectiva, así como también procurará obtener un informe del profesional encargado de la terapia del menor, en su caso. Este mismo proceder se aplicará cuando el fiscal alegue la modificación de circunstancias al tenor del inciso 2° del artículo 191 bis.

3.3. Facultad para solicitar la declaración anticipada e impetrar el cambio de circunstancias.

En nuestro ordenamiento procesal penal la institución de la prueba anticipada se encuentra regulada en los artículos 191, 191 bis y 280 del Código Procesal Penal.

Como principio general contenido en estas disposiciones, la facultad de solicitarla le corresponde exclusivamente al fiscal. Lo anterior se colige al realizar un análisis tanto gramatical como sistemático de las normas mencionadas. El artículo 191 establece expresamente, en su inciso segundo, que el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que reciba la declaración anticipada de un testigo cuando se advierta la concurrencia de alguna de las hipótesis de procedencia señaladas expresamente en dicha norma. Esta regla, que entrega exclusivamente al fiscal la posibilidad de obtener prueba anticipada antes de la realización de la audiencia de preparación de juicio oral, se ratifica categóricamente en la disposición especial del inciso 1° del artículo 191 bis.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 280, introducido por la Ley 20.253, señala que si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación de juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso 2° del artículo 191 o se tratase de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada. No obstante lo dispuesto en este inciso no debe entenderse que cualquier otro interviniente pueda solicitar la declaración anticipada de la víctima en esa etapa del procedimiento, ello considerando las siguientes razones:

a) La norma se refiere a los terceros testigos y no a la víctima, quien tiene además la calidad de interviniente, por lo que ostenta un estatuto especial.

b) El momento procesal que determina el inciso 2° del artículo 280 es posterior a la audiencia de preparación de juicio oral, cuando ya quedó fijada la prueba de los intervinientes en el auto de apertura. Por lo tanto, se plantea la posibilidad que cada parte solicite prueba anticipada sólo respecto de sus testigos, los cuales se encuentran contenidos en el auto de apertura.

3.4. Cambio de circunstancias.

En relación a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 191 bis se aplica la misma regla de exclusividad. En efecto, esta norma va dirigida al fiscal quien, no obstante haber ejercido la facultad del inciso primero realizando una valoración de las circunstancias personales y emocionales del menor víctima, constata que se han producido variaciones que harían plausible su declaración en el juicio oral. La expresión “con todo”, que da inicio al inciso, se refiere precisamente a este cambio de circunstancias, reafirmando la titularidad del fiscal para impetrarlo.

3.5. Oportunidad de la solicitud.

La solicitud puede presentarse desde que se ha formalizado la investigación. Esto se desprende de lo preceptuado expresamente en el inciso 2° del artículo 230 y, en particular, en el inciso final del artículo 191 bis, en que se señala el deber del juez de garantía de citar a la declaración anticipada a todos aquellos que tuvieran derecho a asistir al juicio oral, entre los que se encuentran ciertamente el imputado y su defensor. Se hace necesario, por tanto, formalizar la investigación antes de solicitar la realización de dicha actuación. En caso que el imputado no sea habido, previo a la formalización, se deberá instar por la declaración de rebeldía conforme a los artículos 99 y siguientes del Código Procesal Penal.

Además, en virtud del inciso 2° del artículo 280, la solicitud de prueba anticipada puede ser realizada hasta el inicio del juicio oral. Asimismo, tomando en consideración la referencia general al artículo 191 que hace la norma señalada, sin distinguir entre el inciso primero y el segundo, la modificación de circunstancias podría ser alegada por el fiscal también con posterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral y hasta el inicio de éste.

4. Técnicas de investigación especiales del artículo 369 ter del Código Penal.

4.1. Consideraciones generales en relación al artículo 369 ter.

Esta norma regula las siguientes técnicas de investigación:

- Interceptación o grabación de telecomunicaciones.
- Fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes.
- Agentes encubiertos.
- Entregas vigiladas de material.

El artículo 369 ter señala de manera taxativa los delitos respecto de los cuales proceden las técnicas: El propio artículo 369 ter indica también taxativamente los delitos en cuyas investigaciones proceden estas técnicas especiales, a saber: producción de material pornográfico infantil, favorecimiento de prostitución infantil, obtención de servicios sexuales de menores de edad, trata de personas y comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil.

En cuanto a los demás delitos sexuales se debe estar a las reglas generales, es decir, las técnicas de interceptación o grabación y fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, sólo proceden en delitos que tienen asignada pena de crimen, de acuerdo al artículo 222 del Código Procesal Penal. Las técnicas de intervención de agentes encubiertos y entregas vigiladas no proceden en la investigación de estos delitos.

El art. 369 ter es una norma especial por las siguientes razones:

- a) Atendido su carácter específico, aplicable sólo a los delitos vinculados a la explotación sexual, el artículo 369 ter prima sobre los artículos 222 y siguientes del Código Procesal Penal. En consecuencia, no se exige para su procedencia que se trate de investigaciones por delitos que tengan asignada pena de crimen.
- b) Respecto de las técnicas de interceptación o grabación de telecomunicaciones y de filmación, fotografía u otros medios de reproducción de imágenes, en todo lo no regulado por el artículo 369 ter se aplicará íntegramente lo dispuesto en los artículos 222 y siguientes del Código Procesal Penal.
- c) En lo que respecta a las técnicas de intervención de agentes encubiertos y entregas vigiladas, el propio artículo 369 ter, en su inciso final, señala que ellas se regirán por la Ley N° 19.366, referencia que, según lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de drogas, debe entenderse hecha a este último cuerpo legal. De esta manera, todo lo relativo a la intervención de agentes encubiertos se encuentra regulado en

el artículo 25 de aquélla, en donde se conceptualiza la técnica y se establecen las correspondientes eximentes de responsabilidad penal por los delitos en que pueda incurrir. A su vez, las entregas vigiladas son reguladas en el artículo 23 del citado cuerpo legal.

4.2. Requisitos de procedencia.

La autorización al juez de garantía supone una diferencia sustancial con las técnicas reguladas en la Ley N° 20.000, ya que en estas últimas sólo se requiere la autorización del fiscal de la causa para su procedencia.

Respecto de las solicitudes de registro del tráfico de llamadas y de las direcciones físicas de conexión, números de teléfono y nombres de titulares de servicios con direcciones IP, no se requiere autorización judicial previa, ya que la información requerida no produce ni restricción ni perturbación en el ejercicio de algún derecho, conforme lo establecido en el artículo 9° del Código Procesal Penal. Además, la propia Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, establece una clara diferencia entre un dato personal, como son los datos de identificación, y los datos sensibles. Por ello, se permite a las empresas que manejan datos personales comunicarlos a otras con fines meramente comerciales, sin autorización judicial previa. Cabe tener presente, por último, que esta solicitud del fiscal se enmarca dentro de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 180 del Código Procesal Penal.

El estándar de sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva ha cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos señalados supone que lo que establece la ley para la procedencia de estas técnicas es claramente menos exigente que el de "presunciones fundadas" regulado para la procedencia de las medidas cautelares de los artículos 140 y siguientes del Código Procesal Penal. Esta mayor flexibilidad se explica por la misma finalidad de las técnicas de investigación, las que precisamente están destinadas a recabar elementos de prueba en el marco de investigaciones por delitos de explotación sexual, los que son complejos en su dinámica. En este mismo sentido, a diferencia de lo regulado en la Ley N° 20.000, el artículo 369 ter permite, para autorizar la utilización de estas técnicas, que las fundadas sospechas recaigan no sólo sobre organizaciones delictivas, sino que también respecto de personas naturales.

La investigación debe hacer imprescindible la utilización de la o las técnicas, lo que supone el uso de ellas como medio necesario para el éxito de la investigación, en virtud de los antecedentes que tenga el fiscal.

4.3. Técnicas especiales de investigación en particular.

4.3.1. Interceptación o grabación de telecomunicaciones.⁵

Una vez obtenida la orden judicial respectiva, se sugiere al fiscal lo siguiente:

⁵ En materia de interceptaciones telefónicas, en particular, en lo que dice relación con el probable cruce que pueda producirse entre distintas fiscalías en materia de teléfonos interceptados, se estará a lo definido en la **Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N° 20.000** (actualmente contenida en el Oficio N° 061/2009 de 30 de enero de 2009).

- Requerir por escrito a la persona responsable en la empresa la práctica de la interceptación.
- Solicitar que se informe quiénes son los responsables de la práctica de la medida con individualización de nombres y apellidos completos, y su función en la implementación de la interceptación.
- Señalar que la práctica de la diligencia debe realizarse de inmediato, ya que la dinámica delictiva exige que la interceptación de las comunicaciones se verifique en un plazo breve.
- Requerir a las policías información periódica del avance de la diligencia, con indicación de plazos.
- Indicar a las policías que, ante cualquier hallazgo de interés, tomen contacto directo con la fiscalía.

4.3.2. Fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes.

Debe tratarse de fotografías o filmaciones conducentes al esclarecimiento de los hechos y que éstas se capten en lugares privados, o que no sean de libre acceso al público, ya que en caso de fotografías de lugares públicos (plazas, calles, parques, etc.) o de libre acceso al público (restaurantes, cibercafés, cines, cabarets, etc.), no se requiere de la autorización judicial, al no afectarse garantías fundamentales.

4.3.3. Agentes encubiertos.

Los fiscales deberán propender al uso de esta técnica para impulsar las investigaciones por delitos de explotación sexual, por cuanto se hace necesario y útil su uso en consideración a las características de estos ilícitos, como son las escasas denuncias, las especiales condiciones de la víctima y el contexto reservado en que suelen cometerse. Así, esta técnica investigativa permitiría suplir la eventual falta de cooperación de la víctima y provee de evidencia lícita, la cual tendrá un rol preponderante en la acreditación de los hechos. Todo ello con independencia de la magnitud del fenómeno investigado, pues esta técnica puede ser aplicada tanto respecto de personas como de organizaciones criminales.

Por lo anterior, se instruye a los fiscales:

- Los fiscales deberán propender al uso de esta técnica para impulsar las investigaciones por delitos de explotación sexual.
- La designación de agente encubierto se realiza para una determinada investigación, concluyendo el nombramiento una vez que se encuentre agotada ésta.
- Los fiscales deberán ejercer un control permanente sobre la actuación del agente encubierto, el cual se puede concretar a través de la entrega de información periódica de parte del agente en cuanto al avance de la diligencia, así como por la indicación de cualquier hallazgo de interés al fiscal, entre otras medidas.
- El fiscal debe tener presente que en su actuación el agente encubierto está autorizado para realizar conductas que constituirían delitos, siempre que éstas sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 20.000.

- La eximente de responsabilidad penal contenida en el artículo 25 de la Ley N° 20.000 no ampara, en ningún caso, la instigación delictual, por lo que el agente no puede provocar o instigar el delito.
- Se sugiere a los fiscales que la designación del agente encubierto sea coetánea a las primeras actuaciones policiales. Ello con el objeto de legitimar el proceder del agente y evitar futuras discusiones en torno a la licitud de su actuación.

4.3.4. Entregas vigiladas.

Los fiscales no deberán utilizar esta técnica cuando se trate de hacer circular material pornográfico infantil vía Internet, debido a la dificultad de mantener una vigilancia efectiva del tráfico de éste, el que puede ser fácilmente difundido a otras personas, comprometiendo con ello la responsabilidad del fiscal y la policía.

5. Medidas de publicidad en las audiencias que digan relación con los ilícitos de los artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal.

La complejidad de los ilícitos sancionados en los artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal, esto es, la producción, comercialización, distribución y almacenamiento de material pornográfico infantil, ha obligado a desarrollar sofisticadas técnicas de investigación, con el objeto de desbaratar las comunidades virtuales que se generan en función de tales conductas y que en la mayoría de los casos presentan ribetes internacionales.

La aplicación y desarrollo de estas técnicas en una investigación particular pueden ser objeto de exposición en alguna de las audiencias que se realicen en los procesos penales respectivos. Por ello, es conveniente hacer referencia a las medidas que restringen la publicidad de las audiencias que digan relación con los ilícitos de los artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal, con el objeto de evitar la divulgación de aquellas técnicas e impedir la proliferación de mecanismos destinados a soslayar las investigaciones dirigidas a la detección de estas redes computacionales.

El principio general de la publicidad de las audiencias está contenido en el artículo 289 del Código Procesal Penal, el que, si bien se refiere a la audiencia del juicio oral, se ha entendido aplicable a todas las audiencias realizables en el proceso penal. Esto, sin perjuicio de aquellas situaciones excepcionales en que el éxito de la investigación haga necesario restringir la publicidad de las audiencias, cuestión que regula el propio artículo 289. Uno de estos casos corresponde a las audiencias que se celebren dentro del marco de una investigación por los ilícitos relativos a la pornografía infantil, toda vez que su publicidad puede llevar a que terceros se informen de las sofisticadas técnicas desarrolladas por la policía con el fin de detectar a quienes producen, distribuyen, comercializan o almacenan material pornográfico infantil, frustrando así investigaciones futuras.

Por lo anterior, se instruye a los fiscales solicitar al Juez de Garantía o al Tribunal Oral, en su caso, algunas de las medidas contenidas en el artículo 289 del Código Procesal Penal, toda vez que el principio de publicidad admite ciertas excepciones. Es así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 14.1. que "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad

nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia...". En este mismo sentido se pronuncia la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8º N° 5 indica que "el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

6. Solicitud de la defensa de periciar a la víctima a la luz del artículo 320 del Código Procesal Penal.

Respecto de la solicitud de la defensa de periciar a la víctima a la luz del artículo 320 del Código Procesal Penal, se instruye a los fiscales que deberán oponerse a tal petición.

En caso que el juez de garantía acceda a la solicitud sin ningún tipo de apercibimiento, se deberá informar a la víctima, o a su representante, que no está obligada a asistir a la diligencia respectiva. En caso de apercibimiento, el fiscal deducirá las acciones constitucionales a que haya lugar.

En caso de posibles alegaciones, se deben tener presente los siguientes argumentos:

- a) Garantía de la integridad física y psíquica de la víctima: La solicitud de la defensa de periciar a la víctima por medio de autorización judicial, infringe la garantía del derecho a la integridad física y psíquica de la persona, consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, por cuanto cualquier acción intrusiva, tanto física como psicológica respecto de ella importa una grave lesión de dicha garantía. En efecto, si por esta vía se pretende la realización de pericias psicológicas o psiquiátricas en la víctima, no sólo emerge el problema del menoscabo que se produciría en su calidad de tal, sino que, en los hechos, el forzamiento sería absolutamente inútil, por cuanto aquella actividad supone la obtención de un relato por parte de ella, lo que sería inconcebible en un contexto de utilización de fuerza para cumplir con el mandato judicial. Por último, conforme al artículo 6º del Código Procesal Penal, se impone un deber de protección de la víctima al Ministerio Público, el que ciertamente recae también sobre los tribunales, debiendo éstos garantizar sus derechos durante el procedimiento. Por esta razón cualquier resolución de los tribunales que menoscabe tales derechos y aperciba a la víctima da lugar a que el fiscal deduzca las acciones constitucionales pertinentes.
- b) Rol de la víctima en el proceso penal: La víctima, en el marco del proceso penal, es un sujeto procesal que goza de prerrogativas que no pueden ser soslayadas, razón por la cual no debe ser tratada como un objeto para la realización de pruebas periciales. En este sentido, el Código Procesal Penal establece un régimen de protección y de participación de la víctima que es concordante con su calidad de tal y que se manifiesta a través de varias instituciones reguladas en su texto, a saber, el artículo 6º, que establece la obligación del Ministerio Público de proteger a la víctima; el artículo 109, que señala los derechos de la víctima en el procedimiento penal; los artículos 167 inciso 3º y 170 inciso 3º, que le permiten manifestar su interés de seguir adelante con la persecución penal ante una decisión de término del fiscal y el

artículo 237, que establece la obligación de oír a la víctima antes de resolver una solicitud de suspensión condicional del procedimiento.

- c) Tenor literal del artículo 320 del Código Procesal Penal: El artículo 320 del Código Procesal Penal señala: "Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta."

Esta norma trata sobre el "examen" de cosas o lugares a los que intervinientes, diferentes del Ministerio Público, pueden solicitar su "acceso", ya que corresponde a éste, en su carácter de director exclusivo de la investigación, la mantención de las especies y disponer el resguardo de los lugares vinculados a ella. El artículo 320, por lo tanto, sólo trata del acceso a estos objetos o lugares por parte de los peritos y la forma cómo aquello deberá realizarse, siendo éste su marco de acción.

Es por ello que las alegaciones de la defensa en cuanto a incorporar a la persona dentro de las posibles solicitudes de "acceso" por parte de sus peritos resultan totalmente contrarias al sentido de la disposición, pues, atendida su propia naturaleza, la persona no es objeto o lugar disponible, razón por la cual ni el Ministerio Público ni ningún otro interviniente pueden disponer de ella para tales efectos.

Atendida esta clara exclusión, la defensa, con el objeto de hacer extensiva la norma del artículo 320 a las personas, en particular a las víctimas, ha alegado que por medio de la expresión "*para cualquier otro fin pertinente*", la ley pretendió abarcar a todos aquellos *objetos periciables* no enumerados anteriormente, incluyéndose, por cierto, la persona de la víctima. Tal argumentación es errada, pues al referirse la ley a "otros fines pertinentes" hace alusión a la actividad de "examinar", siempre dentro del marco de realización de la pericia, no pudiendo ser utilizada la expresión para incluir a la víctima como *otro objeto periciable* distinto a los señalados por la norma (objetos, documentos o lugares).

7. Medidas de protección.

El fiscal considerará la opinión de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos con el objeto de adoptar la medida de protección más efectiva y adecuada para la víctima. En casos urgentes como, por ejemplo, situaciones de flagrancia, el fiscal podrá decretar sin consulta la medida de protección más adecuada a las circunstancias y modalidades del caso en concreto.

7.1. Medidas de protección que no requieren intervención judicial.

El fiscal deberá, cuando lo estimare necesario, atendiendo a las circunstancias del caso, adoptar, sin intervención judicial, cualquier medida de protección de los derechos de la víctima y su familia que no implique privación ni restricción de los derechos del imputado, en atención a lo dispuesto en los artículos 6° y 78 inciso 2° letra b) del Código Procesal Penal.

De acuerdo a lo señalado por el artículo 6° en relación con los artículos 307 y 308, todos del Código Procesal Penal, en los casos en que se estimare necesario, el fiscal ordenará mantener en estricta reserva la identidad y demás antecedentes personales de la víctima, y adoptará las medidas conducentes a garantizar dicha reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer se lleven a efecto cautelando su intimidad.

7.2. Medidas de protección que requieren intervención judicial.

7.2.1. Medidas de protección generales.

En los casos de los delitos sexuales contemplados en los párrafos V y VI del título VII, Libro II del Código Penal, y cuando la situación de riesgo de la víctima o su familia lo haga necesario, el fiscal deberá solicitar al juez de garantía alguna de las medidas de protección contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal. Las medidas contempladas en esta norma son: la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

Respecto de los delitos contemplados en la letra anterior, ante la eventual concesión de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216, el fiscal deberá solicitar, como condición para el otorgamiento de cualquiera de éstos, la prohibición de ingresar o acceder a las inmediaciones del hogar, del establecimiento educacional o del lugar de trabajo del ofendido.

7.2.2. Medidas de protección en casos de menores de edad víctimas de delitos sexuales.

El artículo 15 de la Ley N° 20.066 faculta al juez con competencia en lo penal para decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima, mencionando expresamente entre ellas las contempladas en el artículo 92 de la Ley N° 19.968. El inciso final de esta última disposición agrega: *“El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, **además**, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición”*.

Estas son medidas judiciales especiales para el caso que la víctima sea niño, niña o adolescente, por lo que los fiscales deberán solicitarlas al juez de garantía, cuando estimen que son necesarias, atendida la evaluación de riesgo que efectúen. La oportunidad procesal para solicitarlas es en cualquier momento del procedimiento, incluso antes de la formalización de la investigación.

En caso de rechazo de las medidas de protección de menores de edad solicitadas ante los tribunales de garantía, los fiscales podrán presentar dichas solicitudes, por escrito o telefónicamente, al tribunal de familia respectivo.

Respecto de los delitos sexuales cometidos contra un menor de edad en un contexto de violencia intrafamiliar, teniendo presente el interés superior del niño y la necesidad de adoptar medidas de protección, los fiscales deberán poner en

conocimiento del Tribunal de Familia respectivo, las situaciones de riesgo o vulneración de derechos que estén afectando a niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, para que adopten las medidas de protección que resulten pertinentes.

En estos casos, cuando se decretare la prisión preventiva del imputado en conformidad con el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal, el fiscal fundado en la letra e) del artículo 71 de la Ley N° 19.968, podrá solicitar al juez de garantía que prohíba el ingreso del niño, niña o adolescente víctima del delito sexual que se investiga, al recinto penitenciario en el cual se encuentra privado de libertad el imputado, fundándose en la necesidad de dar un efectivo cumplimiento al mandato judicial que ha dispuesto dicha medida cautelar como una forma de garantizar la seguridad del ofendido. El fiscal deberá solicitar que la prohibición sea notificada, mediante oficio, al Jefe del establecimiento penitenciario en que se encuentre privado de libertad el imputado.

Lo señalado anteriormente es sin perjuicio de las facultades autónomas de Carabineros respecto de niños/as y adolescentes contempladas en el artículo 16 bis de la Ley N° 16.618.

7.2.3. Medidas de protección en delitos sexuales cometidos contra víctimas mayores de edad en el contexto de violencia intrafamiliar.

Cuando se trate de delitos sexuales cometidos contra víctimas mayores de edad en el contexto de violencia intrafamiliar, el fiscal solicitará directamente al juez de garantía que adopte las medidas de protección que sean necesarias. Para ello, el fiscal atenderá a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 20.066 en orden a evaluar previamente la situación de riesgo inminente de sufrir una o más personas un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar. Conforme a lo prescrito por el artículo 15 de la Ley N° 20.066, las medidas de protección aplicables son las contempladas en el artículo 92 de la Ley N° 19.968, entre las cuales se encuentran el establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por una incapacidad o discapacidad, asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común, y prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. Estas medidas se pueden pedir por el fiscal aún antes de la formalización y con el solo mérito de la denuncia.

8. Procedencia de salidas alternativas al procedimiento.

8.1. Suspensión condicional del procedimiento.

Los fiscales podrán utilizar esta salida alternativa cuando se trate de delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual, siempre que se cumplan los requisitos legales para su procedencia y se presente alguna de las siguientes situaciones:

- a) Cuando se trate de hechos tales que no impliquen para la víctima una afectación grave del bien jurídico protegido y el caso no sea de conmoción pública.
- b) Cuando, no existiendo otros medios probatorios distintos a la declaración de la víctima, se verifique que ella ha sufrido un daño significativo en virtud del hecho y se proyecte que es pernicioso para su persona afrontar un juicio.

En el segundo caso, se solicitará la opinión del profesional de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos respectiva, a menos que exista un informe psicológico previo que dé cuenta del daño que podría causar a la víctima afrontar un juicio.

Además, el fiscal siempre deberá consultar y considerar la opinión de la víctima o de sus representantes legales, si es menor de edad.

En los casos en que se haga uso de esta facultad, se deberá contar previamente con la autorización del Fiscal Regional respectivo, tanto respecto de la procedencia de la suspensión condicional como de las condiciones propuestas.

En los casos en que se haga uso de este mecanismo de solución alternativa nunca deberá estipularse como condición el pago de una suma de dinero a la víctima, esto es, la condición establecida en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá imponerse, dentro del marco de la condición establecida en la **letra h)** del mencionado artículo 238, el pago de un tratamiento psiquiátrico o psicológico a favor de la víctima u otro tipo de pago asociado indispensablemente a un concepto específico, distinto de una finalidad meramente indemnizatoria que cabría dentro de la letra e), en casos excepcionales y previa autorización del Fiscal Regional respectivo.

Deberán solicitarse siempre, como mínimo, las siguientes condiciones: que el imputado tenga residencia en un lugar determinado (artículo 238 letra a), que se abstenga de frecuentar los lugares donde vive, estudia y/o trabaja la víctima y/o su familia (artículo 238 letra b) y que fije domicilio conocido e informe al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo (artículo 238 letra g).

Los fiscales no aplicarán esta salida alternativa, bajo ninguna circunstancia, en los delitos contemplados en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter y 374 bis, todos del Código Penal.

En los delitos contemplados en los artículos 373, 374 y 495 N° 5 del Código Penal, el fiscal podrá suspender condicionalmente de acuerdo a las reglas generales establecidas en el Código Procesal Penal.

8.2. Acuerdos reparatorios.

No proceden los acuerdos reparatorios en esta materia por no estar tutelados bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

9. Procedimientos especiales.

Cumpléndose los requisitos legales, los fiscales podrán aplicar tanto el procedimiento abreviado como el procedimiento simplificado. En casos complejos, como por ejemplo, hechos de conmoción pública, víctimas particularmente demandantes, posible concesión de beneficios de la Ley N° 18.216 u otra circunstancia que lo hiciere conveniente, se deberá consultar la procedencia del procedimiento especial con el Fiscal Regional respectivo.

III. PROCEDIMIENTO DE TRABAJO PARA LA DISTRIBUCIÓN DE INVESTIGACIONES PRELIMINARES EN LA REGIÓN METROPOLITANA RESPECTO DE LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 374 BIS Y 367 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

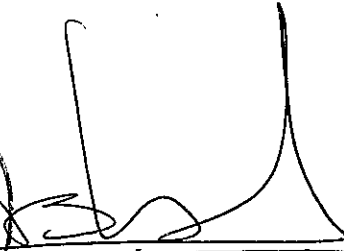
- Para conocer de las denuncias remitidas al Ministerio Público por funcionarios policiales, respecto de los delitos del artículo 374 bis, siempre que éstos fueren cometidos a través de medios informáticos, y del delito de trata de personas del artículo 367 bis, se establece un sistema de turnos, de tres meses, entre las cuatro Fiscalías Regionales de la Región Metropolitana.
- Las denuncias de particulares sobre la materia se registrarán por las reglas generales, por lo que se excluyen de la presente distribución.
- La Fiscalía Regional Metropolitana de turno deberá conocer y dirigir la investigación hasta el término de ésta, aun cuando se determine que el delito se cometió en una comuna de la Región Metropolitana no comprendida en su competencia administrativa.
- El Fiscal Nacional, excepcionalmente y en casos calificados, podrá determinar que una investigación sea dirigida por una Fiscalía distinta de aquella que la recibió en virtud del turno.
- El sistema así establecido no registrará cuando se determine que el delito se cometió en una región distinta de la Metropolitana, en cuyo caso se remitirá la causa, cuando corresponda, según las reglas generales. En este último caso, el fiscal deberá informar a la UEDSV la fiscalía local a la cual remitirá los antecedentes para la prosecución de la investigación.
- Si la investigación llevada a cabo de conformidad con las reglas anteriores arroja la probable responsabilidad de varios sujetos domiciliados en distintas regiones del país o comunas de la Región Metropolitana y el fiscal a cargo de la misma estima necesario realizar la diligencia de entrada y registro en todos o varios de los domicilios de los responsables, lo comunicará a la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional para establecer la coordinación entre las distintas fiscalías regionales involucradas.
- En cada año el orden del turno será el siguiente: desde el 1° de enero hasta el 31 de marzo le corresponderá a la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente; desde el 1° de abril hasta el 30 de junio a la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente; desde el 1° de julio hasta el 30 de septiembre a la Fiscalía Regional Metropolitana Sur y, finalmente, desde el 1° de octubre hasta el 31 de diciembre a la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte.
- Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior, se estará a la fecha de recepción de la denuncia en el Ministerio Público.

La presente instrucción general sólo alude a aquellas materias en que se ha estimado necesario, por parte de este Fiscal Nacional, impartir criterios de actuación que orienten la actividad de los fiscales en materia de delitos sexuales, de modo de propender eficazmente a la unidad de acción al interior del Ministerio Público.

Por tanto, cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, deberán ser canalizadas a través de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de esta Fiscalía Nacional.

Los Sres. fiscales regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la normativa propia de los delitos sexuales, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS.,



SABAS CHAHÚAN SARRAS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO


SCHS/MHS/FID

Anexo Oficio FN N°160/2009

**INSTRUCTIVOS Y OFICIOS QUE QUEDAN SIN EFECTO
POR OFICIO FN N° 160/2009**

1. **Oficio FN N° 191** de 24 de noviembre 2000, que da orientaciones sobre la investigación de delitos sexuales.
2. **Oficio FN N° 064** de 31 de enero 2002, que da orientaciones sobre procedimiento simplificado y rectificación de ciertos criterios de actuación del instructivo N° 15.
3. **Oficio FN N° 035** de 20 de enero 2003, que da algunas observaciones sobre Ley N° 19.846 Calificación de la Producción Cinematográfica.
4. **Oficio FN N° 080** de 05 de febrero 2003, que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado del Instructivo general N° 25, sobre investigación de delitos sexuales.
5. **Oficio FN N° 404** de 21 de agosto 2003, que da criterios de actuación en las suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales.
6. **Oficio FN N° 405** de 21 de agosto 2003, que orienta a los fiscales respecto de los alcances de la Ley N° 19.874 que facilita la denuncia en los casos de atentados sexuales.
7. **Oficio FN N° 007** de 12 de enero 2004, que amplía criterios de actuación en investigación de delitos sexuales.
8. **Oficio FN N° 035** de 26 de enero 2004, que analiza la Ley N° 19.927 que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil y fija orientaciones preliminares en relación al mismo cuerpo normativo.
9. **Oficio FN N° 148** de 27 de marzo de 2004, que instruye sobre situación de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos en la Reforma Procesal Penal.
10. **Oficio FN N° 061** de 28 de enero 2005, que complementa instrucciones contenidas en Oficio N° 035/2004, que rectifica criterios de actuación con respecto a la investigación de delitos sexuales y señala orientaciones frente a problemas originados por la nueva regulación de la Ley N° 19.927.
11. **Oficio FN N° 655** de 14 de noviembre 2005, que aborda las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.074 a los procedimientos simplificado y abreviado.
12. **Oficio FN N° 736** de 14 de diciembre 2005, que da comentarios sobre el artículo 4° de la Ley N° 20.084 que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes.
13. **Oficio FN N° 789** de 28 diciembre 2005, que da orientaciones jurídicas y criterios técnicos de evaluación de riesgos para la debida aplicación de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar.

14. **Oficio FN N° 259** de 29 de marzo de 2006, relativo a la protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales respecto de los imputados reclusos en recintos penitenciarios.
15. **Oficio FN N° 806** de 21 de agosto de 2006, que comenta alcances de sentencias que indica, en materia de delito continuado respecto de ilícitos sexuales, señala jurisprudencia en el mismo sentido y criterios de actuación que deben seguir los fiscales.
16. **Oficio FN N° 822**, de 24 de agosto de 2006, que complementa Oficio N° 806, sobre delito continuado.
17. **Oficio FN N° 1140**, de 13 de noviembre de 2006, que establece el sistema de distribución de investigaciones preliminares en relación con el delito del artículo 374 bis del Código Penal.
18. **Oficio FN N° 074**, de enero de 2007, que da cuenta de las actuaciones de la defensa en materia pericial en el marco de investigaciones por delitos sexuales.
19. **Oficio FN N° 128**, de 26 de enero de 2007, que establece medidas de publicidad en las audiencias que digan relación con los ilícitos del artículo 374 bis del Código Penal.
20. **Oficio FN N° 1233**, de 10 de septiembre de 2007, que entrega Orientaciones generales relativas a la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal, incorporado por Ley 20.207, publicada en el Diario Oficial de 31 de agosto de 2007.