



LA PRUEBA ANTICIPADA DE DECLARACIÓN JUDICIAL DEL NIÑO,
NIÑA Y ADOLESCENTE COMO MÉTODO DESTINADO A DISMINUIR
LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

Tesis para optar al grado de Magister de la carrera de Derecho

Yasna Patricia Páez Rubio
Profesor guía: Claudio Meneses Pacheco
Septiembre 2021

Tabla de Abreviaturas

Art.: Artículo

Cap.: Capítulo

CIFE: Curso Inicial de Formación Especializada

CDN: Convención Internacional de Derechos del Niño

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CPP: Código Procesal Penal

CPR: Constitución Política de la República

Inc.: inciso

Nº: Número

NNA: Niño, Niña y Adolescente

p.: página

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos

PFC: Programa de Formación Continua

Res: resolución

s.a.: sin año de publicación

SML: Servicio Médico Legal

Secc.: sección

SENAME: Servicio Nacional de Menores

URAVIT: Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos

Índice

RESUMEN	6
II CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N°21.057/2018	9
1. Victimización Primaria y Secundaria.....	9
1.1. Victimización primaria en NNA víctimas de delitos sexuales	11
1.2 Victimización Secundaria en casos de NNA víctimas de delitos sexuales	13
2. ¿Por qué debemos proteger en especial a estas víctimas NNA?	16
2.1 Normativa relativa a la protección de las víctimas	16
2.2 NNA como víctimas	17
2.3 Ley N°21.057/2018 en relación al interés superior del NNA	21
III ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA	23
1. El relato del NNA	23
2. En qué consiste la Entrevista Investigativa Videograbada	25
3. Requisitos básicos de una entrevista investigativa videograbada	26
3.1 Entrevistador competente y especialmente entrenado	26
3.2 Técnica específica o protocolo de entrevista	27
3.3 videograbación de calidad.....	28
3.4 Entorno favorable para el NNA.....	28
4. Beneficios de la entrevista investigativa videograbada	28
5. Sistemas de entrevistas investigativas videograbadas en relación con el juicio	29
5.1 Utilización de entrevista investigativa videograbada en reemplazo de comparecencia en juicio.....	30
5.2. La utilización de la entrevista investigativa videograbada en reemplazo del examen directo por parte del ente acusador	30
5.3. Utilización de la entrevista investigativa videograbada como una prueba más en el juicio ..	31
IV. ENTREVISTA VIDEOGRABADA DE LA LEY N°21.057/2018.....	32

1. Concepto de acuerdo con nuestra legislación	32
2. Objetivos de la entrevista videograbada	33
3 ¿Cumple la entrevista videograbada de la Ley N°21.057/2018 con los estándares internacionales?	33
3.1. Entrevistador especializado.....	33
3.2 Técnica de entrevista.....	35
3.3 Videograbación	37
3.4 Entorno favorable.....	38
3.4.1 Salas Especializadas	39
3.4.2 Contacto previo con URAVIT	39
V NÚMERO DE ENTREVISTAS A LAS QUE PUEDE SER SOMETIDO UNA VÍCTIMA NNA	41
1. Limitación a nuevas entrevistas	41
2. Diligencias investigativas	42
2.1 La denuncia	42
2.2 Los peritajes	44
3. Posibilidades de reproducción de la entrevista videograbada en el Juicio Oral	46
4. La declaración judicial	47
4.1 En qué consiste la declaración judicial	48
4.2 ¿Cómo se llevará a cabo el interrogatorio?	49
VI CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA Y EL DERECHO A DEFENSA DEL IMPUTADO.	52
1 Debido Proceso	52
2 El Derecho a Defensa.....	54
VII PRUEBA ANTICIPADA	57
1. Concepto	57
2. Regulación de la prueba anticipada.....	58

3. Prueba anticipada NNA	59
4. Ley N°21.057/2018 y prueba anticipada	60
VII CONCLUSIONES	66

RESUMEN

El principal objetivo de la Ley N°21.057/2018 es evitar la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Para lograrlo, introduce a nuestro ordenamiento la figura de la entrevista videograbada como diligencia de la investigación, regula una nueva forma en que la víctima entregará su testimonio al tribunal y modifica las normas sobre prueba anticipada del NNA. En la presente tesis analizaremos estas tres instituciones y explicaremos por qué en nuestra opinión la prueba anticipada es la forma más efectiva para evitar la victimización secundaria de estas víctimas sin desmedro de los derechos del imputado.

PALABRAS CLAVES

Victimización secundaria, entrevista videograbada, prueba anticipada, derechos del imputado, ley 21.057/2018.

I.- INTRODUCCIÓN

Una de las tareas más difíciles que me ha tocado asumir durante mi carrera profesional, ha sido el tomar declaración a las víctimas. Cuando me vi enfrentada a esta situación, temí no ser capaz de cumplir con todo lo que se me pedía al momento de entrevistar. Como nunca fui capacitada para ello no sabía si podría obtener toda la información sobre los hechos, realizar las preguntas pertinentes y de alguna manera ganar la confianza de la víctima, pero sin involucrarme emocionalmente.

Lo cierto es que las víctimas al llegar a la Fiscalía o al cuartel policial a declarar sobre un delito, se encuentran llenas de expectativas, tanto relativas a la persecución penal como a su seguridad y múltiples otros aspectos. Las víctimas no solo buscan una condena penal o una indemnización en dinero por los daños físicos y morales que les causó el hecho punible, sino que buscan también sentirse protegidas, obtener terapias de reparación psicológica, contención emocional, atención de salud y la satisfacción de diversas otras necesidades. Lamentablemente, el sistema de justicia penal no logra satisfacer ni siquiera aquella necesidad para la cual fue creado: la condena de un responsable.

Lo anterior, sumado al hecho de que los operados jurídicos muchas veces no son empáticos y desarrollan sus funciones de manera automática, sin reparar en el impacto que su actitud puede tener en el usuario, lleva a las víctimas a tener una mala experiencia en su paso por el sistema penal.

En este desalentador escenario, el caso de niños, niñas y adolescentes (NNA) víctimas de delitos sexuales es aún más agobiante. Para estas víctimas, que se encuentran en un proceso de formación físico, intelectual y emocional, las consecuencias de estos ilícitos pueden traerles secuelas para el resto de sus vidas; y sumarle a ello el estrés psicológico que significa entrar en contacto con el sistema punitivo puede resultar ser aún más victimizante que el delito mismo.

Existen muchos prejuicios en relación con los NNA y su participación como víctimas y testigos en el proceso penal. Se cree que pueden ser fácilmente manipulados, que mienten, que son incapaces de recordar sucesos que han vivido y que no distinguen fantasía de la realidad. Todos estos prejuicios llevan a que sus testimonios sean cuestionados por los operadores y que sean interrogados una y otra vez para, de esa manera, “asegurarse” que no están equivocados, que no se confundieron o que no inventaron los hechos que denuncian. La victimización que genera métodos de este tipo salta a la vista.

Si bien el Poder Judicial, el Ministerio Público y otras instituciones públicas y privadas habían realizado significativos esfuerzos por otorgar a NNA víctimas de delitos el trato que se merecen y al cual tiene derecho conforme a los tratados internacionales, no existía en nuestro ordenamiento una normativa de carácter legal aplicable a cada uno de los actores del sistema de justicia penal.

Ante esta situación se realizó un importante trabajo interinstitucional para lograr la dictación de una ley que regulara estos aspectos, surgiendo así la Ley N°21.057/2018, que regula el modo en que NNA víctimas de delitos sexuales se relacionan con los diversos

actores del sistema, respetando sus derechos y consagrando el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, con el fin de evitar una revictimización. La ley insta en nuestro ordenamiento la figura de la entrevista videograbada como único método de toma de declaración en la fase de investigación penal, pero además determina cómo se rendirá la declaración en juicio y modifica las normas sobre prueba anticipada.

Es necesario señalar que la ley no se basta a sí misma y contempla la dictación de un reglamento y de diversos protocolos de actuación que debieron ser elaborados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, generando así todo un sistema de regulación que implica una importante reforma a nuestro sistema procesal penal.

En el presente trabajo analizaremos el contexto en el cual surge la Ley N°21.057/2018, y explicaremos por qué era una necesidad imperante la dictación de este cuerpo normativo para evitar la victimización secundaria de NNA y proteger así especialmente la esfera de derechos de estas víctimas de delitos sexuales. Luego analizaremos en dos capítulos la institución de la entrevista investigativa videograbada, tanto desde una perspectiva general desde el Derecho internacional, como la específica normativa incorporada por esta ley. Posteriormente, nos referiremos a las diversas oportunidades en que el NNA entrega su testimonio en el proceso penal, en especial, la declaración judicial y nos preguntaremos por qué no es factible reproducir la entrevista videograbada en juicio en reemplazo a la declaración judicial, precisamente para evitar someter a estas víctimas penales al trance de nuevos interrogatorios. Es con motivo de este cuestionamiento donde profundizaremos en el conflicto entre interés superior del NNA y las garantías del imputado, para proponer que la prueba anticipada, a la luz de nuevas normas de la Ley N°21.057/2018 puede transformarse en la mejor herramienta para evitar la victimización secundaria y alcanzar así los objetivos de la ley, sin mermar con las garantías procesales del imputado.

II CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N°21.057/2018

La Ley N°21.057/2018 regula las entrevistas videograbadas y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos. El objetivo de esta ley es prevenir la victimización secundaria de niños niñas y adolescentes que hayan sido víctima de los delitos que señala el art. 1 de la ley, el cual si bien contempla un campo de aplicación bastante amplio¹, a lo largo de este trabajo nos referimos a ellos como delitos sexuales, ya que es en relación a éstos que surge intención de legislar.

La dictación de esta ley viene a crear un estatuto especial para NNA víctimas de delitos, estableciendo la forma en que estos intervendrán en el proceso penal, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, basado en el principio de interés superior de niño y con el claro objetivo de evitar que su paso por el proceso penal traiga consecuencias negativas para estos sujetos.

Con el objeto de entender el propósito de esta ley, en el presente capítulo analizaremos el fenómeno de victimización secundaria y daremos cuenta de los motivos por los cuales se establece este estatuto especial a favor de los NNA.

1. Victimización Primaria y Secundaria

La ley menciona en dos artículos el concepto de Victimización Secundaria, en primer lugar, en el art. 1 donde establece su objetivo, indicando, en el inc. segundo, que, mediante la prevención de la victimización secundaria, se busca evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los NNA con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos ya señalados. En segundo lugar, en el art. 3 al hablar de los principios rectores de la ley, señala en la letra d) a la prevención de la victimización secundaria como un principio rector, indicando que las personas que intervengan en las

¹ los delitos que establece la ley son los siguientes: violación (art. 361 y 362 del CP.) Estupro (art. 365 del CP); Abuso sexual (art. 365 bis, 366, 366 ter y 366 quater del CP.); producción, distribución, adquisición y almacenamiento de material pornográfico (art. 366 quinquies y 374 bis del CP), promoción o facilitación de la explotación sexual de NNA (art. 367 y 367 ter. Del CP); violación con homicidio (art. 372 bis del CP.), Tráfico de migrantes. (art. 411 bis CP.); promover o facilitar la entrada o salida de personas del país para la prostitución (art. 11 ter del CP), trata de personas (art. 411 quater CP.), secuestros agravados (art. 141 incisos 9 y 5º del CP), sustracción de menores (art. 142 del CP). Parricidio y femicidio (art. 390 del CP), homicidio simple o calificado (art. 391 del CP.), castración (art. 395 del CP.), lesiones graves gravísimas (art. 397 N° 1 del CP) y Robo con homicidio o violación (art. 433 N° 1 del CP.), como puede apreciarse, el listado de delitos que abarca esta ley es más extenso que el catálogo de delitos sexuales, incorporado otros delitos que el legislador ha considerado de gran afectación para las víctimas y meritorios de las medidas especiales que la ley contempla.

etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica, así como la privacidad de los menores de edad.

Para entender claramente de que hablamos al referirnos a la victimización secundaria, debemos distinguirla de la victimización primaria.

Cuando hablamos de victimización primaria nos referimos a las consecuencias o efectos directos del delito, la víctima o sujeto pasivo del delito, a raíz del hecho delictual puede sufrir consecuencias físicas, como serían las lesiones producto de una agresión, consecuencias patrimoniales, como la pérdida de sus bienes materiales en caso de un robo y consecuencias psicológicas, que pueden presentarse en cualquier tipo de delito con diferente intensidad dependiendo de los medios de comisión, bienes jurídicos afectados y particularidades de cada víctima.

Por su parte, la victimización secundaria responde a otro concepto, tal como señala Duce, la víctima de un delito se ve afectada en un doble orden, de manera primaria, por las consecuencias directas del hecho delictual y en un segundo orden la víctima también se verá afectada cuando entre en contacto con el sistema penal. De acuerdo con el autor, esta segunda afectación se produce por las expectativas que tiene la víctima de un resultado favorable que en la mayoría de los casos no se alcanza y también por entrar en contacto con funcionarios judiciales, abogados y ritualidades del proceso que le son ajenas y desconocidas. (1994 p. 154)

Para Gutierrez de Piñeres, Coronel y Pérez, con base en lo señalado por la doctrina, es posible definir a la victimización secundaria como “las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctimas con el sistema jurídico penal, supone un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión a cerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas e inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a las necesidades de las mismas.” (2009 p. 50).

Por su parte, para Albertín la victimización secundaria se deriva de las relaciones de la víctima con las instituciones sociales (servicios sociales, sanitarios, medios de comunicación, jurídicos, etc.), señala este autor que “resulta grave cuando es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia, además se afecta al prestigio del propio sistema.” (2006 p. 255)

En este sentido, Beristain señala que por victimización secundaria se entiende los sufrimientos que a las víctimas, testigos y mayoritariamente los sujetos pasivos de un delito, les imponen las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias etc., este autor señala que “gracias a numerosas investigaciones hemos tomando conciencia de que quien padece un delito, al entrar al aparato judicial en vez de encontrar respuesta adecuada a sus necesidades y derechos recibe una serie de posteriores e indebidos sufrimientos e incomprensiones en las diversas etapas en que transcurre el proceso penal,

desde el policial al penitenciario, pasando por la instancia judicial y pericial.” (1994, p. 105).

De acuerdo con la Comisión Técnica de Garantías de Derechos de NNA en Procesos Judiciales (Consejo Nacional de la Infancia, 2015 p. 19) la victimización secundaria “hace referencia a la inadecuada atención que recibe la víctima una vez que entra en contacto con el sistema de justicia. Se le considera una reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima re-experimenta una nueva violación a sus derechos cuando la policía, las instituciones sociales y gubernamentales intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima a nivel económico, social, físico y psicológico. También se ha afirmado que este tipo de victimizaciones ocurre cuando los otros (que no han sido víctimas) responden de forma negativa a las víctimas, por su orientación sexual, condición racial, étnica o religiosa”.

1.1. Victimización primaria en NNA víctimas de delitos sexuales

En relación específica al caso de delitos o agresiones sexuales, los efectos o consecuencias directa son múltiples, más allá de las lesiones físicas que pueden presentarse, la afectación psicológica es significativa, Fernández- Ballesteros señala que la gravedad de las consecuencias dependerá de diversas circunstancias, dentro de las que se destaca la duración, la existencia de penetración, las heridas, utilización de armas intimidatorias, el miedo a morir durante la agresión, el que sea realizado en grupo, etc. Pero existen otras que están ligadas a la víctima y que tienen que ver con su estado psicológico previo, la salud en general y su adaptación al entorno. (2006 p. 104). El autor distingue entre síntomas a corto, mediano y largo plazo, con relación a los primeros refiere quejas físicas, alteraciones del apetito trastornos del sueño, pesadillas, desánimo, ansiedad y miedo generalizado y tendencia al aislamiento, en esta etapa la conducta global está desorganizada y existe cierta dificultad para retomar la vida cotidiana. En relación con los segundos, señala depresión, pérdida de la autoestima, dificultades para la interacción social y disfunciones sexuales, se retoma la vida habitual, pero con ciertas limitaciones, son frecuentes los miedos, estando estos relacionados con estímulos que recuerdan la agresión. Por último, en relación con las consecuencias a largo plazo señala las siguientes: irritabilidad, desconfianza, alerta excesiva, embotamiento afectivo, disfunciones sexuales y capacidad disminuida para disfrutar la vida y la relación de pareja suele verse afectada en gran medida. (Fernández Ballesteros 2006, p. 105).

En el caso de agresiones sexuales contra NNA, las lesiones físicas pueden ser múltiples, Rozansky nos señala que los daños físicos que se detectan con mayor frecuencia en las niñas abusadas se ubican especialmente en la zona genital y anal y consisten en desfloración temprana, himen complaciente, desgarró vaginal y rectal, hemorragias vaginales y rectales, flujo e infecciones genitales, anales y rectales, embarazos, además de

otras lesiones leves como hematomas y escoriaciones en diversas partes del cuerpo. (2003 p. 60)

Intebi se refiere a los indicadores de abuso sexual, señalando que la sospecha o certeza de que un NNA ha sido víctima de agresiones sexuales se basa en la observación de estos indicadores específicos, que se presentan como consecuencia del abuso, señala que existen indicadores físicos que certifican la existencia de una agresión, pero que estos no siempre están presentes, se refiere a lesiones en zonas genitales y/o anal, infecciones genitales o de transmisión sexual y embarazo, también advierte la presencia de indicadores físicos inespecíficos tales como trastornos psicossomáticos como dolores abdominales, dolores de cabeza, trastornos de la alimentación, fenómenos regresivos como la enuresis y encopresis, infecciones urinarias, etc. Por otro lado, nos señala que se presentan los indicadores conductuales de probable abuso sexual como son las conductas hipersexualizadas y/o auto eróticas y muestras de conocimientos sexuales inusuales para edad, además de una serie de indicadores conductuales inespecíficos como retraimiento social, síndrome de estrés postraumático, hiperactividad, fobias etc. (2012 p. 105).

La fundación Amparo y Justicia (2018 p. 8) nos advierte que las agresiones sexuales pueden generar un trauma en las víctimas que no solo es de carácter psicológico, sino también neuronal y cognitivo. Ante eventos traumáticos como delitos sexuales, el cortisol hormona encargada de prepararnos para el enfrentamiento de situaciones de tensión, comienza a secretarse de manera prolongada en el cuerpo, puesto que para ese NNA siempre habrá un contexto de tensión y eventual riesgo de volver a ser agredido sexualmente. La exposición constante y excesiva a dicha hormona genera daños a corto y largo plazo en órganos cerebrales que en el caso de NNA, son de mayor gravedad dado que se encuentran en proceso de desarrollo, afectando su memoria y capacidad de estructuración del relato pudiendo incluso producirse secuelas irreparables al organismo.

De acuerdo con el estudio realizado por UNICEF Chile (2006 p. 16), hay una gran variabilidad en la naturaleza y extensión del estrés psicológico que experimentan los NNA, el impacto del abuso sexual infantil, la sintomatología y patologías que pueden producir son variados y muchos de ellos no se presentan de inmediato. Los efectos dependerán de las características iniciales de los NNA, incluyendo sus recursos emocionales, sociales, lo que implica factores de riesgo y factores protectores.

Estas consecuencias directas del delito sexual, que experimentan las víctimas son claramente de gravedad y alto impacto en la persona, ya que no solo se trata de lesiones físicas que de mayor o menor gravedad puedan ser sanadas mediante la medicina, sino que también nos encontramos ante afectaciones a nivel emocional y psicológico que pueden tener repercusión durante el resto de la vida y si pensamos que además son afectados NNA que aún no han terminado ni siquiera su desarrollo físico, si pensamos en niños y niñas cuyo cerebro aun está en formación, no somos ni capaces de sopesar el daño que el abuso sexual puede causar en ellos. Lamentablemente, esta no son las únicas consecuencias que ellos deben enfrentar.

1.2 Victimización Secundaria en casos de NNA víctimas de delitos sexuales

La victimización secundaria en NNA víctimas de delitos sexuales se manifiesta de diversas formas y en las diversas etapas del procedimiento, desde la toma de denuncia hasta la sentencia.

Esta victimización secundaria se produce por diversos factores, por ejemplo, por el desconocimiento de parte de las autoridades, policías e intervinientes respecto del fenómeno del abuso sexual y de los derechos de las víctimas, la congestión e ineficiencia judicial que favorece procesos largos que no entregan una respuesta oportuna a las víctimas, también por el hecho de que los fines del proceso sean diferentes a los intereses de la víctimas, y muchas veces el interés por la persecución penal y castigo del imputado pasa a llevar los intereses y derechos de la víctimas, sin mencionar una serie de factores culturales y sociológicos que llevan a que las víctimas de agresiones sexuales sean muchas veces discriminadas y culpabilizadas. (Poder Judicial, s.a. p. 28)

Para Rochel (2005) algunos factores que influyen para que se desarrolle un ambiente revictimizante en el ámbito judicial son los siguientes:

- Falta de información a la víctima de los ritos y tiempos procesales.
- Frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena.
- La víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario.
- Lentitud procesal.
- La propia subjetividad de los profesionales y sus condiciones de trabajo.
- Racionalización por parte de algunos profesionales de la situación de la víctima.
- La forma en que se tipifican los delitos en los códigos penales y la definición del sujeto pasivo de dicho delito.
- Intervenciones iatrogénicas en las cuales el personal encargado de la atención a las víctimas con su intervención, producen más daño que el mismo hecho delictivo.

Rozanski nos señala que existen malas prácticas en los intervinientes del proceso penal, transformando en un calvario el realizar la denuncia, ya que muchas veces son derivados por la policía a la fiscalía, por la fiscalía a la policía ocasionando un peregrinar de la víctima por diversas instituciones, indica además que muchas veces el personal encargado de recibir las declaraciones de NNA no está capacitado y existe un desconocimiento del fenómeno del abuso sexual, incluso por parte de los jueces. (2003 p. 154).

De acuerdo a UNICEF Chile (2006 p.99), uno de los factores más revictimizantes es la multiplicidad de declaraciones o relatos que debe realizar el NNA y resulta ser una de las principales causas de victimización secundaria.

En la práctica, el camino del NNA víctima de delito sexual comienza con la develación del hecho, lo cual ocurre por general con el relato que entrega el NNA a un

interlocutor que suele formar parte de la red social, ya sea su red más íntima o la red institucional que los acompaña. En este sentido la develación del hecho puede ser realizada a un adulto cercano, como la madre u otro familiar o también a algún profesor o psicólogo del sistema de salud o apoyo de centros especializados. Cabe tener presente que muchas veces los NNA demoran en realizar esta develación, esto ocurre por la especial dinámica de los delitos sexuales donde en general existe una asimetría de poder entre el abusador y la víctima, aprovechándose el primero de ventaja intelectual y física para desarrollar una dominación en la víctima, como señala Perrone y Nannini “el poder se vuelve un medio para dominar y controlar al niño. El adulto lo utiliza en provecho propio, su posición le sirve para sus fines sexuales”. Así, la víctima queda atrapada, el agresor paraliza las capacidades de respuesta de la víctima, lo cual, sumado a posibles amenazas y manipulaciones realizadas por el agresor, el NNA teme que con la develación del hecho se originen consecuencias negativas para él y su entorno. (2014, p. 144).

Tras la develación, el NNA debe volver a relatar los mismos hechos en incontables oportunidades, en general el NNA entra en contacto con el sistema procesal penal mediante la denuncia ante las policías o al Ministerio Público. Antes de la dictación de la Ley N°21.057/2018, no existía una norma específica en relación a la denuncia en este tipo de delitos, el Ministerio Público mediante el oficio 914/2015 de la Fiscalía Nacional establecía que en la recepción de la denuncia el funcionario policial debía limitarse a consignar en el parte solo los datos de la víctima y las circunstancias del hecho, sin tomarle declaración, datos que debería obtener en el caso de víctimas NNA, del adulto responsable que los acompañe. Sin embargo, éste sólo es un instructivo y el trato que reciben NNA al momento de denunciar los hechos depende del criterio del funcionario policial o funcionario de la fiscalía que tome la denuncia. En este sentido no es lo mismo denunciar en una gran ciudad, donde es probable que carabineros o PDI pueda tener funcionarios especializados e incluso salas acondicionadas para estos efectos, que denunciar en un pueblo pequeño, donde todo el mundo te conoce, en un retén que tiene dos oficinas y el calabozo. Lo mismo puede aplicarse al caso de denunciar en Fiscalía directamente, donde muchas veces te toca esperar por horas a ser atendido, y donde no necesariamente la denuncia la tomará un abogado capacitado en el tema, lo más probable es que primero debas relatar en el mesón de atención al público lo que vienes a denunciar, para luego recién ser atendido por un funcionario que tome la denuncia, en una oficina cualquiera, sin ninguna consideración especial.

De acuerdo a Unicef Chile (2006 p. 52) las denuncias son realizadas principalmente a través de Carabineros, y en comisarías o retenes por un adulto responsable, sin embargo, resulta habitual que los familiares o adultos responsables del niño concurran a realizar la denuncia acompañados de la propia víctima, además indican que muchas veces tras la toma de la denuncia deben realizarse otras diligencias instruidas por el fiscal, como la derivación de la víctima a constatar lesiones a algún servicio de salud.

El primer relato oficial del NNA es su declaración ante la Fiscalía, esta etapa siempre ha sido de suma importancia para la investigación, ya que del relato del NNA podrá dilucidarse en qué consistió el hecho denunciado, el autor del mismo y los antecedentes específicos que permiten enmarcar ese hecho con los distintos tipos penales contemplados en nuestro Código Penal, esta declaración cobra mayor relevancia en casos de delitos sexuales, porque resulta propio de estos delitos que no existan testigos de estos hechos y que muchas veces la evidencia médica sea limitada.

De acuerdo con el instructivo 914/2015 de la Fiscalía Nacional, al fiscal le corresponde participar personalmente en la toma de declaración de la víctima sin perjuicio de la posibilidad de derivar dicha diligencia a profesionales especializados del Ministerio Público, lo cual implica en la práctica que estas declaraciones son tomadas por los abogados asistentes de fiscal, quienes dependiendo de la Fiscalía Local a la que pertenezcan tendrán mayor o menos especialización en el tema.

Este mismo instructivo, señala que solo de manera excepcional se delegará esta función en funcionarios especializados de las policías, que en general serán funcionarios de Brigada de delitos sexuales y menores de la Policía de Investigaciones.

Debemos considerar también que el NNA, dependiendo del tiempo que ha transcurrido entre los hechos y la denuncia, será derivado a un establecimiento de salud donde le realizarán exámenes físicos y donde nuevamente se le preguntará por parte de los facultativos que le ha pasado y posteriormente es probable que deba relatarlo nuevamente al momento de realizar peritajes psicológicos, de extensión del daño o de credibilidad, tan comunes en este tipo de delitos, lo cual implica para los NNA, revivir nuevamente el hecho con las consecuencias emocionales y psicológicas que esto puede derivar.

Por último, el NNA debe declarar en el juicio ante el Tribunal del Juicio Oral. El CPP no contempla normas especiales referentes a la declaración de NNA salvo en lo dispuesto en el art. 191 bis del CP, el cual regula la prueba anticipada en el caso de NNA, pero de manera facultativa, a solicitud del fiscal y solo para un número reducido de delitos y en determinadas circunstancias. En el resto de los casos el NNA debía presentarse como un testigo más a declarar en la sala de audiencia, quedando a merced de la empatía y buen trato que jueces, fiscales y abogados defensores pudieran brindarle.

En cada una de estas instancias, no existía una regulación legal que obligará a los distintos intervinientes a relacionarse de una determinada manera con estas víctimas, siendo recurrente que se utilice un lenguaje inadecuado o demasiado técnico, se realicen preguntas sugestivas o se intente incluso confundir al NNA. Existen una serie de mitos relativos al relato infantil, a la credibilidad y capacidad de memoria de NNA y el daño que pueden hacer personas sin capacitación, aun cuando tengan las mejores intenciones, conviniendo que no siempre las tienen, es enorme.

La Ley N°21.057/2018 viene a cambiar esta realidad, estableciendo un nuevo sistema de abordar al NNA víctima de delitos sexuales, para evitar su revictimización, estableciendo un sistema completamente novedoso en nuestra legislación respecto a la toma

de denuncia, la entrevista como diligencia investigativa y la declaración judicial de NNA, además de modificar diversas normas legales y reglamentarias, de carácter administrativo y sanitario para dar un trato diferente a estas víctimas.

2. ¿Por qué debemos proteger en especial a estas víctimas NNA?

Si como hemos señalado todas víctimas pueden sufrir victimización secundaria, ¿Por qué debemos proteger especialmente a NNA?, ¿Qué nos obliga a modificar nuestra legislación y tratarlos de manera diferente respecto de otras víctimas e intervinientes en el proceso penal?

2.1 Normativa relativa a la protección de las víctimas

Cuando hablamos de NNA víctimas de delitos sexuales, lo primero que debemos tener en cuenta es que como a cualquier persona víctima de un delito, la CPR, las leyes y Tratados Internacionales ratificados por Chile, le reconocen derechos, y en el caso de nuestra legislación la víctima es considerada como interviniente en el proceso penal y no sólo como un simple testigo (artículo 12 del CPP).

A nivel constitucional, el art. 19 N° 3 establece que la CPR asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, en su inc. 4 en relación con la víctima señala: “La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.”

De acuerdo con el art. 83 de la CPR, al Ministerio Público le corresponde la adopción de medidas tendientes a proteger a víctimas y testigos, y además este artículo establece la posibilidad de que el ofendido por el delito ejerza la acción penal.

Por su parte el art. 6 del CPP establece la obligación del Ministerio Público de proteger a la víctima durante todo el procedimiento y del tribunal de garantizar sus derechos. Además, impone al fiscal la obligación de promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otro mecanismo que permita la reparación del daño causado a las víctimas y, por último, pero no menos importante, en su inciso final establece la obligación de las policías y demás organismos auxiliares de otorgar un trato acorde a la condición de víctima procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiera intervenir.

El art. 109 del CPP establece los derechos que tiene las víctimas en el procedimiento, los cuales dicen realización con la posibilidad de presentar querrela, ejercer acciones civiles, solicitar medidas de protección y ser oída por el tribunal.

Con relación a la ley Orgánica del Ministerio Público, en el art. 1 se establece nuevamente la obligación constitucional de dar protección a las víctimas, y es a raíz de esta

obligación que el Plan Estratégico del Ministerio Público 2006-2022, establece como un área estratégica de trabajo, la relación y atención a los usuarios, contemplando como una de sus principales líneas de acción, generar protocolos de acompañamiento y protección de víctimas y testigos. En esta misma línea, el Plan Institucional Anual del Ministerio Público 2019, establece como uno de sus objetivos incorporar a las víctimas y testigos como sujetos de derecho en el rol de actores claves en la persecución penal.

2.2 NNA como víctimas

En lo relativo a NNA víctimas de delitos, además de este deber general de protección, existe otro nivel de protección, dado por el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y por ser considerados un grupo especialmente vulnerable.

Los NNA han sido reconocidos como sujetos de derechos a partir de la Convención Internacional de Derechos del Niño, en adelante CDN, esta convención en su artículo 2.1 establece la obligación de los estados de respetar los derechos enunciados en ella y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independiente de la raza, el color, el sexo el idioma, la religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de niño, sus padres o de sus representantes legales.

El reconocimiento de los niños como sujetos de derechos es de gran importancia, la historia de los niños en nuestra sociedad no es fácil de narrar, Rozansky nos relata que desde la antigüedad el abandono y asesinato de niños recién nacidos era común, el maltrato y castigos corporales hacia NNA una práctica generalizada que quedaba en el ámbito privado de la familia, este autor nos señala que en Estados Unidos recién en el año 1875 el estado intervino y alejó a una niña de 9 años de sus padres por maltrato infantil. (2003, p. 25 ss.)

Esta realidad ha cambiado en las últimas décadas y la CDN aprobada en 1989 y ratificada por Chile 1990, reconoce que los niños son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social y con derecho a expresar libremente sus opiniones.

Las normas de la CDN son obligatorias para los estados firmantes y deben informar al Comité sobre Derechos del Niño de los pasos que han tomado para aplicar lo establecido en la convención.

En el art. 3.1 de la CDN se establece el principio de interés superior del niño, señalando que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por su parte en el art. 3.2 de la CDN, se señala que Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas

responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, promulgado en Chile mediante el decreto 225 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 08 de agosto de 2008, en su art. 8 establece la obligación del Estado Parte de proteger en todas las fases del proceso penal, los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas que prohíbe el Protocolo, debiendo en particular reconocer la vulnerabilidad de los NNA víctimas y adoptar los procedimientos de forma que reconozcan sus necesidades especiales, incluso en su calidad de testigos; prestar la debida asistencia durante todo el proceso, asegurar su derecho a ser oídos, proteger su intimidad, velar por su seguridad y evitar dilaciones innecesarias.

También establece que los Estados Parte deberán garantizar que en el tratamiento por la justicia penal a NNA, se tenga en consideración primordial el interés superior del niño.

Además, establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para asegurar una formación apropiada de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos por el protocolo.

Las Naciones Unidas en su resolución 20 del año 2005, del Consejo Económico y Social, establece directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niñas y niños víctimas de delitos, donde señala que reconoce que los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les causa perjuicios y traumas adicionales, indica además que la participación de los niños que son víctimas de delitos es necesaria para un enjuiciamiento efectivo, especialmente cuando el niño puede ser el único testigo. Por lo anterior, en dicho documento se dan una serie de directrices a seguir por los Estados Miembros, a fin de que sean consideradas por estos para mejorar la protección de que gozan los niños víctimas de delitos en el sistema de justicia penal.

Cabe destacar las siguientes directrices:

- Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física mental y moral.

- La injerencia en la vida privada el niño deberá limitarse al mínimo necesario, manteniéndose al mismo tiempo normas exigentes en la reunión de pruebas a fin de garantizar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia.

- Con el fin de evitar al niño mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor.

- Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones.

- Los profesionales deberán adoptar y aplicar medidas para que a los niños le resulte más fácil prestar testimonio o declarar a fin de mejorar la comunicación y comprensión en las etapas previas al juicio y durante éste. Entre esas medidas podrán figurar las siguientes: a) que especialistas en niños víctimas y testigos de delitos atiendan a las necesidades especiales del niño; b) que personal de apoyo, incluidos especialistas y los familiares apropiados, acompañen al niño mientras presta testimonio; c) si procede, que se nombre un tutor que proteja los intereses jurídicos del niño.

- Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detención, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y dignidad.

- Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delito a fin de: a) prestarles apoyo, incluso acompañando al niño a lo largo de su participación en el proceso de justicia, cuando ello redunde en el interés superior del niño; b) proporcionarles certidumbre sobre el proceso, de manera que los niños víctimas y testigos de delitos tengan ideas claras de lo que cabe esperar del proceso, con la mayor certeza posible. La participación del niño en las vistas y juicios deberá planificarse con antelación y deberán extremarse los esfuerzos por garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso; c) garantizar que los juicios se celebren tan pronto como sea práctico, a menos que las demoras redunden en el interés superior del niño. La investigación de los delitos en los que estén implicados niños como víctimas y testigos también deberá realizarse de manera expedita y deberá haber procedimientos, leyes o reglamentos procesales para acelerar las causas en que esos niños estén involucrados; d) utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño solo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

- Además los profesionales deberán aplicar medidas para: a) limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo; b) velar por que los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberá proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas; c) asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) establece que se entiende por persona en situación de vulnerabilidad, indicando que se trata de personas que, en razón a su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas étnicas /o culturas se encuentran especiales dificultadas para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia sus derechos. En este sentido establece que NNA es toda persona menor de 18 años, sosteniendo que estos deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. (Cap. II secc. 1 N° 2). Señala que se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización, indica que se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (Cap. II secc. 1 N° 10).

Con el objeto de evitar la reiteración de declaraciones, se recomienda adaptar los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad. Para ello, puede ser necesaria “la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales” (Cap. II, Secc. 4, N°1)

La XVI Asamblea General de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos AIAMP, ratificó el año 2008 las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”. Respecto a NNA víctimas de delitos, se parte de la siguiente premisa: “Los niños

y adolescentes son víctimas definidas por la más alta vulnerabilidad, la cual viene dada tanto por su propia condición como por el hecho de que en muchas ocasiones es su propio entorno el que acoge la producción del delito”.

Con el objeto de evitar la revictimización que produce en el menor de edad su participación en el proceso, la declaración de su testimonio, así como, la necesaria contradicción de este, deben realizarse siguiendo las siguientes orientaciones:

- La víctima debe ser acompañada por un familiar cercano o profesional calificado;
- El interrogatorio debe ser conducido por un profesional especialmente entrenado para ello;
- Debe evitarse el contacto entre la víctima y el imputado;
- La diligencia debe realizarse en un lugar y tiempo idóneo, no hostil;
- Debe procurarse que el niño o adolescente participe un mínimo de veces, idealmente una única vez, de las diligencias necesarias del proceso.

2.3 Ley N°21.057/2018 en relación al interés superior del NNA

La Ley N°21.057/2018 viene a cumplir con estas obligaciones y recomendaciones internacionales, señalando como uno de sus principios rectores el interés superior de NNA, indicando que éstos son sujetos de derecho, por lo cual las instituciones y personas que deban intervenir en las etapas de denuncia investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso puedan ejercer plenamente su derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades.

Como señalamos, la CDN en su art. 3.1 consagra el principio de Interés superior del niño, pero no establece el concepto o contenido de éste, como nos señala Aguilar, cuando hablamos del interés superior del niño no nos referimos simplemente a lo que le conviene al NNA o lo que un juez cree que es lo mejor para el niño, si no que significa decidir sobre los Derechos Humanos de los niños (2008, p. 229). Así Gatica y Chaimovic señalan que “el interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño o niña. Así ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del estado pueden ser considerados prioritarios en relación con los derechos del niño/ niña.” (2004).

Resulta de gran importancia esta consagración del interés superior del NNA como un principio rector del proceso penal, atendido que en muchas oportunidades este principio entra en conflicto con los fines del proceso, el cual busca establecer la realidad de los hechos, y en la averiguación de esta puede pasar a llevar los Derechos Humanos de NNA, en especial en casos de delitos sexuales donde en pos de la obtención de pruebas se interroga repetidamente a los NNA. De acuerdo a la UNICEF respecto al relato de NNA víctimas de delitos sexuales señala que “el relato tiende a ser precario en termino de

lenguaje utilizado, la lógica argumentativa o la cantidad de detalles que lo componen” (2006 p 120), además la obtención del mismo está sujeta a dificultades tales como la negativa del niño a hablar o el hecho de que el NNA vaya pormenorizando o complejizando su relato en entrevistas progresivas, también tiende a priorizarse la obtención de pruebas físicas del abuso sexual lo que se traduce en exámenes médicos físicos que pueden traer una serie de consecuencias negativas para el NNA.

Es necesario tener presente, que como hemos señalado, el Ministerio Público debe además proteger a las víctimas y los NNA víctimas de delitos sexuales son en general derivados a la URAVIT, pero muchas veces esta protección dificulta la persecución penal, generándose un conflicto entre el proceso de reparación del NNA y su participación en el proceso.

De acuerdo con la historia de la Ley N°21.057/2018, el proyecto señala que el objetivo de este es reducir el impacto negativo que importa el proceso penal para un menor de edad víctima de delitos sexuales, adecuando las normas del procedimiento que lo rige a las especiales circunstancias de NNA. Esta adecuación consiste en la implementación del sistema de entrevistas videograbas, el cual tiene por objeto limitar el número de veces que un menor de edad víctima pueda ser entrevistado en el marco de la investigación penal, reconociendo que esta regulación supone una limitación a las herramientas de persecución penal y defensa de los imputados, otorgándole primacía al principio del interés superior del niño sobre los principios fundantes del proceso penal como la oralidad, la inmediación y la publicidad.

III ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA

En la mayoría de las investigaciones penales, resulta relevante la toma de declaración de la víctima, de este testimonio suele obtenerse un relato claro de los hechos, identificación de los partícipes y los antecedentes necesario para desarrollar las distintas líneas investigativas que llevará a cabo el ente persecutor. En el caso de delitos sexuales, esta entrevista cobra especial relevancia, atendido que por regla general no existen testigos de los hechos ni otros medios de prueba, salvo aquellos relacionados con la víctima misma, como informes o peritajes médicos.

En relación con las víctimas NNA, la toma de sus testimonios reviste una especial importancia dada las características del sujeto, su desarrollo intelectual y emocional, y en el caso de delitos sexuales, por la especial dinámica que revisten estos delitos.

Como hemos señalado, una de las principales causas de victimización secundaria en NNA víctimas de delitos sexuales es la reiteración de declaraciones del NNA, ya que la obtención del relato no solo se da al momento de tomarle su declaración como diligencia investigativa, sino que también muchas veces a la hora de hacer la denuncia, al momento de someterse a exámenes físicos, peritajes psicológicos, y por supuesto, al momento de declarar en el juicio oral.

Como pudimos observar en el capítulo anterior, muchas de las recomendaciones dadas por organismos internacionales para evitar la victimización secundaria, tiene que ver con la toma de declaración del NNA, sugiriendo que esta diligencia sea tomada por un experto y que sea videograbada a fin de registrar tanto el lenguaje verbal como corporal del NNA y permitir así su posterior reproducción. Tomar estas medidas respecto de NNA es de suma importancia ya que el relato de aquellos presenta importantes particularidades que deben ser consideradas al momento de llevar a cabo esta diligencia.

1. El relato del NNA

Resulta de suma importancia para evitar la victimización secundaria que los operadores del sistema de justicia no solo estén familiarizados con el fenómeno de la violencia sexual, sino también con las características de los NNA y sus habilidades y limitaciones para otorgar su relato.

Tal como nos señala la fundación Amparo y Justicia, diversas investigaciones han demostrado que existen ideas preconcebidas respecto al relato de NNA, se suele creer que no tiene competencia suficiente para recordar y narrar hechos, que no son capaces de diferenciar fantasía de la realidad o que pueden ser fácilmente sugestionados o manipulados. (2016, p. 41)

En base al análisis realizado por Amparo y Justicia (2016, p. 43) hay diversos factores que influyen en la forma en que un NNA da cuenta de una situación vivida, entre

los que se encuentran, la edad, la memoria, las capacidades comunicativas, el manejo de conceptos temporo-espaciales, la distinción entre fantasía y realidad y la sugestionabilidad.

Lo primero que debemos entender es que, como nos señala Schade el niño declara como lo hace cualquier testigo, es decir, basado en lo que recuerda, en su memoria (2013, p. 600) la pregunta es por tanto ¿puede un NNA recordar y dar su relato de la misma manera que un adulto?

En este sentido Berlinerblau (2011) nos señala que, aunque los niños pueden recordar incidentes que hayan experimentado, la relación entre edad y memoria es compleja, sin embargo, los niños tienen la habilidad para brindar testimonio de manera acertada, en la medida en que se les permita contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos. Esta autora nos indica que incluso los niños en edad preescolar, desde los 2 años pueden brindar un relato, ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tiene importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastantes precisos y bien estructurados, claro está que existen también deficiencias y hay que tener en consideración que los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos, ciertas características físicas de las personas como la edad, altura o peso y pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. (1998)

Según Schade la capacidad para elaborar un relato se adquiere a partir de los 3 años, sin embargo, se necesita todavía el apoyo de un adulto que hablen con ellos o lo interroge, y en relación con la distinción entre fantasía y realidad, señala que a partir de los 6 años los niños conocen la diferencia entre acontecimientos reales e imaginados. (2013, p. 601)

Juárez nos señala que a raíz de un estudio desarrollado por Dent en 1992 se seleccionó a tres grupos de sujetos, 102 niños entre 9-10 años, 78 niños de 8-12 años con dificultades de aprendizaje y 65 adultos entre 16 y 41 años, se les entrevistó empleando tres técnicas diferentes de entrevista, exposición libre, preguntas generales y preguntas específicas. Los resultados confirmaron que los tres grupos obtuvieron puntuaciones similares mediante la técnica de exposición libre y con la de preguntas generales. En relación con la técnica de preguntas específicas las medias de los niños eran significativamente inferiores a las de los adultos. Además, concluyó que la técnica de exposición libre es la que obtiene mayor precisión de resultados con los tres grupos de la muestra. Este estudio lo lleva a afirmar que el testimonio infantil puede ser considerado tan preciso y fiable como el testimonio de un adulto. (2005, p. 168).

Resulta por tanto fundamental para obtener un buen relato de un niño, que éste se tome en condiciones adecuadas, proveerle privacidad, entrevistar solo, evitar que el niño presencie la descripción que da un adulto de lo ocurrido, evitar confrontarlo con el supuesto perpetrador y evitar las entrevistas múltiples o prolongadas.

Resulta también de gran importancia la no utilización de preguntas sugestivas, están son preguntas cerradas que solo permiten como respuestas sí o no, con estas preguntas se entrega información al niño antes de que el niño o niña haya entregado información respecto de los hechos.

Schade cita un estudio experimental en que se le preguntó a un grupo de niños si el médico los había besado y a otro grupo se le preguntó cuántas veces el médico les había besado (el médico no había besado a ningún niño), el porcentaje de respuestas afirmativas era mucho más alto en el grupo de interrogatorio sugestivo que en el otro grupo, lo cual demuestra que de esta manera puede influirse en el relato de un niño. Este autor nos señala que por la situación psicosocial del niño víctima de delito sexual, tiene probablemente más necesidad de atención cariñosa de parte del adulto y por ello quiere comportarse bien y cumplir con las expectativas del adulto, lo que puede predisponerlo a responder lo que el adulto desea oír. (2013, p. 603).

Por todas estas particularidades de las declaraciones de los niños resulta fundamental tener un sistema de entrevista que permita obtener un relato de mayor calidad y con la mayor cantidad de detalles posibles.

Lamb, Orbach, herdhkowitz, et al, nos señala que investigaciones demostraron que si bien los niños pueden recordar con claridad los incidentes que han experimentado, la relación entre edad y memoria es compleja y existe una variedad de factores que influyen en la calidad de la información proporcionada, sosteniendo que uno de los más importantes factores es la habilidad del entrevistador para elicitación de información y la buena disposición del NNA para expresarla, más que para recordarla. Los estudios además concuerdan en que los niños deben ser entrevistados tan pronto como sea posible, por entrevistadores que introduzcan la menor información posible y a la vez motiven a los niños a dar la mayor información posible en forma de relatos elicitados mediante indicaciones abiertas, se insta a los entrevistadores a explicar el papel que desempeñan en la entrevista y los objetivos de esta, además de las reglas básicas de la misma. (2007)

2. En qué consiste la Entrevista Investigativa Videograbada

La Entrevista Investigativa Videograbada no es creada por la Ley N°21.057/2018, sino que es un sistema reconocido por la doctrina y presente en diversas legislaciones del mundo.

Amparo y Justicia nos señala que la entrevista constituye una diligencia de investigación penal que tiene por objetivo obtener del relato del NNA información precisa, detallada y completa sobre un presunto delito buscando afectar lo menos posible a quien entrega la declaración. Señala que esta diligencia implica el desarrollo de una técnica específica en la cual el entrevistador especializado facilita la voz del NNA, permitiéndole describir en sus propias palabras y con precisión sus experiencias y la naturaleza del presunto delito, por medio del recuerdo libre y sin inducirlo, además debe ser realizada en un entorno favorable y libre de distracciones para el NNA, en el cual se sienta protegido y relajado. Por último, se sostiene que con el fin de que evitar que los NNA vuelvan a ser sometidos a otras interrogaciones esta entrevista investigativa debe ser videograbada. (2016, p. 60).

De esta definición surgen las primeras precisiones, debemos dejar en claro que la entrevista videograbada no es una evaluación pericial psicológica o psiquiátrica, ya que estas últimas tienen un objetivo distinto que es responder a una pregunta psicolegal respecto a la condición mental de la víctima, el daño psicológico que eventualmente pudo haberle producido el delito o las consecuencias de éste, el análisis de su testimonio entre otros. En este sentido el rol del entrevistador es distinto ya que éste, gracias a su formación y entrenamiento busca obtener el mejor relato posible del NNA sin realizar una evaluación pericial ni del entrevistado, ni de su relato, por esta razón, y tal como nos señala Unicef (2013, p. 40), entre los objetivos de la entrevista videograbada no figura la identificación de eventuales signos o síntomas que pudieran indicar la existencia de un trauma, esta tarea se reserva para exámenes periciales psicológicos y/o psiquiátricos que suelen ser solicitados con posterioridad a la entrevista de declaración testimonial, esto no implica desconocer los dichos espontáneos al respecto, así como tampoco el correlato emocional, para-verbal y gestual de la NNA durante la entrevista de declaración.

La entrevista investigativa videograbada tampoco es una entrevista clínica, Unicef (2013 p. 41) nos señala que si bien es fundamental que la profesional realice la entrevista en condiciones que resguarden la salud mental de la NNA, lo cual supone que esté atenta a su estado emocional y le brinde contención si la requiriese, esto no implica que cumpla un fin terapéutico. Como se dijo antes, la entrevista tiene un objetivo investigativo específico y pretender que cumpla otro objetivo adicional, como ser terapéutico, está desaconsejado, ya que puede generar confusiones y afectar el desarrollo de la entrevista.

3. Requisitos básicos de una entrevista investigativa videograbada

De esta definición surgen también los elementos o requisitos básicos de una entrevista investigativa videograbada y siguiendo a Amparo y Justicia (2016) podemos distinguir:

3.1 Entrevistador competente y especialmente entrenado

La entrevista investigativa videograbada debe ser realizada por un entrevistador competente y especialmente entrenado, el entrevistador cumple un rol fundamental dado que en él recae la responsabilidad de motivar al NNA a entregar su relato, por lo cual deben tener conocimientos claros no solo referentes al fenómeno del abuso sexual, sino también en relación a técnicas de entrevistas, las capacidades específicas de los NNA para entregar su testimonio y por supuesto, conocimientos de aspectos penales y procesales relativos a delitos sexuales y a su propio rol en el proceso penal. De acuerdo con Amparo y Justicia (2016, p. 103) el entrevistador debe tener formación especializada, si bien no se ha alcanzado un consenso respecto a cuál debe ser la profesión del entrevistador (abogado, asistente social, psicólogo, etc.) lo que se ha podido establecer es que deben ser sujetos con

habilidades personales que le permitan comunicarse efectivamente, mostrando un interés legítimo en el relato que entregue el NNA.

Intebi nos señala que resulta fundamental que el entrevistador se sienta cómodo al interactuar con niños y adolescentes ya que resulta muy difícil superar las tensiones que despierta un entrevistador que no se siente a gusto, las cuales provocarían impedimentos para establecer el vínculo de confianza necesario con el entrevistado; también nos señala esta autora que el entrevistador debe mantener su objetividad evitando involucrarse de manera personal ya que esto podría apartarlo de su rol profesional (2011, p.107).

3.2 Técnica específica o protocolo de entrevista

De acuerdo con Amparo y Justicia (2016, p. 114), los protocolos de entrevista se pueden definir como guías que incorporan una amplia gama de estrategias para mejorar la recuperación y el reporte preciso de información sobre acontecimientos vividos y a su vez obtener relatos menos propensos a ser cuestionados. Continúa señalando que el objetivo del protocolo es obtener un relato con la mínima influencia de parte del entrevistador, incentivando una narrativa libre mediante el uso de preguntas abiertas y no sugestivas y obtener un relato lo más preciso posible.

Existen actualmente diversos protocolos de entrevista. De acuerdo a Juárez las diferentes entrevistas se pueden dividir en tres fases bien diferenciadas: una introducción preparatoria para el NNA, una fase de contenido o tarea de recuerdo y finalmente el cierre y finalización. Menciona este autor el Protocolo de entrevista forense de Michigan FIA (1998) asesorado por Debra Poole, el cual contempla las tres fases referidas, estableciendo un mayor peso en la fase del recuerdo (2015, p. 184).

Uno de las técnicas de entrevista más conocida es el protocolo de investigación para víctimas de abuso sexual realizado por el equipo de Michael Lamb en el NICHD (National Institute Of Child Health and Human Development), este protocolo contempla 6 fases (introducción, construcción de Rapport, entrevista práctica, transición a temas investigados, Recuerdo Libre y cierre), de acuerdo a García este protocolo ha sido probado en más de 40.000 entrevistas con niños en Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Canadá y Portugal obteniendo resultados similares que prueban su efectividad tanto para mejorar la actuación de los entrevistadores como también para mejorar la cantidad y calidad de las respuestas de los niños (2013, p. 43).

Otra técnica de entrevista es la llamada “entrevista cognitiva”, la cual surge en 1984 a partir de los trabajos de Fisher, Geiselman y sus colaboradores y es un protocolo básico de entrevista que aplica a cualquier situación, pero que contiene herramientas de técnicas diseñadas para obtener un mayor y mejor relato. Contempla 7 etapas, Rapport, reinstauración mental del contexto, decirlo todo, recordar los acontecimientos en un orden diferente, cambio de perspectiva, revisión y cierre. (García, 2013, p. 48).

3.3 videograbación de calidad

La videograbación de calidad nos asegura la oportunidad de ver el lenguaje corporal y el comportamiento del NNA y además permite escuchar su relato en sus propias palabras. Esto presenta diversos desafíos técnicos entre los cuales destaca tener una buena calidad de imágenes lo que implica una buena ubicación de las cámaras y una correcta iluminación de la sala y niveles de audio de calidad aceptables, ya que muchas veces los NNA al momento de declarar generan inflexiones en la vez que pueden requerir apoyo en el audio. (Poder Judicial, s.a. p. 33). Un punto que también resalta Amparo y Justicia (2016 p 129) es que la grabación debe tener insertada la fecha y hora en que se realizó para poder disipar cualquier duda acerca de la edición del registro.

3.4 Entorno favorable para el NNA

En este sentido resulta importante considerar no solo el espacio donde se realizará la entrevista, sino también el lugar o edificio donde esta sala se encuentra y los accesos independientes y sala de espera que deberían existir para asegurar al NNA privacidad y evitar que se encuentre con otros sujetos procesales.

De acuerdo con Amparo y Justicia, (2016 p. 124) lo ideal sería que la entrevista no se realice en un edificio público como tribunales, fiscalía o comisarias, sino que de preferencia en instalaciones discretas como una casa o departamento. Por su parte Intebi señala que no debe realizarse la entrevista en el lugar donde pueda haber ocurrido un abuso, por ejemplo, en la misma casa familiar donde se sospecha que el NNA fue abusado (2011. P. 106).

En relación con la sala de entrevistas Intebi, señala que esta debe ser un ambiente tranquilo y libre de elementos que puedan distraer la atención, ya sea de ruidos externos como ruidos internos que puedan ser producidos por teléfonos, juguetes o algún otro artefacto similar, señala además que conviene contar con una sala de espera cálida, con juguetes neutros y que permite ofrecer algún tipo de alimento o bebida al NNA además de contar con acceso a baños (2011, p. 105).

Además, se debe favorecerse un ambiente de intimidad y privacidad al entrevistado, la sala debe ser de colores neutros y la luminosidad debe ser adecuada, evitando luces fluorescentes muy brillantes o casi ausentes además de que el entrevistador y declarante puedan ubicarse frente a frente y en un mismo nivel sin elementos entre ellos que genere una sensación de lejanía (Poder judicial, s.a. p. 30).

4. Beneficios de la entrevista investigativa videograbada

Los beneficios de la entrevista investigativa videograbada son múltiples y desde diferentes puntos de vista, Amparo y Justicia nos indica que respecto a la persecución penal, la entrevista investigativa videograbada puede contribuir enormemente a la

investigación ya que permite obtener una mayor cantidad de información objetiva, precisa y relevante, además al ser videograbada permite en una etapa temprana del proceso legal preservar su contenido, registrando tanto la declaración como emociones y actitudes exacta del NNA, así como también la actuación y preguntas del entrevistador. La videograbación también contribuiría a desalentar la posibilidad de retractación. (2016, p. 64)

En relación con la víctima NNA, la entrevista investigativa videograbada reduce del número de entrevistas a que puede ser sometida la víctima y la utilización de una técnica especializada de entrevista contribuye a que el NNA se sienta más protegido y relajado para la realización de la intervención y con ello evitar la victimización secundaria e incluso el poder observar su relato en video le puede permitir al NNA recordar su relato funcionando como encuadre antes de testificar en un juicio.

Respecto del imputado, puede ser beneficioso también ya que le permite acceder al registro integro de la declaración en material audiovisual, pudiendo analizar la metodología utilizada y los dichos y actitudes del entrevistado.

Por su parte Powell (2005) nos señala que cuando la entrevista se realiza de forma correcta el niño testigo es capaz de dar una explicación coherente del presunto incidente, además la mayoría de los niños prefiere hacer sus declaraciones en video ya que ven en la grabación una indicación de ser tomados más en serio. En los casos en que se reproduce el video en juicio, los niños son calificados como menos estresados que aquellos que prestan su testimonio en vivo o por circuito cerrado de televisión, no obstante observar su propia entrevista directamente en juicio y por primera vez, puede ser fuente de stress para los niños al verse así mismo hablar sobre temas muy personales.

Powell (2005) también nos señala que como es sabido, los errores en la memoria aumentan con el tiempo, por lo cual realizar la entrevista lo más pronto como sea posible, para después incorporar la videograbación al juicio, permite al tribunal obtener un testimonio más fidedigno. También nos señala que, al registrarse la entrevista en video, puede verse el comportamiento del niño, registrándose las palabras propias de él y se puede evaluar con claridad el sesgo de las preguntas utilizadas por el entrevistador para obtener el relato. Por último, este autor concluye que “uno de los principales motivos de la introducción de la tecnología del video fue ayudar al niño a hacer una declaración y en ese sentido parece que la tecnología ha tenido éxito, ha reducido la presión sobre el niño, aumentado la transparencia de la entrevista y la calidad de los entrevistadores” (2005).

5. Sistemas de entrevistas investigativas videograbadas en relación con el juicio

Existen distintas formas en que se ha estructurado el sistema de entrevista investigativas videograbadas en relación con el juicio oral, cada uno de ellos cuenta con pros y contras, a continuación, revisaremos algunos de ellos:

5.1 Utilización de entrevista investigativa videograbada en reemplazo de comparecencia en juicio

En estos casos el NNA no declara ante el tribunal en el juicio y su testimonio se incorpora mediante la reproducción de la entrevista investigativa videograbada, el ejemplo más claro es Israel, en este país la investigación de delitos sexuales cometidos contra niños y niñas está a cargo de un funcionario especial denominado investigador pericial de la niñez, quien está a cargo de la entrevista y evalúa la credibilidad del relato. Este investigador es el único que decide si la víctima puede comparecer en el juicio y en caso de que no autorice su comparecencia se utiliza el video en reemplazo de su declaración (Sovino, s.a., p. 13).

Otro caso similar es Suecia donde el Código de Procedimientos Penales permite que los testigos menores de 15 años o mentalmente discapacitados no comparezcan ante la Corte, lo que será decidido por ésta según las circunstancias del caso. En caso de no comparecer, la entrevista es registrada por video (Informe Biblioteca del Congreso 2015 p. 84).

Si bien este sistema reduce al máximo la intervención de NNA en el proceso penal y evita la reiteración de declaraciones, el stress de declarar ante un tribunal y someterse a contrainterrogatorios, presenta serias dificultades desde el punto de vista del debido proceso ya que no permite un contrainterrogatorio por parte de la defensa, lo cual afectaría el derecho a defensa del acusado.

5.2. La utilización de la entrevista investigativa videograbada en reemplazo del examen directo por parte del ente acusador

En este caso el NNA se presenta al juicio, pero el examen directo de éste es reemplazo por la reproducción de la entrevista investigativa videograbada, para luego ser contrainterrogado por la defensa.

De acuerdo con Sovino (s.a. p. 14), este modelo presenta beneficios, pero también complejidades, por un lado, aumenta la validez y credibilidad de la declaración de NNA ya que permite a jueces y jurados evaluar directamente la forma en que se llevó a cabo la primera entrevista y además pueden apreciar el comportamiento del NNA en una etapa temprana de la investigación. También permite a los NNA preparar el contra examen al mirar su declaración previa. Sin embargo, este autor nos señala también algunas dificultades ya que se ha reportado una disminución de la atención o involucramiento de los jueces o jurados con la declaración, ya que la incorporación del video reduce el sentido de formalidad en la redición de prueba, además al saltarse e interrogatorio del fiscal el NNA llega menos preparado al contra examen lo que puede producirle estrés o padecimiento, junto con aumentar la posibilidad de errores o inconsistencias.

De acuerdo con Amparo y Justicia (2016, p. 150), este modelo es aplicado en países como Australia (Australia meridional, Nueva Gales del Sur Victoria e Irlanda del Norte.

5.3. Utilización de la entrevista investigativa videograbada como una prueba más en el juicio

En este caso la entrevista investigativa videograbada se incorpora como una prueba más pero no en reemplazo de la declaración del NNA, es decir la víctima o testigo debe de igual manera presentarse al juicio a entregar su testimonio.

Amparo y Justicia nos señala que este es el caso de Estados Unidos en donde los estados que permiten la incorporación de la videograbación es únicamente para complementar los dichos del NNA, sobre todo el caso de retracción o como prueba corroborativa e incluso la defensa puede solicitar su reproducción para evidenciar contradicciones (2016, p. 153).

5.4 Realización de audiencias previas al juicio oral

Este sistema permite por un lado que el NNA declare prontamente, sin esperar la realización de juicio oral, en una etapa temprana de la investigación, pero también permite el contra examen por parte de la defensa. La idea que subyace aquí es realizar una audiencia ante un juez, previo al juicio oral y donde puedan estar presentes todos quienes tienen derecho a asistir al futuro juicio.

Este sistema presenta varias ventajas y ha sido incorporado a diversas legislaciones. De acuerdo con un estudio de sentencias realizado en España respalda el uso de declaraciones anticipadas de la víctima como un medio de protección y de prueba válido y eficaz ya que reduce el tiempo del proceso penal y permite que el NNA acceda a una terapia reparatoria lo antes posible (Sovino s.a., p. 16).

Además, con relación al respeto del debido proceso y del derecho a defensa se presenta como la opción que mejor logra compatibilizar estas exigencias con la prevención de la victimización secundaria. De acuerdo con este autor este sistema se encuentra presente en legislaciones de países como Alemania, algunas provincias de Argentina, Australia, Bélgica, Costa Rica, España y Noruega, entre otras.

IV. ENTREVISTA VIDEOGRABADA DE LA LEY N°21.057/2018

La Ley N°21.057/2018, introduce a nuestra legislación la entrevista videograbada para la toma de declaraciones de NNA víctimas de delitos sexuales, sin embargo, para entender a cabalidad esta nueva institución procesal no basta con revisar la ley, es necesario además tener en cuenta el reglamento de ésta, regulado por el decreto 471 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y también los protocolos a que se refiere el artículo 30 letra b de la ley dictados por el mismo Ministerio.

En el presente capítulo nos referiremos al concepto y objetivos de la entrevista videograbada y analizaremos si esta cumple con los requisitos mínimos que podemos reconocer en la doctrina respecto a esta institución.

1. Concepto de acuerdo con nuestra legislación

El art. 2 letra d) del reglamento de la Ley N°21.057/2018, en adelante Reglamento, establece un concepto de entrevista investigativa videograbada señalando que es una *“diligencia que se desarrolla durante la investigación penal ante un entrevistador designado por el fiscal y en una sala que cumpla con lo previsto en el presente reglamento. Esta tiene por objeto recoger el relato del niño, niña o adolescente. Buscando mediante dicha modalidad, afectar lo menos posible a quien entrega la declaración, y procurando evitar su exposición reiterada e injustificada a otras diligencias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos denunciados y de la participación criminal.”*

Lo primero que debemos señalar es que la entrevista videograbada es una diligencia de la investigación, de esto se desprenden dos consecuencias, la primera de ellas es que la entrevista videograbada es dirigida por el Fiscal, ya que de acuerdo al artículo 83 de la CPR, es el Ministerio Público quien dirige de manera exclusiva la investigación y en segundo lugar, esta entrevista no reemplaza la comparecencia en juicio, ya que de acuerdo al artículo 13 de la Ley N°21.057/2018, el NNA deberá prestar declaración ante el tribunal.

La entrevista videograbada viene a reemplazar la forma tradicional en que se toma declaración a las víctimas. En general antes de la Ley N°21.057/2018 y su implementación, lo habitual al tomar declaración a una víctima o testigo es realizar una entrevista de la cual queda un registro escrito que se adjunta a la carpeta de investigación.

En el caso de los llamados delitos sexuales, de acuerdo con el oficio N.º 914/2015 de la Fiscalía Nacional, el Fiscal debe participar personalmente en la toma de declaración de la víctima de delitos sexuales, sin perjuicio de delegar la realización de la diligencia en funcionarios profesionales especializados del Ministerio Público y de manera excepcional delegar la toma de declaración en funcionarios especializados de las policías. En la práctica el NNA es citado a la fiscalía, donde será entrevistado por el Fiscal o por un abogado asistente, en caso de no comparecencia del NNA se puede despachar una instrucción a la

Brigada Investigadora de Delitos Sexuales de la Policía de Investigaciones de Chile, quienes entrevistaran a la víctima.

Con la nueva normativa de la Ley N°21.057/2018, este tipo de toma de declaración será reemplazada por la entrevista videograbada y como veremos más adelante ya no es necesariamente un Fiscal quien entrevistara a la víctima, contemplando la ley un entrevistador especializado, sin embargo, la diligencia debe ser de igual manera dirigida y decretada por el fiscal.

2. Objetivos de la entrevista videograbada

El objetivo de la entrevista videograbada es obtener a través del relato del NNA, información precisa, detallada y completa sobre un presunto delito, buscando afectar lo menos posible a quien entrega la declaración, esto queda establecido explícitamente en la ley, en su art. 5 donde señala: *“la entrevista investigativa videograbada tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que este 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.”*

Como podemos apreciar, queda de manifiesto en este artículo el doble rol de esta entrevista, ya que si bien, como toda diligencia investigativa, tiene por objeto recabar datos relevantes para la misma, a saber: relato preciso y detallado de los hechos, participación, medios de comisión, lugar de ocurrencia, entre otros, además tiene el objeto de proteger al NNA víctima de delito y evitar su victimización secundaria.

3 ¿Cumple la entrevista videograbada de la Ley N°21.057/2018 con los estándares internacionales?

Lo que pretendemos responder en este capítulo es si la entrevista videograbada cumple con los requisitos que hemos señalado en el capítulo anterior para lograr el objetivo de evitar la revictimización de NNA, y para responder esta pregunta analizaremos las normas que contempla tanto la Ley N°21.057/2018, su reglamento y otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. Entrevistador especializado

El art. 6 de la ley establece: *“la entrevista investigativa videograbada será realizada por un entrevistador designado por el fiscal, de entre los que cuenten con acreditación vigente en el registro de entrevistadores elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”*. Este entrevistador cumple un rol fundamental en la

diligencia, ya que lleva a cabo la entrevista y además eventualmente puede ser citado al juicio oral para explicar la metodología empleada en la entrevista.

La figura del entrevistador es definida en el artículo 2 letra e) del Reglamento y señala que el entrevistador es *“aquella persona que facilita la obtención del relato del niño, niña o adolescente en la entrevista investigativa videograbada, definiendo y formulando las preguntas que se le realizan al niño, niña o adolescente.”*

Para cumplir este rol se requiere, de acuerdo con el art. 19 de la ley, formación especializada en la metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños niñas o adolescentes. Asimismo, la ley exige que los entrevistadores se encuentren acreditados ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicha acreditación será siempre temporal, conforme lo establece el art. 28 de la ley, el proceso de formación de entrevistadores contemplará un curso inicial de formación y un programa de formación continua, así el entrevistador junto con recibir entrenamiento estará sometido a un proceso de seguimiento y evaluación permanente de las competencias adquiridas en los cursos iniciales de formación a fin de garantizar la mantención de los conocimientos y habilidades en el tiempo.

Respecto a la dependencia del entrevistador, tanto el Ministerio Público como ambas policías deben garantizar cobertura nacional de profesionales entrenados y acreditados con el objetivo de atender de forma oportuna a todas las víctimas del país. Solo de manera excepcional el Ministerio del Interior y Seguridad Pública podrá proveer los entrevistadores que sean necesarios.

El Reglamento regula en su título IV el Curso Inicial de Formación Especializada (CIFE) y el Programa de Formación Continua (PFC). El CIFE corresponde de acuerdo con el art. 22 del Reglamento, a una actividad de formación que incorpora contenidos y actividades que permite a los participantes desarrollar correctamente cada una de las fases de la entrevista investigativa videograbada y/o de la declaración judicial, según corresponda. Entre los contenidos que se establecen existen unos de índole legal, que incluye conocimiento de la Ley N°21.057/2018, aspectos penales relevantes de los delitos incluidos en el catálogo de la Ley, aspectos procesales relativos a dichos ilícitos y otros relacionados con la entrevista misma, como la intermediación en la declaración judicial, el desarrollo de los NNA en el testimonio, tipos de preguntas y modelos de evolución y autoevaluación de la técnica de entrevista videograbada y/o declaración judicial.

Respecto al PFC, el reglamento señala que se trata de una instancia de capacitación, seguimiento y evaluación permanente del entrenamiento, competencias y destrezas adquiridas en el CIFE, que involucra un proceso continuo de supervisión y retroalimentación del desempeño del entrevistador de modo de lograr que se mantengan y potencien los conocimientos y competencias aprendidas. Se contempla un primer ciclo de PFC al año de haber sido acreditado, y luego cada dos años desde la revalidación de la acreditación.

En el caso del Ministerio Público pueden ser entrevistadores, fiscales, abogados y profesionales de URAVIT.

La exigencia de un entrevistador especializado asegura un manejo adecuado de la entrevista, por parte de una persona con los conocimientos adecuados y debidamente entrenada para así evitar exponer a la víctima a un trato inadecuado de parte de los distintos intervinientes del sistema.

La introducción de esta figura especializada es de enorme importancia, en la actualidad las declaraciones pueden ser tomadas por fiscales o abogados asistentes de la fiscalía, sin que se asegure de manera alguna que cuenten con el entrenamiento adecuado o los conocimientos básicos de entrevista de NNA, lo que aumenta significativamente el riesgo de producir victimización secundaria en NNA y además también resulta negativo para la investigación, ya que muchas veces un NNA puede no entregar un relato completo de los hechos sólo por falta de entrenamiento o incluso falta de empatía por parte de su interlocutor.

Un mal entrevistador puede confundir al NNA, contaminar su relato, obtener un relato parcial o incompleto de los hechos, o simplemente al no establecer un vínculo de confianza con el entrevistado, no obtener ningún tipo de respuesta.

3.2 Técnica de entrevista

Si bien ni la ley ni el reglamento establecen la forma en la cual se debe realizar la entrevista, es decir, como serán realizadas las preguntas por parte del entrevistador, si podemos encontrar referencias a esta materia. El art. 27 de la ley señala que las distintas instituciones intervinientes contarán con personal debidamente calificado y con acreditación vigente en metodología y técnicas de entrevistas investigativas videograbada y declaración judicial de NNA. Por su parte, el reglamento al referirse a los cursos de formación especializada y continua, indica dentro de las mallas que estos cursos deben tener formación referente al fundamento y uso de protocolo de entrevista investigativa videograbada basado en evidencia y lineamientos técnicos para la declaración judicial y tipos de pregunta.

Además, el art. 30 de la ley, en su letra b señala como una función del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el proponer a los organismos públicos protocolos de actuación, y conforme al art. 31, una de las materias a las cuales deben referirse estos protocolos son las características de las entrevistas, estableciendo que estas se elaborarán bajo procedimientos estandarizados, basados en la experiencia empírica y en los resultados de la evaluación constante de la práctica de entrevistadores, como también, en los conocimientos técnicos existentes en la materia.

Atendido lo anterior el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elaboró el protocolo de actuación I) el cual establece 3 fases de la entrevista, la primera de ellas la fase presustantiva, que dice relación con la presentación que debe realizar el entrevistador,

dando la bienvenida al NNA y recordándole la presencia de cámaras y micrófonos en la sala para luego establecer el rapport, en el cual el entrevistador animará al NNA a hablar de distintos temas de su interés a fin de favorecer el ambiente de seguridad necesario para la fluidez de la entrevista, además de formularle preguntas abiertas sobre eventos neutros que el NNA haya vivido.

La segunda fase es la fase sustantiva, en la cual el objetivo es obtener un relato lo más extenso y detallado posible sobre los hechos que se investigan, para ello el entrevistador deberá realizar una pregunta abierta inicial, continuando con preguntas abiertas adicionales que permitan ampliar la información entregada u otras específicas que apuntes a precisar los demás antecedentes que surjan.

Finalmente, la entrevista se concluirá con una fase de cierre la cual tiene por objeto reestablecer un estado emocional positivo del NNA y verificar si existe algún tema pendiente o información adicional que considerar, para ello el entrevistador deberá establecer conversación sobre un tema neutro para luego finalizar la entrevista.

Este sistema establecido en el protocolo pretende evitar que la toma de declaración se constituya en un interrogatorio y que pueda ser realizada tratando de evitar la angustia que la diligencia puede causar en el NNA.

Es necesario señalar a este respecto, que el Ministerio Público en junio de 2015 publicó la guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de delitos sexuales. Esta guía establece la forma en la cual debe abordarse la entrevista, en esta se establece: (2012 p. 10) “el investigador debe abstenerse de toda confrontación con el entrevistado en las primeras etapas de la entrevista dado que lo que interesa es escuchar su versión pura y extensa, sin interferir en ella”. Indica, además: “que el entrevistador debe abstenerse de valoraciones, ya sean positivas o negativas, respecto de la persona del entrevistado o los hechos que describe (por ejemplo: que valiente eres) o expresar valoraciones a través de gestos.”

Esta guía establece 7 fases de realización.

Fase 1: fase de introducción o encuadre que tiene por objeto presentarse ante el NNA y explicarle la función que cumple el entrevistador y los objetivos de la entrevista.

Fase 2: establecimiento de Rapport que tiene como objeto lograr un vínculo con el NNA, generando un espacio de acogida que resulte cómodo para el entrevistado, lo cual se realiza a través del intercambio de temáticas neutras. El rapport es de vital importancia para evitar la victimización secundaria del NNA.

Fase 3: entrenamiento en un episodio de memoria, el propósito es que el niño relate alguna breve experiencia neutra y de esta forma estimular su relato libre y espontáneo.

Fase 4: obtención del testimonio, en esta fase la idea es obtener el relato de los hechos por parte del NNA, sin interrupciones, siendo el entrevistador un guía y no un interrogador.

Fase 5: investigando los hechos: una vez obtenido el relato inicial del niño se realizarán preguntas de final abierto que nos permitan precisar los antecedentes necesario para la investigación penal, como la identificación de los agresores.

Fase 6: obtención de información de relevancia procesal, en general esta información puede ser irrelevante para el NNA pero de importancia para la investigación, por ejemplo establecer la forma en que develó el hecho o los medios específicos de comisión del delito.

Fase 7: fase de cierre: esta etapa tiene como objetivo que el entrevistado deje la entrevista en un estado mental apropiado, lo cual se puede conseguir hablando con el NNA por algunos minutos sobre un tema neutral.

Esta guía si bien es de gran utilidad, en la actualidad no es de aplicación obligatoria, por lo cual queda a criterio del entrevistador si aplica estas técnicas de entrevista o no.

Como puede apreciarse, la técnica de entrevista no es simple y requiere el desarrollo de diversas habilidades y la adquisición de conocimientos específicos por parte del entrevistador.

3.3 Videograbación

Uno de los requisitos que se establece como básico de la entrevista investigativa videograbada es obviamente que esta sea registrada en algún tipo de soporte que permita su reproducción. La Ley N°21.057/2018 en su art. 21 establece las condiciones de realización de la entrevista videograbada y en su letra d) señala que deben realizarse en condiciones tecnológicamente adecuadas para videograbar el relato que preste el NNA. La ley continúa señalando que esta videograbación debe realizarse a través de medios tecnológicos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna, delegando en el reglamento la obligación de determinar los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de las entrevistas.

A su vez, el reglamento en el art. 11 establece los estándares mínimos de las salas, señalando que debe contar con elementos audiovisuales que permitan la captación del lenguaje verbal y no verbal de los concurrentes a la sala por parte de los demás participantes de la entrevista videograbada. Además establece una serie de especificaciones técnicas en cuanto al equipamiento informático, audiovisual y de grabación de la sala de entrevistas, entre ellas destaca la existencia de dos cámaras, una destinada a ofrecer un plano general y otro a captar el primer plano del NNA y con micrófonos adecuados en circunstancias que garanticen el seguimiento de su desarrollo por imágenes y sonido reproducidos en tiempo real en una sala de observación y además deberá contar con un sistema de comunicación que permita que desde la sala de observación el fiscal pueda indicar preguntas al entrevistador que se encuentra junto al NNA.

En este sentido es necesario referirnos a dos aspectos, por un lado, a como se almacenará este registro y por otro a cuando puede tener acceso a ella los intervinientes.

En relación con el almacenamiento, de acuerdo con el reglamento los registros de la entrevista videograbada serán almacenados por el Ministerio Público mediante un sistema que otorgue elevados estándares de seguridad en el control de acceso al material, estableciendo expresamente que en ningún caso se adjuntara a la carpeta investigativa copia

del registro. Actualmente antes de la entrada en vigor de la ley la declaración del NNA al ser una toma de declaración como la de cualquier testigo, queda impresa en la carpeta de investigación y cualquier persona que puede solicitar copia de la carpeta tiene acceso a ella, sin ningún tipo de reserva a menos que sea dispuesta expresamente por el fiscal.

En cuanto al acceso al registro de la entrevista videograbada, el art. 23 de la ley señala que el contenido de la entrevista es reservado y solo podrá tener acceso a él los intervinientes, las policías en el cumplimiento de una diligencia específica, los jueces de familia y los peritos que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes. A continuación, la ley distingue respecto a la forma en que se tendrá acceso al contenido, si lo que se otorga son copias del registro de la entrevista, este debe ser distorsionado de tal manera que no pueda identificarse al NNA que entrega el relato, en caso de que se quiera acceder al registro sin distorsiones, solo se puede tener acceso a él mediante su reproducción en dependencias de fiscalía. La ley incluso establece un tipo penal al respecto, en su art. 23 inc. final sanciona con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, a quien, fuera de los casos establecidos por la ley, fotografíe, filme, transmita, comparta, difunda, transfiera, exhiba o de cualquier otra forma copie o reproduzca el contenido de la entrevista videograbada o de la declaración judicial o su registro, sea total o parcialmente, o difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia.

El reglamento agrega como requisitos para el caso de exhibición del registro, que se deberá solicitar a las personas que accedan a esta reproducción, que firmen un documento en el cual conste que toman conocimiento de las sanciones que establece la ley en caso de copia o reproducción del contenido de la entrevista, además establece el reglamento que esta exhibición debe realizarse en una sala privada que garantice que terceras personas no puedan ni ver ni escuchar su contenido y se impedirá el acceso a dicho lugar con teléfonos celulares o cámaras.

Nos parece que esta medida es muy interesante ya que mediante estas copias distorsionadas se reduce las posibilidades de filtraciones de dicha entrevista que pueda afectar la privacidad de los NNA involucrados.

3.4 Entorno favorable

Otro de los requisitos de la entrevista investigativa videograbada es que sea practicada en un entorno favorable para el NNA, a este respecto nos referiremos a dos puntos establecidos por la Ley N°21.057/2018, uno relativo al entorno material en que se realiza la entrevista (salas especiales) y otro relacionado más bien con el entorno emocional del NNA (contacto con URAVIT).

3.4.1 Salas Especializadas

La ley establece que la diligencia de entrevista videograbada debe realizarse en una sala especialmente acondicionada para ello. Esta sala deberá contar con los implementos adecuados en atención a la edad y a la etapa evolutiva del NNA. Además, el art. 21 de la ley establece ciertos requisitos que debe cumplir esta dependencia, en primer lugar, señala que debe proteger la privacidad de la interacción con el NNA, resguardar su integridad, permitir controlar la presencia de participantes y estar dotada de los elementos tecnológicos que permitan la grabación y reproducción instantánea del relato del NNA.

El art. 11 del reglamento, establece además lo estándares mínimos que deben cumplir estas salas, señalando que deben contar con un diseño que facilite la familiaridad del espacio para el NNA, sin ser sobrestimulante, tener colores neutros y que el entrevistado y entrevistador queden frente a frente, en un mismo nivel, sin elementos entre estos que generen una sensación de lejanía. Debe tratarse de una sala aislada del ruido externo, contar con elementos audiovisuales que permitan la captación del lenguaje verbal y no verbal de los concurrentes a la sala y podrá contar con elementos como lápices libros entre otros para disminuir la posible ansiedad del NNA.

El reglamento además contempla una serie de requisitos técnicos relativos a las medidas de la sala tipo de materiales y tipo de elementos audiovisuales que deben utilizarse.

Cabe hacer presente que el reglamento hace alusión a las llamadas Salas Gessel, definiéndolas como una sala conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral cubierto por una cortina tipo roller de tono neutro, la cual cuenta con equipos de audio y de video que permitan la grabación. Estas salas, que ya existen en algunas fiscalías del país, pueden ser habilitadas para su uso en las entrevistas videograbadas.

La ley se pone en el caso de que no se cuente por la fiscalía con una sala acondicionada, estableciendo la obligación de las instituciones públicas que cuenten con una sala acondicionada, a facilitarla.

En la actualidad si bien varias fiscalías cuentan con salas Gessel habilitadas, no existe la obligación de ocuparlas, por lo cual las declaraciones son tomadas en las oficinas de fiscales y abogados, donde no se asegura ni condiciones de privacidad ni comodidad para NNA. En general se trata de oficinas llenas de carpetas, cuyo orden y elementos dependerá del fiscal o abogado asistente que la utilice, donde no hay mobiliario adaptado para niño y en el que el entrevistador estará mirando la pantalla del computador para poder realizar el registro escrito de la declaración.

3.4.2 Contacto previo con URAVIT

Las URAVIT son las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, y están conformadas por un conjunto multidisciplinario de profesionales (psicólogos,

trabajadores sociales, abogados) especialistas en temas de orientación, protección y apoyo de las víctimas y testigos usuarios de la Fiscalía. Su labor fundamental es evaluar el riesgo a que puedan estar expuestas estas personas a causa del delito o de su participación en el proceso penal e implementar las medidas de protección y/o apoyo que resulten necesarias para su seguridad; y para facilitar su participación en el proceso.

La Ley N°21.057/2018 en su art. 7, le entrega a los profesionales de las URAVIT la función de evaluar las condiciones en que se encuentra la víctima para participar adecuadamente en la diligencia de entrevista investigativa videograbada.

Para esto, una vez decretada la diligencia por el fiscal, deberá solicitarle a la jefatura de la URAVIT que designe a un profesional para estos efectos, la idea es que este profesional pueda evaluar el estado físico y emocional en que se encuentra el entrevistado momentos antes de la entrevista.

La ley establece que esta evaluación debe hacerse en el menor tiempo posible y en condiciones que garantice la menor interacción presencial del NNA y en ningún caso estos profesionales podrán hacerle preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o determinación de sus partícipes.

En la actualidad los profesionales de URAVIT contactan a las víctimas NNA de delitos sexuales, se les aplica una pauta de riesgo especial y se evalúa el riesgo que estos presentan, sin embargo, esta evaluación no es necesariamente hecha de manera previa a su toma de declaración y no se centra en establecer si el NNA está en condiciones de prestar su relato, incluso muchas veces es posterior, y cuando llega el NNA a la oficina del abogado que lo va a entrevistar, su estado emocional, psicológico y físico no es evaluado, y esto resulta de enorme importancia para poder realizar una adecuada entrevista. Si un niño no ha desayunado, si está afectado psicológicamente, si tiene algún temor a los hombres por ejemplo y es entrevistado por uno, todo eso contribuirá a obtener un relato deficiente o a simplemente no obtener relato alguno.

V NÚMERO DE ENTREVISTAS A LAS QUE PUEDE SER SOMETIDO UNA VÍCTIMA NNA

Como hemos mencionado en los capítulos anteriores, uno de los grandes factores que produce revictimización es el número de entrevistas a que puede ser sometidos los NNA, y la regulación de la entrevista videograbada tiene por objeto, precisamente, limitar la cantidad de entrevistas que puedan realizarse con el fin de que el NNA no deba relatar los hechos en innumerables ocasiones.

Atendido lo anterior, resulta de gran importancia que la entrevista videograbada sea única o a lo menos se limite el número de veces que puede practicarse, sin embargo, como podremos apreciar en nuestra legislación, existen por un lado ciertas diligencias de la investigación que necesariamente implican un relato por parte de la víctima (denuncia y peritajes) y por otro, debemos tener claro que de acuerdo a la Ley N°21.057/2018 la entrevista videograbada no reemplaza la declaración en juicio y, solo salvo excepciones, no puede ser reproducida en el juicio oral.

En el presente capítulo analizaremos lo siguiente: en primer lugar, el número de entrevistas que pueden realizarse de acuerdo a lo establecido en la ley, en segundo lugar, nos referiremos a dos diligencias investigativas en que el relato del NNA cobra importancia, la denuncia y los peritajes, en tercer lugar, veremos los casos en que es posible reproducir la entrevista videograbada en el juicio oral y por último, nos referiremos a la declaración judicial.

1. Limitación a nuevas entrevistas

El art. 10 de la ley establece la posibilidad de realizar nuevas entrevistas investigativas, pero de manera excepcional, solo en dos escenarios, primero, cuando aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista anterior, que modifiquen lo expuesto en ella y puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación y en segundo lugar, en caso de que el NNA manifestare espontáneamente su voluntad de realizar nuevas declaraciones.

En el primer caso, la decisión del fiscal de realizar una segunda entrevista debe ser aprobada por el Fiscal Regional y se realizará sometiéndose a todas las exigencias establecidas en la ley, debemos revisar cómo evolucionará esta práctica, ya que la idea de la entrevista investigativa es por esencia ser única, lo cual se desvirtuaría si el fiscal a cargo decide realizar una nueva entrevista solo porque la primera el NNA no entrega todos elementos que él quisiera para sustentar su teoría del caso, la posibilidad de la segunda entrevista es excepcional y debería utilizarse solo en casos en que salga a luz algún nuevo hecho.

En relación a la segunda hipótesis, esto obedece al derecho del NNA a ser oído, principio establecido en la propia ley en su art. 3 letra b), pero más importante aún, es un derecho establecido en la CDN, en su art. 12, donde señala que *“se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”* Atendido esto, resulta fundamental que la ley estableciera este mecanismo, pues de acuerdo con la autonomía progresiva, principio consagrado en la Ley N°21.057/2018, los NNA deben ser oídos y participar en los asuntos que lo afecten, atendido su edad y grado de madurez. Habrá que poner atención en la posibilidad que durante la investigación el NNA solicite una nueva entrevista para retractarse de sus dichos, y el valor que puede otorgarse a esta.

2. Diligencias investigativas

2.1 La denuncia

De acuerdo con la Ley N°21.057/2018, la denuncia puede ser realizada directamente por el NNA, recordemos que en la actualidad los menores de edad no pueden realizar denuncia y necesitan de un adulto que los acompañe. La ley señala que quien reciba la denuncia deberá limitarse a registrar de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que voluntariamente el NNA exprese respecto al objeto de su denuncia, señalando que en ningún caso se le pueden realizar preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes.

La ley también se pone en el caso de que el NNA vaya acompañado de un adulto, en esas circunstancias se le puede preguntar al adulto todos los datos que el NNA no haya proporcionado, estableciendo la obligación de que, al momento de entrevistar al adulto, el NNA no puede estar presente.

La idea de estas disposiciones es evitar la invisibilización del NNA víctima, ya que se da en la práctica que muchas veces el funcionario que debe tomar la denuncia ignora por completo al NNA, interrogando únicamente al adulto, lo cual vulnera el derecho del NNA a ser oído.

La pregunta que surge respecto de esta diligencia es ¿cómo se va a obtener la información del NNA sin realizar una entrevista, sin que esto se convierta en un interrogatorio?

El protocolo letra A) de la Ley N°21.057/2018, establece los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la Ley N°21.057/2018, y señala que inicialmente el funcionario deberá dirigirse al NNA para consultarle si desea entregarle información personalmente y si prefiere hacerlo en presencia o no de su acompañante. Si el NNA no quiere participar o

entregar información, en ese caso el denunciante será su acompañante, pero si el NNA desea participar, este será consignado como denunciante en el parte policial.

De la forma en que lo establece el protocolo, en la práctica todos los NNA serán consultados sobre si quieren relatar los hechos ellos mismos, lo cual puede significar algún grado de presión sobre ellos, presión por parte del funcionario policial o por parte del acompañante para que relate lo sucedido, y si bien existe la prohibición de hacerle preguntas respecto de los hechos y los partícipes, en definitiva lo que se le pide al NNA cuando se le consulta si quiere participar, es que relate los hechos, y éste lo que relatará es lo que recuerda, en su propio lenguaje y con los detalles que a él o ella le parezcan relevantes.

En conclusión, al NNA se le está invitando a declarar, a entregar su versión de los hechos que le han afectado y probablemente este NNA no podrá distinguir esta denuncia de la entrevista videograbada que se le realizará con posterioridad, por lo cual en la práctica se le estaría entrevistando dos veces.

El protocolo letra A) establece en un anexo una guía de preguntas y el orden en que estas deben realizarse, y distingue entre el NNA que viene acompañado y el que no, respecto de este último es lógico que si se ha dirigido a denunciar es porque quiere relatar lo que le ha ocurrido, por lo cual resulta claro que debe ser escuchado y que puede denunciar por sí mismo, de lo contrario se vulneraría su derecho a ser oído, pero respecto al primer caso la cosa es distinta.

En el caso de un NNA que viene acompañado, de acuerdo con el protocolo letra A) el funcionario que tomará la denuncia debe preguntarle “¿quieres hablar conmigo?” Y en caso de que el NNA responda negativamente se deben dirigir las preguntas al acompañante en ausencia del NNA, pero si responde afirmativamente se le debe ofrecerle la alternativa de que su acompañante este presente o no, luego se le deben preguntar los datos de individualización y en tercer lugar el protocolo establece que se le debe realizar una pregunta abierta “¿qué has venido a contarme?”, “¿Qué has venido a denunciar?”, Esta pregunta da pie a que el NNA relate los hechos que le acaecieron, es decir, que declare.

En la práctica entonces todo NNA podrá dar esta primera declaración, declaración que puede ser más o menos extensa, más o menos detallada dependiendo del NNA ya que el funcionario no puede realizarle preguntas salvo: “¿hay alguna otra cosa que quieras decirme?”.

Creemos que para que la ley cumpla con su objetivo de evitar la toma repetida de declaraciones resulta fundamental que la toma de denuncia sea realizada correctamente y que esta instancia de preguntarle al NNA si desea “contarle algo” al funcionario que toma la denuncia sea hecha sin ningún tipo de presión y únicamente para resguardar el derecho de NNA a ser oído, pero no para obtener información sobre el posible delito.

Sería importante además explicarle al NNA que existirá otra instancia en que el podrá declarar, instancia con mejores condiciones y resguardos que la sala de una comisaría

para que él o ella de su testimonio a fin de que no crea que la denuncia es la única posibilidad que tendrá de contar lo que le ha sucedido.

2.2 Los peritajes

Si bien se trata de otra diligencia de investigación distinta a la toma de declaración es necesario referirse a los peritajes, ya que en muchas ocasiones estos implican un verdadero interrogatorio al NNA.

El art. 11 de la ley regula la realización de otras diligencias investigativas estableciendo que estas se realizarán solo de manera excepcional y cuando sean absolutamente necesarias, debiendo dejar constancia en la carpeta de investigación las razones y fundamentos que se tuvieron en consideración para decretarlas.

Se refiere este artículo especialmente a la existencia del peritaje médico legal y peritajes psicológicos.

Respecto al peritaje médico legal indica que no se puede formular al NNA preguntas relativas a la participación criminal y relato de la agresión sufrida, indicando que deberá limitarse a practicar una anamnesis, los reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos que correspondan.

De acuerdo a la Norma General Técnica Para la Atención de víctimas de Violencia Sexual, aprobada mediante resolución exenta N°3.849 de agosto de 2016, del Servicio Médico Legal, en la anamnesis debe consignarse un breve relato de las características de la violencia, agresión o abuso que sufrió la víctima, señalando incluso que: “la amnesis no debe basarse simplemente en datos proporcionados por la policía o la fiscalía, ya que la responsabilidad del médico es obtener la información de la víctima, en forma clara para realizar un buen peritaje y no realizar una entrevista investigativa” (p. 35), esta misma norma establece que debe además preguntarse por la relación con los agresores, si se trata de un familiar, tipo de parentesco, entre otros.

Lo anterior claramente puede constituir una forma de revictimizar al NNA y por lo tanto resulta contraria a los fines de la Ley N°21.057/2018, razón por la cual esta norma técnica debió ser reformada dictándose la resolución exenta N°2.938, de fecha 27 de septiembre de 2019, la que establece un trato de especial cuidado y resguardo ante víctimas NNA, señalando, por ejemplo, que la información que requiere el médico para realizar la anamnesis debe ser obtenida de los antecedentes entregados por la fiscalía, la policía, representante legal o acompañante del NNA, indicado expresamente que el NNA no debe estar presente en el momento en que se pregunte al representante legal o acompañante, indicando que si el NNA no está dispuesto a separarse de estos se impide absolutamente formular preguntas sobre los hechos eventualmente constitutivos de delito y sus partícipes. Indica además que se deberá realizar al NNA una pregunta abierta como “¿dime que has venido a hablar conmigo hoy?” y si el NNA entrega información se puede indagar información completaría también a través de una pregunta abierta como: “¿quieres

contarme más?”, indicando expresamente que no es posible preguntarle sobre la identidad de él o los agresores o su relación con la víctima.

Nos parece fundamental la dictación de esta nueva norma técnica, específica para el caso de víctimas NNA, que además recoge expresamente los principios rectores de la Ley N°21.057/2018 y permite prevenir la revictimización.

En relación con los peritajes psicológicos, que en general consisten en peritajes de credibilidad de relato, condición mental o daño psicológico que afecta a la víctima, indica la ley que se deberá justificar la decisión de realizarlo en base a las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional. En este sentido debemos hacer referencia al oficio 914/2015, que establece la instrucción general en criterios de actuación en delito sexuales, el cual en lo relativo a los peritajes psicológicos señala que no es imperativo ni necesario realizarlo en todas las investigaciones, indicando que se debe tener en consideración para determinar su pertinencia los casos de delitos sexuales cometidos al interior de la familia o cuyas víctimas sean precisamente NNA y no se cuente con evidencias físicas ni testigos además del propio testimonio de las víctimas o casos en que exista probabilidades de retracción, también señala que resulta necesario requerir la intervención de profesionales que analicen el testimonio de la víctima cuando la denuncia se produzca en un contexto de litigio entre padres o responsables del cuidado, siempre que de los antecedentes aparezca efectivamente acredita la existencia de dichos conflictos y se haga necesario evaluar si estos están incidiendo o no en la denuncia y en la información entregada por la víctima. También resulta recomendable requerir este tipo de pericias cuando la investigación se relacione con hechos ocurridos en establecimientos educacionales en que existan varias víctimas y en que sea necesario confirmar o descartar la hipótesis de contaminación del relato entre ellos.

La guía de evaluación pericial de testimonios en víctimas de delitos sexuales, elaborado en conjunto por el Ministerio Público, carabineros de Chile SML, PDI, SENAME, Corporación Opción y Fundación Ciudad del Niño (2018, p.58), también indica en qué casos se hace necesario realizar un peritaje de evaluación de testimonio indicando los siguientes casos:

- 1 cuando se registra, o se sospecha que se pueda presentar, retractación total o parcial de parte de la víctima, es decir, cuando esta, habiendo develado previamente la ocurrencia del delito, o entregado un testimonio sobre el mismo, se desdice de parte o la totalidad de lo antes referido.
- 2 cuando se sospeche de una posible sugestión y/o contaminación del testimonio de la víctima.
- 3 cuando existan antecedentes plausibles que den cuenta de la posible instrumentalización del sistema penal a través de la denuncia, o del testimonio, ya sea por parte de la víctima o de terceros.
- 4 cuando se sospecha la posibilidad de desplazamiento de la figura del/a autor/a de parte de la víctima.

5 cuando se trate de casos en que la víctima se encuentre en una situación de discapacidad (cognitiva, de lenguaje, alteración de juicio de realidad) y esta incida en las características o contenido del testimonio.

6 cuando, habiendo entregado la víctima su testimonio sobre los hechos, se presuma una afectación en este por una posible alteración en su estado de conciencia al momento de ocurrencia del delito (ej. consumo de alcohol, consumo de drogas).

7 cuando se enfrenten inconsistencias, contradicciones, omisiones o distorsiones en el propio testimonio, o en relación con el resto de los antecedentes de la investigación.

8 cuando, en el caso de adolescentes, se requiere valorar la posición psicológica de la víctima en el delito que se investiga (por ejemplo, vicios en el consentimiento, o en que el mismo está en cuestión).

3. Posibilidades de reproducción de la entrevista videograbada en el Juicio Oral

La ley en su art. 18 establece la posibilidad de reproducir en juicio la entrevista video grabada señalando 4 hipótesis, en la letra c y d, regula dos situaciones que permitirían reproducir la entrevista, pero que no eximen al NNA de comparecer al tribunal. Estas son el caso en que sea necesario complementar la declaración prestada por el NNA o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado y el caso de que sea citado al juicio oral el entrevistador, quien deberá dar cuenta de la metodología empleada.

Pero también, este artículo establece dos hipótesis en que si se exime al NNA de dar su testimonio en el Juicio Oral. La primera es el caso de que el NNA hubiera fallecido o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio, este es un caso excepcionalísimo y se entiende perfectamente que se permita la reproducción el registro de la entrevista videograbada ante esta situación tan particular en donde resulta imposible que la víctima preste su declaración, pero contamos con este registro audiovisual en el cual consta su testimonio.

La segunda hipótesis regulada en la letra b) establece la posibilidad de reproducir el registro de la entrevista videograbada en el caso de NNA que durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral sufran una incapacidad grave psíquica o física para prestar declaración. En este caso el NNA debe acudir al Juicio Oral, debe estar presente en el tribunal y allí, por la inminencia de su declaración o por haberse encontrado con el acusado u otra razón de similar entidad, se vea afectado a tal nivel que se encuentre impedido de entregar su testimonio de manera válida o que su declaración provoque una afectación relevante para su estabilidad psicológica. En este caso la justificación se encuentra en el deber de proteger la integridad psicológica de la víctima y la consideración de su interés superior, además de su participación voluntaria y la prevención de la victimización secundaria que son los pilares fundamentales de esta ley.

En este caso, si bien se evita que el NNA declare en el juicio oral, no es una hipótesis que permita una preparación previa, porque es un situación que debe plantearse al

momento en que el NNA va a declarar en el juicio oral, por lo que no es una solicitud que el fiscal pueda presentar antes al tribunal, con anticipación a la audiencia del juicio y si bien su consagración en la ley evita que el NNA declare cuando está siendo afectado física o psicológicamente de manera grave, ya la sola circunstancia de llegar a esa situación implica una nueva victimización para el NNA.

Cabe hacer presente, que antes de la entrada en vigencia de la Ley N°21.057/2018 existían casos en que las Entrevistas Investigativas grabadas en salas Gessel de la fiscalía eran incorporadas en juicios orales como otros medios de prueba, si bien se solicitaba su exclusión por parte de la defensa, eran aceptadas como prueba lícita y pertinente por los tribunales. Al respecto podemos mencionar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 06 de enero de 2014, rol 3345-2013, en la cual se revoca la resolución apelada y se ordena la incorporación como otros medios de prueba de las entrevistas videograbadas realizadas a las víctimas, en este caso las víctimas que a la fecha del juicio oral ya eran mayores de edad, se encontraban igualmente citadas como testigos. Esta sentencia señala que “nuestro país ha suscrito la Convención de Derechos del Niño como Tratado Internacional que nos obliga a preocuparnos de proteger a estos menores y una forma de protegerlos es evitar la victimización secundaria y se víctima a los menores cuando se les hace declarar tantas veces cuantas estimen las partes que deban declarar, se les hace repetir de manera constante y revivir los hechos que sufrieron. En consecuencia, tanto del punto de vista de protección del menor y de la normativa internacional como de la normativa nacional, hay un estatuto especial para proteger a los menores.”

4. La declaración judicial

La Ley N°21.057/2018, si bien es llamada ley de entrevistas videograbadas, regula además la declaración judicial de NNA víctimas y testigos de delitos graves.

Como ya hemos sostenido, existen distintas formas en que la entrevista investigativa videograbada se vincula con el Juicio Oral y nuestra legislación consagró en la Ley N°21.057/2018 un sistema de entrevista que, salvo excepciones, no permite la reproducción de esta en el juicio y el NNA se encuentra obligado a declarar ante el tribunal, tanto para el interrogatorio del fiscal como para el contra examen de la defensa.

La declaración videograbada es solo una diligencia de investigación y la regla general será que el NNA deberá declarar en juicio oral y si bien es cierto que la ley contempla una serie de medidas enfocadas en evitar la re victimización, como salas especiales y la figura de un intermediador entre otras, lo real es que el NNA deberá volver a relatar lo que le sucedió y a diferencia de la entrevista videograbada, en que la ley señala expresamente que debe realizarse en el tiempo más próximo a la denuncia, el juicio oral podrá realizarse mucho meses después, incluso años.

4.1 En qué consiste la declaración judicial

De acuerdo con el reglamento, la declaración judicial está definida como la *“recepción en juicio del testimonio del niño, niña o adolescente víctima, o testigo, cuando corresponda de conformidad a las disposiciones de la ley 21.057, con intervención del entrevistador que actúa como intermediario y en una sala especialmente acondicionada y separada de aquella en que se encuentran los demás intervinientes y que cuente con sistema interconectado de comunicación con la sala de audiencia”*.

El objeto de la declaración judicial es recibir el relato del NNA en el juicio oral, es decir incorporar su relato como un medio de prueba, en este caso como la declaración de un testigo, pero a diferencia de otros testigos el NNA va a declarar en un formato diferente, la ley en su art. 13 señala que lo hará en una sala especial, donde solo estará presente el NNA y el entrevistador y esta declaración debe ser videograbada.

Según esta definición podemos distinguir ciertos elementos de la declaración judicial del NNA, en primer lugar, hablaremos del intermediario. La Ley N°21.057/2018 en su art. 15, señala que el Juez de Garantía durante la audiencia de preparación de Juicio Oral, deberá designar a un entrevistador que actuará como intermediario en la declaración judicial.

Puede ser intermediario un funcionario del tribunal o un juez del tribunal, profesionales de la Uraivit, funcionarios policiales y profesionales del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que estén debidamente acreditados, pero no pueden ser intermediarios fiscales, ni abogados asistentes y tampoco funcionarios policiales que hubieran participado en alguna diligencia de investigación.

El intermediario actuará como facilitador, formulando al NNA las preguntas que le dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica.

De acuerdo lo establece la Ley N°21.057/2018, la declaración se produce bajo la dirección, control y supervisión del juez presidente o del Juez de Garantía y la dinámica que establece la ley es la siguiente: los intervinientes formulan las preguntas al Juez, el juez se las comunica al intermediario y es éste quien se las formula finalmente la NNA en un lenguaje y modo adecuado a su edad, madurez y condición psíquica.

El intermediario, al igual que el entrevistador debe contar con formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de NNA y debe tener acreditación vigente por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Debemos señalar que la ley prevé una situación particular en el caso de que la víctima o testigo sea un adolescente, en este caso él o ella pueden declarar sin un entrevistador, es decir, directamente ante el juez, para lo cual deberá manifestarlo de manera libre y voluntariamente.

En segundo lugar, la ley contempla la utilización de salas especiales, la declaración judicial del NNA no se realizará en la sala de audiencia, si no que en una sala especial, que debe cumplir con todos los requisitos que la ley señala, y en la cual solo estarán presentes la víctima y el intermediario y de manera excepcional la ley permite que, en caso que existan problemas de comunicación con el NNA, este presente un traductor, interprete, profesional o técnico idóneo.

Estas salas deben cumplir los mismos requisitos que las salas en las que se realiza la entrevista videograbada que como hemos señalado, están establecidos en el reglamento de la ley.

4.2 ¿Cómo se llevará a cabo el interrogatorio?

El legislador al contemplar la declaración judicial tiene en vista el objetivo central de esta ley, evitar la victimización secundaria, y para ellos establece la figura del intermediario y la obligación de ser rendida esta prueba en una sala especial, sin embargo, lo cierto es que de acuerdo a lo señalado en la ley, el intermediador no es quien formula las preguntas, sino que estas son realizadas por los intervinientes, es decir desde el fiscal, el querellante, el defensor y los jueces, en este sentido el intermediario lo que hará es adaptarlas y realizarlas al NNA, por lo cual nos preguntamos: ¿Qué tipo de preguntas pueden realizar los intervinientes?, ¿Cómo se realizará el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio?

Ni la ley ni el reglamento se refieren a la forma en que se desarrollará esta declaración, pero si lo hace el protocolo letra D) del Ley N°21.057/2018. Este protocolo fue elaborado por la Subcomisión para la implementación de la Ley N°21.057/2018 de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, y respecto a la declaración judicial, regula la forma en que se realizará la interacción entre el intermediario y la víctima y como se llevará a cabo el debate en la sala de audiencia indicando que la declaración del NNA se hará sobre la base de los parámetros técnicos de entrevista y declaración judicial en los que se encuentra capacitado el intermediario o juez, en base a cuatro fases: una fase previa, una inicial, una de desarrollo y una de cierre.

En relación con la fase previa, se establece que el entrevistador será llamado a la sala de audiencia para imponerse junto con el tribunal por parte de los intervinientes, de los aspectos generales necesarios para evacuar la diligencia, en especial lo relativo a cualquier circunstancia que diga relación con el desarrollo evolutivo o capacidad del NNA.

Posteriormente comienza una fase inicial, en la que el intermediador realizará el encuadre presentándose, indicándole al NNA quienes los ven, los escuchan y donde están las cámaras y micrófonos, debe además indicarle la ocurrencia de instancias donde deberá mantener silencio para escuchar las preguntas que deba hacerle; establecerá reglas básicas, como el tiempo de espera en caso de objeciones o en caso de reformular preguntas y en caso de que el entrevistador sea el juez presidente, debe además indicarle que

eventualmente éste deberá escuchar a sus compañeros y opinar sobre lo que estos conversen, comunicarle respecto al artículo 302 y 305 del Código Procesal Penal. Además, debe realizar el rapport o acompasamiento.

La tercera fase es el desarrollo de la entrevista, el protocolo señala que el intermediario deberá hacer las preguntas solicitadas por el juez presidente a través del sonopronter, evitando estructuras complejas que enumeren más de una idea o tema, así como también el lenguaje sofisticado o técnico. La idea según lo señalado por el protocolo es que se traduzcan los cuestionamientos a términos entendibles por el deponente atendido su edad, madurez y condición psíquica, o utilizando palabras mencionadas por el propio NNA. El protocolo señala que no debe mencionarse de parte de cual interviniente viene la pregunta, para así no restarle neutralidad y simpleza a la entrevista.

El protocolo se hace cargo también de la forma en que se manejará el debate realizado en sala, así señala que el juez presidente dirigirá el debate, si es el juez presidente quien está realizando el interrogatorio, la dirección del debate la realizará el tercer juez integrante. Tratándose de un tribunal unipersonal como sería el caso del juez de garantía en caso de la prueba anticipada, el protocolo señala que el juez procurará compatibilizar el ejercicio de los derechos del adolescente con las labores de dirección de la instancia, y como el juez se encontrará junto a deponente en la sala especial, deberá explicarle al adolescente la dinámica que se producirá entre él y los intervinientes.

Respecto a las objeciones que puedan formularse a las preguntas realizadas por los intervinientes, el protocolo señala que el juez presidente le comunicará esta situación al intermediador, quien deberá explicarle la situación al NNA y señalarle que están viendo si hay alguna pregunta adicional que realizarle. Durante esta instancia se recomienda al intermediario asistir al NNA, por ejemplo, ofreciéndole agua, preguntarle si necesita ir al baño etc.

En el caso que sea el juez presidente el intermediario, este deberá dar su opinión de manera breve y simple para no quitarle fluidez a la entrevista.

Por otra parte, si la pregunta ya fue formulada al NNA y surge la objeción, el intermediador deberá indicarle al NNA que no conteste mientras no se resuelva la incidencia y si ya ha contestado, el intermediador debe esperar las instrucciones del juez para ver si hay necesidad de reformular.

Cuando sea necesario que el NNA observe un documento o cualquier otro elemento probatorio el juez presidente otorgará al intermediario el tiempo necesario para explicarle que alguien ingresará con dicho elemento y deberá seguir las instrucciones del juez respecto a la exhibición de este, en ningún caso el NNA será llevado a la sala de audiencia.

El protocolo contempla una situación que puede presentarse y que resulta de gran importancia para evitar la victimización secundaria, y es el caso en que el intermediario considere que se ha realizado una pregunta que vulnere los principios de la Ley N°21.057/2018. Se entiende que esto ocurrirá en los siguientes casos:

- 1.- Cuando se estime que la pregunta es coactiva o que por su complejidad pueda resultar engañosa o poco clara en tanto excedería la capacidad de comprensión del NNA atendidas sus características y etapas de desarrollo evolutivo,
- 2.- Que una pregunta pudiera provocar sufrimiento o una grave afectación de la dignidad del NNA.
- 3.- Que el NNA se encuentre en un estado emocional o físico en el que no le sería posible continuar con la declaración.

En estos casos el protocolo indica que el intermediador deberá comunicárselo al juez y el juez presidente deberá abrir debate con los intervinientes, resolviendo finalmente el tribunal si corresponde rechazar la pregunta por alguna de las causales legales o hacer un receso en el caso de la tercera causal. Si el tribunal resuelve mantener la pregunta, se lo comunicará al intermediario quien deberá formular la pregunta al deponente.

Por último, el protocolo contempla la fase cierre, en que el intermediario le preguntará al NNA si tiene dudas e inquietudes que plantear y entregarle información relativa al término de la declaración.

Como puede observarse, el protocolo contempla la mayoría de las situaciones que podrían plantearse en una declaración judicial, pero también nos demuestra la enorme complejidad que tendrá llevar a cabo este interrogatorio sin revictimizar al NNA.

En la entrevista videograbada, el NNA se encuentra sólo con su entrevistador, y más allá de la dirección que éste pueda recibir del Fiscal, la entrevista es realizada por él, favoreciendo como hemos visto el relato libre del NNA, sin realizar preguntas sugestivas, priorizando la formulación de preguntas con finales abiertos y permitiendo que sea el entrevistado quien cuente los hechos, pero en la declaración judicial es totalmente diferente, en este caso es un interrogatorio ya que son los intervinientes quienes realizan las preguntas y el intermediario solamente debe adaptarlas al nivel de comprensión del NNA. Nos preguntamos entonces, si se aplican a las reglas básicas de interrogación a testigos del CPP, por ejemplo, ¿se pueden formular al NNA preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella?, ¿puede el contra interrogador realizar preguntas sugestivas, a pesar de que estas sean contrarias a todo lo señalado relativo a la declaración de NNA? Si bien la ley señala en su art. 2 que sus normas se aplican con preferencia a las del CPP, en estos casos la ley ha guardado silencio.

VI CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA Y EL DERECHO A DEFENSA DEL IMPUTADO

Como acabamos de analizar en el capítulo anterior, si bien la ley prevé una serie de resguardos para que la declaración judicial no constituya una revictimización del NNA, lo cierto es que, de todas maneras, esta instancia constituye un nuevo relato de la víctima y claramente no es lo mismo la entrevista videograba al interrogatorio y contrainterrogatorio en una instancia de juicio.

Nos preguntamos entonces, ¿por qué no es posible reproducir la entrevista videograbada en juicio y evitar de esta manera que el NNA tenga que volver a declarar y someterse a un interrogatorio que puede causarle estrés, donde pretenda desacreditarse su credibilidad y donde sea cuestionado su testimonio?

Como ya hemos señalado, lo que ocurre es una colisión entre el derecho del NNA y su interés superior y los derechos del imputado a un debido proceso.

El derecho del imputado a un proceso racional y justo está consagrado en nuestra CPR y además en tratados internacionales ratificados por Chile, este derecho como analizaremos a continuación está integrado por diversos derechos procedimentales, entre ellos, el derecho a defensa. Por su parte, como también ya hemos desarrollado ampliamente en este trabajo, rige en nuestro ordenamiento jurídico el principio de interés superior del NNA, ambos, entran en colisión cuando pretendemos que la entrevista videograbada sea única y reproducida en juicio.

Si pensamos en una entrevista videograbada que, de acuerdo con la ley, se tomará en el tiempo más próximo a la denuncia, y en la cual no tiene participación alguna un abogado defensor o un juez de la República, ¿podríamos afirmar que se está respetando el debido proceso?, ¿se vulneraría el derecho a defensa del imputado? A continuación, analizaremos el concepto de debido proceso y derecho a defensa y su relación con la entrevista videograbada.

1 Debido Proceso

Lo primero que nos preguntamos es ¿qué es el debido proceso? Ya que en nuestra legislación no encontramos un concepto o definición de este, es más, la CPR ni siquiera utiliza esta terminología y el CPP solo se refiere a él en el artículo 13, en referencia al efecto de las sentencias extranjeras en Chile, pero sin dar un concepto de este.

Para poder entender a que nos referimos con debido proceso, revisaremos algunas definiciones dadas por la doctrina.

García Pino señala que “Se puede definir el derecho al debido proceso como aquel que, “franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas

las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.” (2013 p. 257)

Bordali por su parte nos señala que “Con el debido proceso o racional y justo procedimiento, estamos frente a un derecho fundamental o principio constitucional que hace las veces de un contenedor de varias garantías procesales para los justiciables.” (2011, p 321)

Zapata define el debido proceso como “un principio constitucional, es decir, un conjunto de ideas de índole jurídico-política cuya finalidad es darle operatividad a los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad. Tratándose precisamente de un principio y no de una regla fija, el debido proceso admite diferentes modalidades concretas”... “el principio del debido proceso presenta entonces una cierta ductibilidad que no cabe confundir con vaguedad”. (2008 p.568)

Como podemos apreciar de estas definiciones, el debido proceso no tiene un contenido preciso si no que se trata de una especie de cajón que debe ser llenado con otros derechos, con el fin de que el procedimiento que se lleva a cabo sea un procedimiento legítimo.

En cuanto a su regulación, la CADH en su art. 8 se refiere al debido proceso, donde establece un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales y en el art. 25 donde establece el derecho a recurso.

El PIDCP también establece en su art. 14 una serie de derechos que conformarían el debido proceso, entre ellos el derecho a ser oído, el derecho a un tribunal imparcial y el derecho a defensa letrada.

En nuestra CPR no se menciona el debido proceso, pero la doctrina ha entendido que se encuentra implícito en el art. 19 N° 3, inc. 5to, de la CPR que establece el derecho a un procedimiento racional y justo, La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula "racional y justo procedimiento" era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor.

De acuerdo a Nogueira, esta normativa se refiere al “debido proceso sustantivo que exige la conducta y actuación razonable del juez en todas las etapas del procedimiento y la razonabilidad de las normas que lo regulan, además de las reglas del debido proceso penal que consideran como mínimo el emplazamiento, el derecho de defensa letrada, la bilateralidad y principio de contradicción, el dictar la sentencia en un plazo razonable por un Tribunal que tenga el carácter de objetivo e imparcial y la posibilidad de revisión de lo resuelto, fallado por una instancia superior igualmente objetiva e imparcial.” (2007 p.26)

2 El Derecho a Defensa

En relación a lo que nos convoca, uno de los elementos que integran el debido proceso es el derecho a defensa, para Gimeno “el derecho de defensa es un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible y a designar en él a un abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación prueba e impugnación que estimen necesarios, en punto hacer valer con eficacia el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”. (2018 p. 486)

Para Montero el derecho de defensa "se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial", se trataría de una de las facetas del principio de contradicción, que consistiría a su vez en un "mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial". (1997 p 140)

Para Pramns, los principios naturales jurídicos del proceso penal, el de audiencia y el de igualdad, tiene relación con el derecho a defensa del imputado, ya que el primero de ellos se refiere al derecho a ser oído y el segundo a la igualdad de armas que debe existir entre la parte acusadora y el acusado, quienes deben disponer de los mismos medios de ataque y defensa, en este sentido sostiene que “la igualdad probatoria de las partes se manifiesta en la igualdad de oportunidades procesales para producir prueba y para contradecir o desacreditar la de la contraparte” (s.a. p 39 y p 64).

El derecho a defensa, de acuerdo a lo sostenido por Horvitz (2008 p. 228) comprende genéricamente una serie de derechos, entre ellos el de controlar y controvertir la prueba de cargo (2008 p. 228). Nos señala esta autora que estos derechos son consecuencia inmediata de los principios de inmediación y contradicción del juicio, presupuestos legitimantes de la decisión jurisdiccional en cuanto aseguran que los intervinientes han tenido una oportunidad real de influir sobre el resultado de la decisión a través de un proceso dinámico de afirmación y refutación de sus respectivas hipótesis litigiosas. (2008 p. 233)

Castro señala que una de las manifestaciones del derecho a defensa es el derecho a ser oído, lo cual incluye formular alegaciones, prestar declaración y presentar pruebas. (2021 p. 227)

En este sentido, podemos señalar que el derecho a defensa implica de manera general la posibilidad ser oído por el tribunal y de influir o aportar a toma de decisión del órgano jurisdiccional, y de manera más específica, esto se traduce no solo en que el

imputado pueda declarar, si es que desea hacerlo, sino también a aportar prueba propia y además de controvertir la prueba de cargo.

Distintos instrumentos internacionales reconocen que parte del derecho a defensa es la posibilidad del acusado de confrontar y cuestionar la prueba de cargo, así el PIDCP establece en su art. 14. 3. Que entre las garantías mínimas a que tiene derecho una persona acusada, está la de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; el CADH entre las garantías judiciales establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a garantías mínimas, entre ellas está la de interrogar a los testigos presentes en el tribunal (art. 8. 2 letra f), por su parte la CEDH en el convenio para la protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, establece en el art. 6 el derecho a un proceso equitativo en el cual se consagran derechos mínimos entre ellos se encuentra el de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra. (Art. 6 .3. letra d).

Como nos señala Duce “este derecho cumple al menos dos funciones. Por una parte, asegura que el acusado tenga una participación activa en el caso y pueda influir en el proceso de formación de convicción del tribunal, es decir, que el tribunal pueda tomar en consideración los antecedentes aportados por el acusado y su punto de vista y por la otra, constituye un aspecto central para asegurar una decisión de mejor calidad del juzgador toda vez que la información aportada en el interrogatorio del acusado permitirá contar con más antecedentes y mejorar la evaluación de credibilidad del testigo (o perito), favoreciendo una decisión judicial basada en información de mayor calidad.” (2014, p. 122)

Si bien este derecho no está reconocido de manera tan explícita en nuestra legislación, si podemos encontrarlo en diversas normas, Duce nos indica que este está reconocido para empezar en el art. 5 inc. 2 de la CPR, y en el art. 19 N°3 inc. sexto. También ha sido reconocido por la Corte Suprema en la sentencia de causa rol N°2866-2012 de 17 de junio de 2013 considerando décimo cuarto, donde establece como parte del debido proceso el presentar prueba de descargo y examinar la prueba de cargo. También estaría implícito en las normas del CPP que consagran el principio de contradicción. (2014 p. 124)

De acuerdo con Duce el contra examen tiene un doble objetivo, por un lado, la confrontación y por el otro el apoyar la teoría propia del caso, en relación con los objetivos confrontacionales, nos señala que estos tienen por finalidad desacreditar al testigo o perito y desacreditar el testimonio o pericia. (2014, p. 125)

El problema entonces que se nos presenta, es que en la entrevista videograbada como está concebida en nuestra legislación, no se permite la intervención del imputado, menos de su abogado defensor, y ni siquiera considera la posibilidad de ser tomada ante un juez de la república, por el contrario, la idea de la entrevista videograbada es que no intervenga en ella nadie más que el entrevistador y el entrevistado. Si permitimos su reproducción en juicio en reemplazo de la declaración judicial de la víctima o testigo se produce un atentado contra el derecho a debido proceso del imputado, específicamente en

contra de su derecho a defensa ya que éste se ve imposibilitado de contrainterrogar al testigo, de intentar desacreditarlo y controvertir sus dichos ante el tribunal.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante casos de delitos sexuales contra NNA, este tribunal ha sostenido que en los procesos penales debe otorgarse al imputado una oportunidad adecuada para contrainterrogar a los testigos en su contra, y que si bien la regla general es que se lleve a cabo en el momento de la declaración del testigo durante el juicio oral, existen excepciones debido a la naturaleza del caso, una de esos casos sería los procesos por delitos sexuales en los cuales deberá asegurarse la posibilidad del acusado de preguntar directa o indirectamente al testigo, ya sea en el curso de su declaración investigativa o en una ocasión posterior (véase Amparo y Justicia, 2016, p. 155).

Por lo anterior es que suele preferirse que junto a la entrevista videograbada exista también una instancia de declaración judicial, donde el imputado pueda hacer uso de su derecho a defensa y confrontar el testimonio del NNA mediante un contrainterrogatorio, aun cuando implique someter al NNA a nueva declaración y a una situación donde puedan ser revictimizado.

A este respecto, creemos necesario referirnos a una importantísima modificación que introduce la Ley N°21.057/2018 a una institución poco aplicada en nuestro derecho, pero que reviste grandes beneficios tanto para el proceso en si como la víctima NNA, la prueba anticipada.

VII PRUEBA ANTICIPADA

La Ley N°21.057/2018 regula la figura de prueba anticipada de NNA, derogando el actual artículo 191 bis. En el presente capítulo nos referiremos a la prueba anticipada de manera general, la prueba anticipada del artículo 191 bis y la nueva prueba anticipada de la Ley N°21.057/2018, para explicar porque consideramos que esta es la mejor opción para evitar la victimización secundaria de NNA y resguardar a la vez los derechos del imputado.

1. Concepto

De acuerdo con Jara (1996 p. 10), la prueba anticipada o prueba de inicio dice relación con toda aquella actividad probatoria necesaria o conveniente de realizar en una fase anterior al proceso o en la etapa de discusión.

Por su parte para Paul Díaz (2006 p. 13) nos señala que la prueba anticipada “es aquella rendida en una fase anterior a la oportunidad establecida ordinariamente para ello, ya sea dentro o fuera del juicio actual.”

Si bien estas definiciones guardan relación con el proceso civil, dejan en claro que es lo que caracteriza a la prueba anticipada y en base a ello, podemos señalar que es aquella que se produce antes de la etapa procesal en que debiera rendirse la prueba. Para Manuel Miranda Estrampes (1997 p. 318) la prueba anticipada es “aquella que se realiza en un momento anterior al del inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarlas en este acto”. En nuestra legislación, por tanto, podríamos señalar que la prueba anticipada es aquella que se rinda antes del Juicio Oral.

La prueba anticipada es de carácter excepcional, en nuestro proceso penal, esto se encuentra regulado el artículo 296 del CPP, el cual nos señala que la prueba que hubiere de servir de base para sentencia deberá rendirse durante el juicio oral, de allí se desprende claramente la excepcionalidad de la prueba anticipada. Esta excepcionalidad se basa principalmente en los principios de inmediación y contradicción.

En relación al principio de inmediación Miranda nos señala que éste implica que el sentenciador se debe relacionar directamente con la prueba, lo que se traduce en que ésta deba transcurrir necesariamente en presencia el órgano jurisdiccional. (1997 p. 270)

Para Horvitz “Se trata de un principio que no está reconocido autónomamente como garantía, pero que opera como tal en cuanto aparece asociado al derecho a un juicio oral, impidiendo que dicho derecho se burle por la vía de reconocer valor, en la sentencia, a prueba que no haya sido producida durante el juicio. Dicho de otro modo, de nada serviría garantizar el derecho a un juicio oral si, al momento de la sentencia, se permitiera al tribunal fallar sobre la base de prueba que no ha sido rendida directamente ante él.” (2008 p.97)

El principio de inmediación se encuentra establecido en diversas normas del CPP, el art. 284 nos señala la obligación de la presencia interrumpida de los jueces en el juicio oral

y la correspondiente causal de nulidad del artículo 374 letra b) en caso de incumplimiento, el art. 340 inc. 2do que establece que la convicción del juez debe producirse sobre la base de la prueba producida en juicio oral y los art. 329, 331 y 332, que establecen la declaración personal de testigos y peritos en el juicio oral y la imposibilidad de sustituirla por la lectura de registros de la etapa de investigación, salvo contadas excepciones.

Por su parte, el principio de contradicción, de acuerdo a Horvitz “es la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos.” (2008 p 253)

Miranda señala que el principio de contradicción tiene importancia en materia de probatoria, sobre todo en el caso de prueba testimonial y pericial ya que permite el interrogatorio cruzado. Así la etapa probatoria no es la mera repetición de los actos de la investigación sino que tiene una mecánica de desarrollo distinta, en donde “el material probatorio que se obtiene en el juicio oral es fruto de la actividad de todas las partes y del tribunal”. (1997 p. 274)

2. Regulación de la prueba anticipada

Nuestro código permite la rendición anticipada de prueba solo respecto de la prueba testimonial, de testigos y peritos y solo respecto de circunstancias especiales y, en general, el fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la imposibilidad de rendir la prueba en el lugar y momento en que debe realizarse el juicio oral, o la probabilidad de que esto sea imposible.

Tenemos en este caso que analizar dos normas, el art. 331 letra a) y el art. 191 del CPP. El art. 331 se refiere a la reproducción de declaraciones anteriores a la audiencia de juicio, señalando que estas podrán leerse o reproducirse cuando, se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los art. 191, 192 y 280.

Por su parte el art. 191 señala que podrá recibirse la prueba anticipada por el juez de garantía cuando el testigo o perito tenga que ausentarse a gran distancia, la existencia de motivos que hicieran temer que se produzca su muerte o la incapacidad física o mental o algún otro motivo semejante.

Estas normas no son completamente congruentes entre sí, pero tampoco son de carácter taxativo, por lo cual admite una interpretación analógica de las circunstancias que cada una de ellas contempla.

3. Prueba anticipada NNA

Respecto a lo que nos convoca, la ley N°20.253, introdujo en art. 191 bis referente a la prueba anticipada de NNA víctimas de determinados delitos, este artículo nos señala el fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de los delitos de violación, estupro y otros delitos de carácter sexual. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Si bien este artículo no se encontraba en el proyecto de ley, fue incorporado a propuesta del Fiscal Nacional de ese entonces, don Guillermo Piedrabuena, quien, al ser consultado por el texto del proyecto, manifestó que sería conveniente una modificación del art. 191 del CPP con el fin de que sea siempre procedente la prueba anticipada respecto de menores de edad víctimas de delitos sexuales (historia de la ley p. 27) y fue en la Comisión de Constitución del Senado, en el primer trámite constitucional que se incorporó finalmente en el art. 191 bis, de acuerdo con el senador Walker, el fundamento de esta modificación del CPP es que la etapa de prueba tarda mucho en empezar y puede producirse en ese transcurso el olvido de los detalles o ser los menores objeto de presiones.

Pero nos preguntamos, ¿ha tenido aplicación este artículo? Al parecer su aplicación ha sido escasa, por ejemplo, ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, buscando cuantas veces se ha aplicado la prueba anticipada de NNA desde la entrada en vigor del art. 191 bis del CPP solo fue posible encontrar 4 causas en las cuales se rindió prueba anticipada respecto de víctimas menores de edad a saber:

- 1.- el RIT 6220-12 en donde a pesar de haberse recibido prueba anticipada se decidió por el Ministerio Público no perseverar en el procedimiento
- 2.- el RIT 3849-13 donde se rindió prueba anticipada de la víctima y de su madre, pero esta no fue incorporada en el Juicio Oral, y se absolvió al acusado, ya que de acuerdo al considerando 8va de la sentencia "en relación a las distintas versiones entregadas por testigos) tales diferencias, sólo podrían haberse salvado si se hubiese contado con prueba directa, es decir, con el testimonio de la víctima; sin embargo, la menor no compareció a estrados, no obstante haber sido notificada legalmente con ese objeto, ni tampoco lo hizo su madre – Marta Elena Pérez Colpos- a quien se le habrían develado los hechos conforme se puede colegir de la prueba documental reseñada en la letra d) del número 3) del fundamento sexto precedente, debiendo tenerse en cuenta que respecto de este testigo incluso se despachó orden de arresto, la que no arrojó resultado positivo pues no fue habida.". Esto ocurrió atendido que la prueba anticipada únicamente se solicitó por que testigo y víctima tendrían pasaje para salir de país rumbo a España, y al momento de juicio oral, víctima y testigo fueron notificadas personalmente de la audiencia y no constaba que hubiere salido del país.
- 3.- en una tercera causa RIT 6152-13 se recibió prueba anticipada por el juzgado de Garantía donde declararon tres niños víctimas de abuso sexual y dicha prueba fue

efectivamente incorporada al juicio mediante la reproducción de los registros, en este caso el fundamento de la solicitud fue que por la edad de niños podrían fácilmente olvidar los hechos, sin embargo de todas maneras se absolvió la imputado por inconsistencias en los relatos de los niños, quienes al momento de los hechos tenían 6 años de edad.

4.- y por último en el RIT 1923-15 donde se rindió prueba anticipada pero aún no se ha realizado el juicio oral.

Como puede apreciarse este artículo 191 bis ha tenido una escasa acogida por lo menos en esta jurisdicción, probablemente porque la rendición de esta prueba anticipada no asegura que el NNA no tenga que declarar en juicio, ya que como reza el artículo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral, por lo cual podría perfectamente producirse la situación del que el NNA declare anticipadamente, pero que luego en el juicio oral, la defensa alegue que las circunstancias han cambiado y que ya no se justifica esta declaración anticipada y la víctima deba comparecer al juicio oral sometándose a una segunda declaración judicial, y así, en vez de disminuir, las instancias de testimonio aumenten.

4. Ley N°21.057/2018 y prueba anticipada

El art. 16 de la ley, regula la declaración judicial anticipada de NNA derogando el actual art.191 bis del CPP.

La ley establece que tanto el fiscal, víctima, el querellante o el curador ad litem podrán solicitar la rendición de la declaración judicial anticipada, esta solicitud podrá realizarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio debiendo siempre plantearse ante el Juez de Garantía.

Hecha la solicitud, el juez citará a una audiencia donde se discutirá su procedencia, y de acogerse la solicitud planteada se citará a una nueva audiencia para rendir la prueba, la cual se rendirá de la misma forma que se establece para declaración judicial en juicio oral. La ley establece expresamente que el NNA no prestará una nueva declaración, ni anticipada, ni en juicio, salvo que éste así lo solicite de manera libre y espontánea o a petición fundada de alguno de los intervinientes por la existencia de antecedentes nuevos que puedan afectar sustancialmente el resultado del juicio.

Como podemos ver, existen importantes diferencias entre el artículo 16 de la Ley N°21.057/2018 y el artículo 191 bis del CPP, a saber:

- se amplía los intervinientes que poseen legitimación activa para solicitarla, ya que de acuerdo al art. 191 bis, solo el fiscal puede solicitar la prueba anticipada, bajo esta nueva norma es el fiscal, el querellante y el curador ad litem, quienes pueden solicitar la prueba anticipada. Nos preguntamos a este respecto ¿qué pasa con el imputado?, ¿podría solicitar la prueba anticipada de la víctima? De acuerdo a la norma no es posible y nos parece acertado que el imputado no tenga legitimación para solicitar la rendición de la prueba, ya que lo que busca esa norma es proteger a la víctima, evitar su victimización secundaria, por

lo que no vemos en qué circunstancias el imputado pudiera solicitar esta diligencia en interés de la víctima. Quizás como esta ley se aplica también a testigos, podría eventualmente el imputado estar interesado en solicitar la prueba anticipada de uno de sus testigos NNA, pero en este caso nos preguntamos si ese testigo se encontraría en la misma situación de vulnerabilidad que justifique la aplicación de esta ley.

- extiende el catálogo de delitos en que se permite, ya que el art. 191 bis es más restrictivo que la actual normativa.

- elimina la necesidad de fundar la solicitud en circunstancias personales o emocionales de la víctima. Nos preguntamos a este respecto si es necesario señalar específicamente porqué es recomendable la declaración anticipada para ese caso concreto o respecto de una determinada víctima o basta con hacer una alegación genérica respecto a los beneficios de prestar declaración anticipada y la menor victimización secundaria que se produciría. si bien nos parece que sería suficiente una defensa genérica de la solicitud, el inciso final del artículo 16 señala que la resolución que tome el juez de garantía debe considerar el interés superior del NNA y sus circunstancias personales para fundar su resolución, por lo cual si bien lo que debe primar es el interés superior del NNA, de igual manera deberá considerarse las circunstancias personales de la víctima en el caso a caso.

- por último, elimina el requisito de que estas circunstancias especiales se mantenga sin modificación hasta el juicio oral ya que de lo contrario el NNA debía declarar igualmente en el juicio. La nueva normativa señala expresamente que el NNA no deberá declarar nuevamente en juicio ni tampoco de manera anticipada, salvo que éste lo desee, ya que de lo contrario se atentaría con el derecho del NNA a ser oído por el tribunal, y en casos que sea solicitado fundadamente por los intervinientes y siempre que existan nuevos antecedentes que lo justifiquen y que estos puedan afectar sustancialmente el resultado del juicio. Nos preguntamos si aquí si estaría incluido el imputado para realizar esta petición, ya que como lo vimos anteriormente el imputado no puede solicitar una declaración judicial anticipada de la víctima, pero ¿podría solicitar una segunda? Incluso resulta más entendible que ante cambios de los hechos, una retractación de la víctima, o el surgimiento de nuevos antecedentes, sea el imputado quien solicite que el NNA declare ya sea en juicio ya sea en una segunda declaración anticipada.

Este sistema de prueba anticipada nos parece mucho más favorable para el NNA quien no deberá esperar al juicio oral, que puede ocurrir meses o años después de la denuncia, y podrá empezar su terapia reparadora prontamente quedando liberado de comparecer nuevamente al tribunal.

Cabe señalar que este sistema de prueba anticipada fue el previsto originalmente por el mensaje enviado por el Presidente de la Republica con fecha 22 de enero de 2014, aquí se establecía como única declaración judicial del NNA víctima, la declaración anticipada.

El mensaje indicaba primeramente que este proyecto de ley buscaba reducir el impacto negativo que importa el proceso penal para un menor de edad víctima de delitos sexuales, adecuando las normas del procedimiento que lo rige a las especiales

circunstancias de estos menores de edad. Este proyecto establecía que la declaración del NNA se podría prestar en un máximo de dos entrevistas, una en la instancia investigativa y otra en la instancia de juicio.

Respecto a la entrevista investigativa, el proyecto del ejecutivo no muestra muchas diferencias a lo establecido finalmente por la ley, pero respecto a la entrevista judicial videograbada, la cosa cambia, el proyecto de ley establecía un sistema de entrevista anticipada, indicando que la entrevista judicial debía ser hecha en el plazo más breve posible, indicando en el art. 7 que el fiscal o abogado querellante o el curador ad litem del menor de edad deberían solicitar al Juez de Garantía la recepción anticipada del testimonio del NNA tan pronto como se haya formalizado la investigación y en caso de no ser habido el imputado, una vez declarada su rebeldía.

En ese caso, el juez debía fijar una audiencia de recepción del testimonio citando a todos aquellos que tuvieran derecho a asistir al Juicio Oral, esta declaración constituiría prueba anticipada y el proyecto establecía expresamente la prohibición de citar al NNA a declarar en el juicio oral, estableciendo como excepción el caso de los adolescentes mayores de 14 años que voluntariamente deseen declarar en juicio sometándose al sistema general de interrogación de testigos.

En la historia de la ley, queda registrada la opinión de la abogada María Elena Santibañez (p. 12 de 1er trámite constitucional), quien expone las ventajas de este sistema de entrevista videograbada y declaración anticipada, señalando “que el tiempo para los menores es distinto al de los adultos; así, por ejemplo, un año para un menor de 6 años constituye probablemente la tercera parte de su vida desde que tiene recuerdos, de manera que es muchísimo, ese lapso es más largo que para un adulto. Así las cosas, si a un adulto se le dificulta recordar lo que le ocurrió hace un año, mucho más le cuesta al menor... Una declaración más temprana, por lo mismo, permite que el menor recuerde mejor. Una declaración más temprana permite obtener un relato más espontáneo del menor, evitando que dicha narración pueda contaminarse por presiones o por el hecho de declarar muchas veces lo mismo. En estos casos, generalmente el relato tiende a transformarse en una declaración casi automatizada, con empleo de palabras que no parecen pertenecer a su vocabulario y que mellan la credibilidad del mismo. También se evita que tenga lugar un fenómeno propio de estos delitos asociado a contextos intrafamiliares, en que la cónyuge del agresor u otros familiares cercanos a la víctima comienzan a presionarla para que se retracte de su declaración, tomando en consideración que el sujeto se encuentra privado de libertad y se ha visto mermada la economía familiar, lo que lleva, en definitiva, a la retractación de la víctima. Esta situación, que es muy frecuente en la práctica, sin duda profundiza el daño psicológico del menor víctima.” En relación con las ventajas para el NNA, la abogada sostiene “Disminuye la victimización secundaria del niño. Permite sacarlo rápidamente del proceso penal para que pueda seguir con su vida e iniciar su proceso reparatorio. Está comprobado que mientras más rápido salga el menor de edad del proceso penal, el daño asociado al evento abusivo disminuye, pues permite trabajar antes en

su reparación psicológica. Cada vez que el menor cuenta lo sucedido a una persona distinta, representa una nueva agresión para él.”

Sin embargo, también hubo opiniones diferentes, por ejemplo, la entregada por la representante de la Defensoría Penal Pública, Francisca Whert (p. 21, Historia de la Ley 1er Trámite Constitucional) quien sostuvo que, de acuerdo al proyecto, la entrevista judicial, es la única audiencia en que el NNA rinde su testimonio y la única posibilidad para la defensa de examinar y contra examinar la prueba. Sostiene que se trata de la prueba que debería rendirse en la etapa de juicio oral y que, según esta propuesta, se entrega al inicio de la etapa investigativa, un escenario absolutamente distinto en que la facultad de control del defensor es parcial dado que no conoce el conjunto de la prueba que se está y continuará generando, a diferencia de lo que ocurre en el juicio oral como instancia única de rendición de prueba e información para la resolución del caso. Arguyó que, en cierta medida, el proyecto y la mayoría de las ideas legislativas que han existido en esta materia parten de un presupuesto que no es real: sostener que la revictimización tiene normalmente como causa la actividad de la defensa y de su control de la prueba en juicio, en circunstancias que los estudios realizados establecen que el principal problema de la revictimización normalmente se produce en la etapa investigativa del proceso penal y no en la etapa de juicio y, por lo tanto, es allí donde sin duda es necesario establecer limitaciones.

Sin embargo, este sistema de entrevista videograbada y prueba anticipada no prosperó, la indicación sustitutiva del ejecutivo de fecha 26 de julio de 2016, que se envía por la presidenta Michele Bachelett contiene un texto sustitutivo de la ley que cambia radicalmente la entrevista judicial que había ingresado en el mensaje.

Este nuevo proyecto establece a la entrevista judicial como parte del juicio oral y sus disposiciones adecuadoras modifica el art. 191 bis, sin regular en la ley la declaración judicial anticipada.

El nuevo texto indicaba que el propósito de la entrevista judicial es que el niño o niña preste declaración en juicio en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 23 y 28 de la ley, y en la que solo estarán presentes el entrevistador que hubiere participado en la entrevista investigativa y el niño o niña. Señala esta indicación que durante la audiencia de juicio, el tribunal o juez de garantía, en su caso, previo debate de los intervinientes, fijará las materias respecto de las cuales deberá formular sus preguntas el entrevistador. La entrevista judicial será realizada por el mismo entrevistador que hubiera participado en la entrevista investigativa, o quien haya sido designado como subrogante, bajo la dirección del juez presidente del tribunal o del juez de garantía, en su caso, en una sala distinta a aquella en que se realice la audiencia de juicio, especialmente acondicionada para ello y que cuente con un sistema interconectado de comunicación que permita que por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, en su caso, se dirijan las preguntas al entrevistador.

Fue el mismo Senado en este primer trámite constitucional que decidió volver a incorporar la posibilidad de rendir prueba anticipada, regulándolo directamente en la ley y

no solo modificando el artículo 191 bis, el cual finalmente es derogado (p. 155 y siguientes de Historia de la Ley N°21.057/2018, Primer Trámite Constitucional).

Nos parece sumamente acertada esta regulación ya que la prueba anticipada congenia de la mejor manera el interés superior del NNA y el derecho a defensa del imputado, y la regulación de la Ley N°21.057/2018 creemos que ofrece todas las garantías necesarias para llevar a cabo de manera correcta esta declaración anticipada. Como hemos señalado, la ley establece la presencia de todos los sujetos procesales que corresponde, ya que se debe citar a todos los intervinientes y es presidida por el juez de garantía. En segundo lugar permite al imputado y su defensa efectuar el contra examen, ya que esta declaración anticipada se somete a todas las reglas establecidas para la declaración judicial, en tercer lugar, respecto al momento en que se puede solicitar la realización de la audiencia de prueba anticipada creemos que se compatibilizan los derechos de la víctima y del imputado, ya que la ley establece que puede solicitarse desde que se formaliza la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio, por lo cual el imputado ya conocerá los cargos por los cuales se le investiga y podrá tener una idea más o menos clara de su propia teoría del caso, se elimina en el texto final de la ley, la referencia que se hacía en el proyecto original donde se permitía que se realizaría la audiencia de prueba anticipada cuando el imputado fuera declarado rebelde, puesto que en ese caso, solo se podía ejercer un defensa genérica y no defensa específica a los intereses del imputado lo cual se entiende puede afectar el derecho debido proceso, en cuarto lugar, la ley establece la videograbación de esta declaración anticipada para que sea reproducida posteriormente en el juicio oral y así sea incorporada para el conocimiento de los jueces que finalmente fallarán, y por último, creemos que resulta de gran importancia el inciso penúltimo del art. 16 de la ley, el cual señala que el NNA no prestará una nueva declaración juicio, salvo las circunstancias especiales que ya mencionamos, ya que a través de esta norma se evita de manera clara y consistente una re victimización del NNA, limitando de manera efectiva el número de declaraciones que este debe realizar.

Si bien la Ley N°21.057/2018 ha entrado en vigencia en el año 2019 y su implementación parcial ha sido suspendida por la situación del país, podemos ver que ya se ha aplicado esta figura de la declaración anticipada del NNA, y citamos como ejemplo la causa RIT 1848-2018 del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, en donde se recibió la prueba anticipada de 3 menores de edad quienes fueron recientemente adoptados por un matrimonio extranjero, por lo cual no se encontrarían en el país a la fecha del juicio, en esta resolución del Juez de Garantía resulta importante destacar que no solo se autoriza la declaración anticipada por esta circunstancia de posible ausencia si no que, como señala la resolución, “no sólo es conveniente sino además estrictamente necesario, a fin de resguardar la integridad física y psíquica de los niños, darles la posibilidad de prestar su testimonio lo antes posible, para así minimizar, en algo al menos que sea a estas alturas, el periodo que ya han debido soportar de exposición al proceso penal, con la consiguiente victimización secundaria que ello naturalmente conlleva, sobre todo en niños de tan corta

edad... este tribunal estima procedente la prueba anticipada no sólo por la ausencia de los menores motivada por su viaje fuera del país en fecha próxima sino también por consideraciones que se vinculan a las circunstancias personales de los niños y a su interés superior como sujetos de derecho, merecedores de un especial cuidado y protección por parte de los órganos del Estado” (res. De fecha 26/05/2020)

Por estas consideraciones creemos que el Ministerio Público debe propender a que, en las investigaciones que desarrolle, se utilice de manera frecuente la prueba anticipada del NNA, constituyéndola como la regla general, dejando solo para determinados casos la declaración en juicio oral cuando el NNA esté en condiciones emocionales y físicas de entregar válidamente su testimonio, logrando con esto privilegiar el interés superior de del NNA.

VII CONCLUSIONES

1. Con la dictación de la Ley N°21.057/2018 se da cumplimiento a un compromiso pendiente del Estado de Chile en relación con el tratamiento que reciben NNA víctimas de delitos sexuales, creando un estatuto obligatorio para todos los operadores del sistema que contempla, por un lado, a la entrevista investigativa videograbada como único método de toma de declaración de NNA y, por otro, la declaración judicial de los mismos con las máximas garantías en resguardo de los derechos de estas víctimas y de los imputados por tales ilícitos.

2. En relación con la entrevista videograbada, consideramos que cumple con los requisitos establecidos por la doctrina y el Derecho internacional y logra su objetivo de evitar, o a lo menos disminuir, la victimización secundaria de NNA ya que reduce el número de entrevistas a que éstos pueden ser sometidos y establece las condiciones básicas en que ésta debe ser realizada, a saber: ser hecha por un entrevistador experto, en un ambiente seguro para el entrevistado, utilizando una técnica de entrevista específica y asegurando una videograbación de calidad

3. En consecuencia, el NNA podrá acceder al momento de declarar a un tratamiento profesional, ya que la ley y el conjunto normativo complementario aseguran formación y capacitación constante del entrevistador y la utilización de un protocolo de entrevista certificado a nivel internacional; además, asegura que sea realizada en un ambiente favorable, seguro y reservado; la nueva normativa no ha dejado ningún punto al azar al momento de regular la sala donde se prestará la declaración y garantiza que esta diligencia quede íntegramente registrada permitiendo su posterior reproducción.

4. A pesar de que la ley ha establecido la limitación a realizar nuevas entrevistas videograbadas, existen otras instancias en que el NNA deberá entregar su relato, como es el caso de la denuncia, los peritajes y la declaración judicial (sin duda, la más intensa de todas). La ley no permite que la entrevista videograbada sea reproducida en el juicio oral, salvo contadas excepciones, pues la reproducción representaría una vulneración a la garantía del debido proceso, en especial al derecho a defensa del imputado, en ejercicio del cual este interviniente puede controvertir la prueba de cargo y contrainterrogar a los testigos de la acusación. En el fondo, este derecho entra en colisión con el interés superior del NNA.

5. En relación con lo anterior, la Ley N°21.057/2018 contempla una herramienta idónea para equilibrar ambos intereses, consistente en la declaración anticipada. El estatuto previsto en el art. 16 de la Ley N°21.057/2018 deroga el poco utilizado artículo 191 bis del CPP y establece un sistema de anticipación de prueba que otorga una adecuada protección

al NNA, permitiéndole que este pueda salir prontamente del proceso penal, sin tener que esperar más meses o años a que el proceso termine, pudiendo iniciar una terapia reparatoria o simplemente continuar con su vida; y a la vez, permite al imputado el ejercicio de todos sus derechos, ya que esta declaración anticipada se hará ante un órgano jurisdiccional y bajo las mismas normas que la declaración judicial en juicio oral, con todas las garantías tanto para la víctima como para el imputado.

6. Pensamos que la prueba anticipada de declaración del NNA puede ser empleada como un mecanismo procesal destinado a cubrir todas las necesidades de legitimidad del sistema y de protección de garantías, por lo que en lugar de ser usada como un mecanismo de carácter excepcional en materia probatoria, se convierta en la regla general para este caso.

BIBLIOGRAFÍA

Textos de doctrina:

- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): “El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Estudios Constitucionales, año 6, N° 1, Universidad de Talca, pp. 229-247.
- Albertín Carbó, Pilar (2005): “Psicología de la victimización Criminal”, en Psicología Criminal, Miguel Ángel Soria y Dolores Saiz Roca (coords.), Ed. Pearson Prentice Hall, Madrid. Pp. 245-275.
- Beristain, Alberto (2000): *Nova Criminologia á Luz do Direito Penal e da Vitimologia*, Ed UnB, Brasilia.
- Berlinerblau, Virginia (1998): Abuso Sexual Infantil: Una perspectiva forense, en “Violencia Familiar y Abuso Sexual”, consultada en iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotación_sexual/Lectura32.forense.pdf
- Bordali, Andrés (2011): “Análisis Crítico De La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Sobre El Derecho A La Tutela Judicial”, Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, pp. 311- 337.
- Castro Jofre, Javier (2021): *Manual De Derecho Procesal Penal*, ed. Libromar, Santiago, p. 227.
- Díaz, Paul (2006): *La Prueba Anticipada En El Proceso Civil*, Lexis Nexis, Santiago.
- Duce, Mauricio y Riego, Cristian (1994): “La Víctima en el Proceso Penal chileno y la Seguridad Ciudadana”, en Cuaderno de Análisis Jurídico, N°4, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 145-158.
- Duce, Mauricio (2014): “El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado” en Política Criminal, Vol. 9 N°17, Santiago, pp 118-146.

- Fernández-Ballesteros González, Eugenio Carlos, (2005): “La Psicología Criminal en la práctica pericial forense”, en *Psicología Criminal*, Miguel Ángel Soria y Dolores Saiz Roca (coords.), Ed. Pearson Prentice Hall, Madrid. Pp. 60-121.
- García, Francisco (2013): “Análisis comparado de protocolos de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes que han sido víctima de delitos sexuales”, memoria para optar al título de psicólogo, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias sociales departamento de psicología, Santiago.
- García Pino, Gonzalo (2013): “El Derecho A La Tutela Judicial Y Al Debido Proceso En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Chileno”, *Estudios constitucionales* vol.11 no.2 Santiago
- Gatica, Nora y Chaimovic, Claudia (2004): “El Derecho no entra a la escuela”, *Revista de psicoanálisis FORT-DA*, N° 6, consultada en www.fort-da.org/fort-da7/derecho.htm el 05/08/2019.
- Gimeno Sendra, Vicente (2018): *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (Antonio Torres del Moral Pablo Morenilla Allars Manuel Díaz Martínez) editorial edisofer, Madrid.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, Coronel, Elisa y Prez, Carlos Andres (2009): “Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria”, Universidad Cooperativa de Colombia, pp 49-58.
- Horvitz, María Inés, López Masle, Julián (2008): *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, ed. Jurídica de las Américas.
- Horvitz, María Inés, López Masle, Julián (2008) *Derecho Procesal Penal II Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*, ed. Jurídica de las Américas.
- Intebi, Irene, (2012): “Estrategia y modalidades de intervención en casos de abuso sexual infantil intrafamiliar”, en *Colección de documentos técnicos*, N° 5, Gobierno de Cantabria, España.

- Intebi Irene, (2011): *Proteger, Reparar, Penalizar: Evaluación De Las Sospechas De Abuso Sexual Infantil*, Ed. Granica, Buenos Aires, consultado a través de elibro.net.
- Juárez López, Josep (2015): “El menor como testigo: fundamentos y técnicas”, en *Psicología Criminal*, Miguel Ángel Soria y Dolores Saiz Roca (coords.), Ed. Pearson Prentice Hall, Madrid. Pp. 163-184.
- Jara Castro, Eduardo (1996): *La Cautela y Las Pruebas De Inicio En La Fase Preparatoria De Los Procedimientos Civiles*, en Díaz, Paul (2006): *La Prueba Anticipada En El Proceso Civil*, Lexis Nexis, Santiago.
- Lamb, Michael; Orbach Yael; Hershkowitz Irit et al, (2007) “Un protocolo estructurado de entrevista investigativa mejora la calidad y capacidad informativa de las entrevistas forenses a niños: Reseña de investigación que usan el Protocolo de Entrevista Investigativas del Instituto Nacional de Salud Infantil y desarrollo Humano (NICHD por sus siglas en inglés) en Child Abuse & Neglect, consultada en admin.amparoyjusticia.cl/assets/upload/1f27d-lamb-y-cols.-2007.pdf
- Miranda Estampes, Manuel (1997): *La Mínima Actividad Probatoria En El Proceso Penal*, ed. JMB, Barcelona.
- Montero Aroca (1997): *Principios del proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2007): *El Debido Proceso En La Constitución Y El Sistema Interamericano*, Librotecnia, Santiago.
- Perrone, R y Nannini M. (2014): *Violencia Y Abusos Sexuales En La Familia: Una Visión Sistemática De Las Conductas Sociales Violentas*, Paidós, Buenos Aires.
- Powell, Martine, (1999): “Videograbación del testimonio los niños: costos y beneficios”, consultada en admin.amparoyjusticia.cl/asset/uploads/cd13f-powell_col_1999.pdf
- Pramns Julián, Claudio (s.a): *“El Control Del Establecimiento De los Hechos En Las Sentencias Penales*, Prolibros ediciones, Valparaíso.
- Rochel, Sandra (2005): “Revictimización y Justicia, abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino, tesis de postgrado Universidad de Buenos Aires, Argentina, en Revisión técnica del concepto de victimización secundaria.

- Rozansky, Carlos Alberto (2003): *Abuso Sexual Infantil: ¿denunciar o silenciar?*, Ed. B. Argentina S.A., Buenos Aires.
- Schade, Burkhard (2013): “La declaración de niños menores de edad (preescolares) como testigos en casis de un supuesto abuso sexual”, en “Política Criminal”, Vol. 8, N°16, p 600-611.
- Sovino, Maurizio (s.a.): El uso de videgrabaciones en reemplazo de la comparecencia del niño, niña o adolescente victima al Juicio Oral, para Amparo y Justicia.
- Zapata, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Documentos:

- XVI Asamblea General de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos AIAMP, “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”, 2008.
- Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, Resolución 20 del año 2005.
- Consejo Nacional de la Infancia, Informe Final de la Comisión Técnica de garantías de derechos de NNA en procesos judiciales, 2015.
- Congreso Nacional, Historia de la Ley N°21.057/2018.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, 2008.
- Fundación Amparo y Justicia – MIDE UC, Percepción de los procesos de Investigación y Judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en las Regiones Metropolitana, de Valparaíso y Biobío. Santiago, enero de 2009.
- Fundación Amparo y Justicia, Fenomenología de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes y su importancia en el debate de la imprescriptibilidad. Junio 2018.
- Fundación Amparo y Justicia, Entrevista Investigativa Videgrabada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, Fundamentos y Orientaciones Técnicas Basadas en Evidencia Internacional, Santiago, septiembre de 2016.

- Ministerio Público, oficio N°914/2015 de la Fiscalía Nacional, 2015.
- Ministerio Publico Plan Estratégico del Ministerio Público 2006-2022.
- Ministerio Público, Plan Institucional Anual del Ministerio Público 2019.
- Ministerio Público, carabineros de Chile SML, PDI, SENAME, Corporación Opción y Fundación Cuidad del Niño, La guía de evaluación pericial de testimonios en víctimas de delitos sexuales, 2018.
- Ministerio Público, Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de delitos sexuales, 2012.
- Poder Judicial, Republica de Chile: Declaración judicial de niños, niñas y adolescentes en Tribunales Orales en lo Penal: Manual de Abordaje.
- Senado, Informe de Biblioteca del Congreso Nacional, Declaración video grabada de menores de edad, estándares internacionales y regulación comparada, 2015.
- UNICEF Chile, Informe sobre niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal, 2016.
- UNICEF Argentina, JUJESUS y ACD Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, 2013.

Textos normativos:

- Constitución Política de la República
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Ley N°21.057/2018 de fecha 20 de enero de 2018, Regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales
- Decreto N°471 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de fecha 02 de abril de 2019, aprueba el reglamento de la ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales

- Protocolo del artículo 31 letra A de la Ley N°21.057, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Protocolo del artículo 31 letra I de la Ley N°21.057, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Convención América de Derechos Humanos
- Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos
- Convención De Derechos Del Niño
- Convención Europea De Derechos Humanos
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, promulgado en Chile mediante el decreto 225 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 08 de agosto de 2008
- Resolución Exenta N°3.849 de agosto de 2016, del Servicio Médico Legal
- Resolución Exenta N°2.938, de fecha 27 de septiembre de 2019 del Servicio Médico Legal