

R. 282933

MAG  
B982e  
2020



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
MAGÍSTER EN DERECHO  
("LEGUM MAGISTER")



Tesis de Magíster en Derecho

LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA COMO MEDIO  
DE PRUEBA



**Autor: Alejandro Bustos Ibarra**  
**Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco**

**Mayo, 2020**

ÍNDICE

LISTA DE ABBREVIATURAS

PLANTILLA CLAVE

RESUMEN

ABSTRACT

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

1.2. Justificación

1.3. Objetivos

1.4. Metodología

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Conceptos generales de la ECV

2.2. Evolución de la ECV

2.3. Tipos de ECV

2.4. Características de la ECV

2.5. Importancia de la ECV

2.6. Limitaciones de la ECV

2.7. Aplicaciones de la ECV

2.8. Conclusiones de la ECV

3. CONCLUSIONES

4. REFERENCIAS



ÍNDICE .....	1
TABLA DE ABREVIATURAS .....	2
RESUMEN .....	3
PALABRAS CLAVE .....	3
1. INTRODUCCIÓN .....	4
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	5
2.1. Diagnóstico de la situación de los niños, niñas y adolescentes frente al proceso penal .....	5
2.2. Las entrevistadas grabadas en video antes de la Ley 21.057 .....	8
2.2.1. Admisibilidad como medio probatorio antes de la ley .....	11
2.2.1.1. Argumentos de la defensa para su exclusión .....	11
2.2.1.2. Argumentos del ministerio público para su admisibilidad .....	12
2.2.2. Algunos fallos.....	12
3. LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA .....	23
3.1. Aspectos generales de la ley 21.057 .....	23
3.2. Principios de la ley 21.057 .....	25
3.3. Noción de entrevista investigativa videograbada .....	30
3.4. Requisitos .....	31
3.5. Denuncia, diligencias y entrevista videograbada en delitos flagrantes ....	34
3.6. La entrevista investigativa videograbada como medio de prueba .....	40
3.6.1. Naturaleza .....	40
3.6.2. Ofrecimiento de la EIV como medio de prueba .....	42
3.6.3. Admisibilidad de la entrevista videograbada como medio de prueba .....	44
3.6.4. Producción de la prueba en juicio oral .....	54
3.6.5. Valoración de la entrevista investigativa .....	61
4. CONCLUSIONES .....	65
BIBLIOGRAFÍA .....	68



## TABLA DE ABREVIATURAS

Art. ....	Artículo
APJO .....	Audiencia de Preparación de Juicio Oral
CA .....	Corte de Apelaciones
CIDH.....	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CP .....	Código Penal
CPP .....	Código Procesal Penal
CS .....	Corte Suprema
ed .....	Edición
EIV.....	Entrevista investigativa videograbada
GEV.....	Guía de Entrevista Investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.
inc. ....	Inciso
JG .....	Juzgado de Garantía
MP.....	Ministerio Público
p. ....	Página
pp. ....	Páginas
RIT .....	Rol Interno del Tribunal
RUC .....	Rol Único de Causa
ss .....	Siguientes
SCS .....	Sentencia Corte Suprema
STC .....	Sentencia Tribunal Constitucional
TOP .....	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
URAVIT .....	Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos

## **RESUMEN**

Niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales, han percibido nuestro proceso penal como altamente victimizante. Para mitigar aquello, el ministerio público propendió a registrar en video sus declaraciones y a ofrecerlos como prueba, con una acogida parcial en tribunales. La ley 21.057 vino a regular detalladamente esta materia, distinguiéndose principalmente tres momentos: denuncia, entrevista investigativa videograbada y declaración judicial. La entrevista investigativa videograbada se concibió como la diligencia primordial para recabar el relato bajo estándares de calidad; sin embargo, las hipótesis de su reproducción como medio probatorio son mínimas. No existen motivos sólidos que justifiquen estas limitaciones. En esta tesis se sostiene que la consideración de la videograbación como un medio de prueba independiente de la declaración judicial, regida por las reglas generales de ofrecimiento, admisión, producción y valoración, es conciliable con las garantías del debido proceso y simultáneamente propende a la disminución de la revictimización y al favorecimiento del material probatorio de sustento para la sentencia.

## **PALABRAS CLAVES**

Entrevista videograbada – admisibilidad –delitos sexuales –niños, niñas y adolescentes – victimización – juicio oral.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2007 la fundación Amparo y Justicia comenzó a realizar distintas actividades tendientes a reducir la victimización secundaria que afecta a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales; entendiendo por ello el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social. En esa dirección, durante los años 2008 y 2009 se aplicó una encuesta denominada “Percepción de los procesos de investigación y judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles” que dio luces sobre la alta apreciación de daño provocado por el tránsito a través del proceso penal, particularmente asociado al número de declaraciones que han de ser prestadas por las víctimas. Efectuado el diagnóstico, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública junto a Fundación Amparo y Justicia convocaron a una mesa de trabajo interinstitucional que operó entre años 2011 y 2012, y que contó con la participación del Ministerio Público, del Poder Judicial, del Poder Legislativo y otros actores relevantes, que concluyó con la elaboración de diversos documentos que servirían de cimiento para la elaboración de un sistema de entrevistas videograbadas cuyo norte es reducir la victimización secundaria y optimizar el proceso de investigación de los casos indicados (Fundación Amparo y Justicia, 2016: pp. 12-13).

Por otra parte, el año 2012 el Ministerio Público elaboró y divulgó la “Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales” (en adelante GEV), cuya finalidad es recabar, en el contexto de una declaración investigativa, antecedentes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, buscando obtener información de calidad con valor epistemológico para reducir el número de entrevistas, disminuyendo así la victimización secundaria. Dicha guía sugiere la videograbación de la entrevista, ya que ello permite plasmar todo lo comunicado por la víctima, tanto de manera verbal como paraverbal y no verbal; disminuir su exposición a múltiples interrogatorios y facilitar a la defensa el acceso a la declaración de las víctimas en toda su dimensión, superando las dificultades de interpretación que presentan las declaraciones escritas. Además, permite recabar información de modo cercano a la ocurrencia de los hechos, sorteando los efectos de intervenciones psicológicas reparatorias que pudiesen conllevar bloqueos y/o resignificaciones de los hechos, mermando la calidad del recuerdo.

Como veremos, el Ministerio Público ha solicitado incorporar tales videograbaciones como medio de prueba con distintos resultados, siendo los principales argumentos para su exclusión la norma del artículo 334 del CPP, que impide incorporar o invocar como medios de prueba los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por el ministerio público, y la vulneración de garantías del imputado al considerar que por esa vía se pretende incorporar una declaración testimonial, vulnerando el derecho a contrainterrogar al deponente.

En este escenario fue tramitada la ley 21.057, en un debate que estuvo lejos de ser pacífico, y no podía ser de otro modo, pues la regulación de un medio probatorio desde su génesis hasta su producción en juicio oral, inevitablemente debía inmiscuirse en diversas áreas que cada interviniente protege celosamente; así, esta regulación erosiona la exclusiva facultad del fiscal para dirigir la investigación, restringe en cierto modo el derecho a defensa y establece reglas nuevas a las que deben sujetarse los jueces al producirse la declaración judicial o reproducirse la entrevista que tuvo lugar durante la investigación.

Su texto tiene como destinatarios a todas las personas e instituciones que tienen contacto con niños, niñas o adolescentes, víctimas de alguno de los delitos allí enlistados, con la clara intención de equilibrar los derechos de todos los participantes y conducir a un resultado con pretensión de justicia, con varios aciertos y también, adelantamos, con buenas oportunidades de mejora.

Una de las regulaciones más relevantes de la ley dice relación con la denominada Entrevista Investigativa Videograbada; esta diligencia tiene lugar en la etapa de investigación y se encuentra a cargo del ministerio público.

Durante el desarrollo de este trabajo veremos los antecedentes gravitantes que impulsaron la necesidad de legislar la materia, con acento en los altos montos de victimización secundaria asociados al tránsito por el proceso penal, luego revisaremos la situación de las entrevistas grabadas en video realizadas con anterioridad a la vigencia de la ley y su devenir jurisprudencial. Posteriormente abordaremos la Entrevista Investigativa Videograbada propiamente tal regulada por la ley, su concepto, los objetivos que pretende alcanzar, los requisitos para su elaboración y sus implicaciones con otras instituciones reguladas por la ley, la forma de ofrecerse y su admisión como medio probatorio, la forma de producción en juicio y su mérito como elemento de convicción.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

### **2.1. Diagnóstico de la situación de los niños, niñas y adolescentes frente al proceso penal.**

En abril año 2007, en el contexto del 44º periodo de sesiones, el Comité de los Derechos del Niño (CRC por sus siglas en inglés) plasmó varias observaciones respecto de la situación de Chile, y entre sus recomendaciones instó a nuestro país a garantizar, por medio de disposiciones jurídicas y normativas, que todos los niños víctimas o testigos de delitos reciban la protección prevista por la Convención, dando como ejemplo a víctimas y testigos de maltrato, violencia doméstica, explotación sexual y económica, secuestro y tráfico. Asimismo recomendó que Chile promueva, facilite y aplique, dentro de la familia, las escuelas, la comunidad y las instituciones, así como en los procedimientos judiciales y administrativos, el principio del respeto de la opinión del niño, y promueva y facilite la participación del niño en todos los asuntos que le afecten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención. Para ello, recalca la necesidad de tomar debidamente en cuenta las recomendaciones aprobadas por el Comité tras el día de debate general en el año 2006 sobre el derecho del niño a ser oído y las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, anexas a la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de 22 de julio de 2005.

En lo que respecta al derecho a ser informado y ser oído, la resolución aludida señala que las personas que, en el contexto de su trabajo, estén en contacto con niños víctimas y testigos de delitos o tengan la responsabilidad de atender las necesidades de los niños en el sistema de justicia, como son, por ejemplo, los defensores de niños y víctimas y personal de apoyo, especialistas de servicios de protección de niños, personal de organismos de asistencia pública infantil, fiscales y abogados defensores en su caso, personal diplomático y consular, personal de los programas contra la violencia en el hogar, magistrados, personal judicial, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, profesionales de la salud mental y física y trabajadores sociales, entre otros, deberán hacer todo lo posible para que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, velando por que se les informe acerca de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos,

sociales y otros servicios de interés, así como de los medios para acceder a ellos, junto con asesoramiento o representación legal o de otro tipo, reparación y apoyo financiero de emergencia, según el caso; los procedimientos aplicables en el proceso de justicia penal para adultos y menores, incluido el papel de los niños víctimas y testigos de delitos, la importancia, el momento y la manera de prestar testimonio, y la forma en que se realizará el “interrogatorio” durante la investigación y el juicio; los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial; las fechas y los lugares específicos de las vistas y otros sucesos importantes; La disponibilidad de medidas de protección; Los mecanismos existentes para revisar las decisiones que les afecten; Sus derechos en conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; y así mismo deberán cuidar que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso; y, por último, prestar la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicar al niño las causas.

Conforme bibliografía nacional e internacional, las agresiones sexuales a NNA son altamente lesivas al tratarse de víctimas que aún se encuentran en etapas tempranas de desarrollo careciendo de las herramientas necesarias para integrar dichas experiencias adecuadamente; habitualmente son silenciados mediante amenazas o gatillando en ellos sentimientos de culpa o vergüenza, y en un alto número de casos los agresores pertenecen al círculo cercano a las víctimas, con quienes tienen vínculos de afecto o dependencia. Lo anterior configura un escenario de alta susceptibilidad a la re victimización. (Torres, 2019: pp. 23-25).

En mayo del año 2008 la Fundación Amparo y Justicia solicitó al Centro de Medición de la Universidad Católica de Chile la realización de un estudio sobre el efecto revictimizador que pueden experimentar niños, niñas y adolescentes, víctimas de abusos sexuales, en el curso de su relación con el sistema jurídico-penal. Este estudio, basado en la aplicación de cuestionarios a adultos cuidadores de esos niños, se realizó en las regiones Metropolitana, Quinta y Octava (MIDE UC, 2009: p.5). Sus resultados mostraron un oscuro

panorama, evidenciándose una altísima percepción de daño asociado a falta de información, reiteración de diligencias, dilación de procedimientos, instalaciones inadecuadas y dificultades para acceder al fiscal, entre otras. Conforme a los datos levantados, en la mitad de los casos se percibió que el proceso judicial generó daño en los NNA, y uno de los elementos asociados a mayor daño percibido es el número de entrevistas a las cuales es sometido el NNA durante el proceso. Sobre 5 entrevistas se observa un punto inflexión. (MIDE UC, 2009: p.76).

Para tomar el rumbo señalado por los organismos internacionales y habida cuenta de los resultados de la radiografía a nuestro proceso penal, el año 2011 la Cámara de Diputados ingresó un proyecto que modificaba la ley N° 19.968 de Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal respecto a la declaración video grabada de menores, contenido en el Boletín n° 7538-07. En síntesis, este proyecto propendía a la realización de una única entrevista videograbada a NNA, con participación de Juez, Fiscal y defensor, y proponía que ningún niño víctima de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, diera más de cinco declaraciones, incluyendo las realizadas en Juzgados de Familia, Fiscalía, Defensoría o peritajes de cualquier naturaleza.

Si bien este proyecto no tuvo tramitación alguna tras su ingreso, dio luces sobre la voluntad de legislar la materia y la inclinación hacia la construcción de un procedimiento especial con declaración única.

Tres años más tarde el Ejecutivo presentaría ante el Senado un nuevo proyecto de Ley para regular entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, contenido en el Boletín n°9.245-07, que tras una larga tramitación concluyó en la promulgación de la ley 21.057, publicada el 20 de enero del año 2018.

## **2.2. Las entrevistadas grabadas en video antes de la Ley 21.057**

Para una mejor comprensión de la entrevista investigativa videograbada regulada por la ley en análisis es relevante conocer los antecedentes que le dieron forma y que generaron diversas tensiones dentro del debate legislativo, las que, en su momento, retomaremos para proponer fundamentadamente algunas modificaciones a la ley.

Lo primero que debemos señalar es que la Carta Fundamental entrega al Ministerio Público la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito y, sobre esa base, es el Fiscal quien, en principio, decide cuándo se consignan las declaraciones de las víctimas y testigos, determina si serán recibidas por él mismo o por un abogado asistente de Fiscal u otro profesional del Ministerio Público, o por algún funcionario de un organismo auxiliar, y, si lo estima necesario, podrá reiterar la diligencia a fin de esclarecer los hechos investigados cuantas veces sea necesario. Con todo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cada fiscal nacional ha dictado diversas instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos, buscando de este modo homogeneizar la actividad persecutoria, optimizar los recursos disponibles tendiendo a la eficacia y la eficiencia del servicio y dar cumplimiento a los fines encomendados a la institución.

Sobre la materia que nos interesa, mediante el oficio FN 160/2009 el Fiscal Nacional instruyó a los fiscales adjuntos del país criterios de actuación en delitos sexuales en los siguientes términos: “El fiscal adoptará las medidas necesarias para que la víctima preste la menor cantidad de declaraciones posible, evitando la realización innecesaria de esta diligencia. Para ello podrá grabarse la declaración de la víctima a través de un sistema de audio o video. Además, se deberá propender a que existan lugares especialmente habilitados para recibir la declaración de la víctima”. Este oficio se orientaba a evitar la victimización secundaria y propiciar que el fiscal registre la entrevista en un soporte reproducible.

En el año 2012 la Fiscalía de Chile publicó la “Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales”, que establece un protocolo a seguir por los Fiscales y funcionarios del Ministerio Público a cargo de consignar las declaraciones de niños, niñas y adolescentes, y, según reza, “tiene como objetivos centrales el contar con un modelo de entrevista a la víctima que maximice la calidad y cantidad de la información que puede ser levantada en esta instancia y, a la vez, que dicho procedimiento posea los mínimos efectos victimizantes para la persona afectada” Este protocolo no exige ni supone necesariamente la videograbación, pero la sugiere fundadamente. Por otro lado,

la guía tomó como principal referencia el Protocolo NICHD (National Institute of Child Health and Human Development), las directrices referidas en la Guía ABE (Achieving Best Evidence in criminal proceedings) y el Protocolo de Entrevista Forense del Estado de Michigan (GEV, 2012: p.2), dotando a la información recaba de cierta pretensión epistemológica, sobre la base de validez científica.

Paralelamente el Ministerio Público fue implementando cursos de formación dirigidos a Fiscales Adjuntos y profesionales vinculados a las investigaciones de delitos sexuales para fortalecer las competencias en materia de entrevistas investigativas a NNA (Duque, 2015; p. 201).

El 17 de noviembre del año 2015 el entonces fiscal nacional dictó la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales, contenida en el Oficio FN N° 914/2015, el cual dedica un apartado a las declaraciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales indicando: “El Fiscal deberá, en las fiscalías en que se cuente con las salas especiales y medios tecnológicos que lo permitan, disponer la video grabación de la declaración, a través de un sistema de audio y video”. Como se aprecia, de existir los medios, la videograbación se hace obligatoria, arriesgándose el Fiscal a incurrir en una infracción administrativa en caso de incumplir la instrucción.

En este escenario comenzaron a realizarse entrevistas investigativas videograbadas de niños, niñas y adolescentes por orden de los fiscales, siguiendo un protocolo sustentado en metodologías validadas internacionalmente para recabar información útil en el esclarecimiento de delitos sexuales.

Dichas entrevistas, al ser videograbadas, superan la calidad de la información consignada en registros escritos, habitualmente expresadas en el lenguaje del entrevistador y no del entrevistado; permiten acceder al lenguaje paraverbal y al lenguaje no verbal, enriqueciendo el relato y, junto con ello, fijan el estado emocional, los recuerdos y la capacidad de testimonio del entrevistado en un momento determinado, normalmente en los albores de la investigación, los que podrían ir variando en menor o mayor grado durante el transcurso del tiempo.

### **2.2.1. Admisibilidad como medio probatorio antes de la ley**

Una entrevista investigativa efectuada con una técnica validada científicamente, por un entrevistador especializado y en un entorno adecuado, puede contener información de alta calidad respecto de los hechos que se indagan, y, en razón de ello, el ministerio público comenzó a solicitar su admisión como medio probatorio, ofreciendo su incorporación en las audiencias de preparación de juicio oral para que los jueces de fondo la observen y valoren como prueba de cargo.

#### **2.2.1.1. Argumentos de la defensa para su exclusión**

Entre los fundamentos más utilizados por la defensa para pedir la exclusión de las videgrabaciones en cuestión, podemos señalar los siguientes:

a) Es prueba sobreabundante. En la medida que la Fiscalía presenta a las mismas víctimas entrevistadas como testigos, la videgrabación produciría un efecto puramente dilatorio (Audiencia de preparación de juicio oral en causa RUC 1200785890-4).

b) Vulnera el principio de intermediación. El tribunal accede a un registro de declaración que es de calidad inferior al testimonio de las víctimas ante el tribunal. (Audiencia de preparación de juicio oral en causa RUC 1200785890-4).

c) Infringe la garantía establecida en el artículo 19 n° 3 de la CPR, toda vez que impide a la defensa interrogar a la víctima al tenor de dicha declaración. (Audiencia de preparación de juicio oral en causa RUC 1000957171-5 y RUC 1200785890-4). Sobre este punto, don José Luis Craig Meneses, Defensor Regional del Maule, en entrevista al Diario el Centro, a propósito del proyecto de ley de entrevistas videgrabadas, manifestó: “el único medio fuerte que tiene la fiscalía es el testimonio de la víctima, y si no se nos permite contrastarlo o ejercer nuestro derecho a conainterrogar, entonces no vamos a estar de acuerdo nunca con un sistema de entrevistas videgrabadas que nos deje fuera” (Diario el Centro, 17 de octubre de 2016: p.11).

d) Resulta impertinente toda vez que su incorporación iría en contra de los términos del artículo 334 del Código Procesal Penal (APJO RUC 1000957171-5).

### **2.2.1.2. Argumentos del ministerio público para su admisibilidad**

Por su parte, el Ministerio Público ha sostenido la idoneidad de la grabación de la entrevista investigativa como medio probatorio bajo las siguientes premisas:

a) No corresponde su exclusión por sobreabundancia. La videograbación constituye, en términos del art. 323 CPP, “otro medio de prueba” (Duque, 2015: p. 205).

b) No vulnera el principio de inmediación. Éste se cumple considerando que los referidos videos son incorporados debidamente en el correspondiente juicio por medio de su exhibición, produciéndose el contacto directo de la prueba con el Tribunal (Apelación al auto de apertura RUC 1200785890-4, Rol 3345-2013 I.C.A de Santiago).

c) No afecta el derecho al contradictorio. La presentación de la entrevista videograbada no reemplaza a los testigos; son un medio probatorio diverso cuyo fin es dar cuenta de los primeros dichos de la víctima ante el órgano encargado de la investigación. La incorporación de la videograbación no hace cesar ni limita las posibilidades de ejercicio de una debida defensa (Apelación al auto de apertura RUC 1200785890-4, Rol 3345-2013, I.C.A de Santiago).

d) Respeto la libre valoración de la prueba y no es impertinente, por cuanto pretende acreditar los hechos llevados a juicio (Apelación al auto de apertura RUC 1000834649-1, ROL 673-2012, I.C.A. de San Miguel).

e) No infringe la restricción del artículo 334 CPP. El Código Procesal Penal consagra la libertad de prueba y artículo 334 es de aplicación restrictiva: la prohibición afecta exclusivamente a los registros escritos de las actuaciones de investigación, no siendo aplicable a los medios audiovisuales. (Audiencia de preparación de juicio oral ruc 1200785890-4, Rol 3345-2013, I.C.A de Santiago).

### **2.2.2. Algunos fallos**

Dentro de los fallos más relevantes que se han pronunciado sobre la materia podemos mencionar los siguientes:

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1315-2011 (25/10/2011)**

revoca exclusión.

***En cuanto al fondo:***

10°.- *Que del análisis del recurso de apelación y de la resolución impugnada, se establece que el debate planteado por los intervinientes se circunscribe al hecho de determinar si el órgano persecutor al incluir el CD con la videograbación que nos ocupa es un medio de prueba manifiestamente impertinente o si ha incurrido en la vulneración de la garantía del debido proceso relativa al derecho a defensa, en los términos establecidos en el artículo 276 del Código Procesal Penal en cuanto a la procedencia de la exclusión de prueba del Ministerio Público.*

11°.- *Que de las consideraciones que esgrime la juez a quo en su resolución es fácil inferir y concluir que cualquiera sean los términos que durante la audiencia de juicio oral se adopten para aminorar la presión a que puede quedar expuesto un menor de tan corta edad merced de los interrogatorios, siempre constituirá un riesgo que configura la doble victimización, allá la juez puntualice "...actualmente lo que rige son las normas del Código Procesal penal para la generalidad de los casos, sin que haya excepciones, particulares para el caso de abusos de niños aún de tan pequeña edad...". Esta circunstancia podría implicar que de la personalidad del infante, por las más explicables consideraciones, se adueñe un mutismo o cualquier otra reacción o motivo difícil de superar que le impidiera algún desempeño en el juicio. De ahí que, atento además a la calidad de víctima que le asiste al señalado menor, no resulta procedente objetar la pertinencia del medio de prueba excluido por esta causal, a mayor abundamiento si se tiene en vista cual es el interés probatorio que despierta para el Ministerio Público en su libelo de recurso.*

12°.- *Que el artículo 276 del citado Código Procesal penal establece que "El juez de garantía luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieran comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueran manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios".*

*De esta forma la citada norma permite al tribunal excluir del auto de*

*apertura pruebas manifiestamente impertinentes, irrelevantes o dilatorias y las provenientes de actuaciones judiciales que hubieran sido declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, lo que no ocurre en estos autos.*

*13°- Que la prueba ofrecida por el Ministerio Público, a juicio de esta Corte, es pertinente, aporta antecedentes acerca de la forma de comisión del hecho punible y no se encuentra dentro de aquellas que el artículo 276 del Código Procesal Penal permite excluir del auto de apertura proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, y ninguna de estas posibilidades previstas por la ley al efecto concuerdan con los elementos de prueba en cuestión.*

*14.- Que, a mayor abundamiento, tampoco resulta sustentable para efectos de la exclusión del medio de prueba recurrir al amparo del art. 334 inciso 1° del Código Procesal Penal puesto que allí se hace referencia a determinados antecedentes que precisan de una lectura, tal como reza la prohibición que sirve de título de la citada disposición legal; aspecto que, como es evidente, los CDs que contienen una videograbación no son susceptibles de ser leídos en los términos que reza la norma legal citada.*

*15.- Que con lo relacionado, se procederá acceder a la apelación del Ministerio Público, revocando la resolución recurrida y haciendo lugar a incluir en el auto de apertura la prueba signada con la letra a) del primer otrosí del auto acusatorio denominada "1 CD en cuyo interior contiene video grabación correspondiente a la entrevista realizada a la víctima" y "transcripción de entrevista realizada al mismo menor víctima", sin perjuicio del valor que le pueda asignar en definitiva el tribunal oral conforme a las facultades que le otorga el artículo 297 del Código Procesal Penal, no afectando a la defensa su derecho al debido proceso.*

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 673-2012 (4/06/2012) Voto de mayoría confirma exclusión CD.**

**Segundo:** *Que por resolución de 24 de abril de 2012, en audiencia de preparación*

de juicio oral, el Juez René Cerda Espinoza excluyó la prueba del Ministerio Público consistente en transcripciones de entrevistas sostenidas por la Fiscalía con las víctimas, presentada como documental, y videos de las entrevistas a las ofendidas realizadas en el Ministerio Público que se pretendió incorporar en el ítem de otros medios de prueba. La decisión del magistrado se sustenta en el artículo 334 del Código Procesal Penal, que prohíbe la lectura de registros y documentos, y por cautela de garantías. Ha de tenerse en cuenta, además, que el Ministerio Público en el mismo acto de la acusación presentó como “testigos” a las referidas víctimas, y no señaló expresamente el objetivo de la incorporación de la documental y otros medios de prueba que resultaron excluidos.

**Tercero:** Que el artículo 334 del Código Procesal Penal en su inciso 1° señala lo siguiente: “Prohibición de lectura de registros y documentos. Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público”. Las excepciones a esta limitación y contenidas en los artículos 331 y 332 permiten la reproducción de prueba recibida anticipadamente por el Juez de Garantía “en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;” bien cuando hubiere acuerdo sobre ello con aquiescencia del tribunal y en otras situaciones que la primera disposición contempla. A su vez, por el artículo 332 sólo es factible incorporar declaraciones anteriores del acusado o testigos para ayudar a la memoria, demostrar o superar contradicciones o efectuar las aclaraciones pertinentes.

**Cuarto:** Que evidentemente la razón de ser de estas limitaciones a la prueba, relativas exclusivamente a “registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público”, hecha las salvedades anotadas, busca permitir que la prueba se verifique íntegramente en la audiencia respectiva del juicio oral y esté sujeta al principio de inmediación, de contrastación y debido examen de las partes para el ejercicio de los derechos y garantías procesales que el mismo ordenamiento establece, evitándose la reproducción de actuaciones o registros obtenidos sin atender a tal principio, garantías o derechos.

**Quinto:** Que, a su vez, el artículo 7° del Código Procesal Penal consigna expresamente que las facultades, derechos y garantías que la Constitución, ese Código y

*otras leyes reconocen al imputado, “podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuye participación o hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”; estableciendo el artículo 8° del mismo texto procesal que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, como también el derecho a formular los planteamiento y alegaciones que considere oportuno, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás en las actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones legales.*

*Sexto: Que en la audiencia realizada ante esta Corte, las partes estuvieron contestes en que el imputado había sido formalizado con anterioridad al momento en que el Ministerio Público grabó los videos y efectuó las transcripciones de ellos, materia de la prueba excluida.*

*Séptimo: Que si bien en la especie el principio del interés superior del niño resulta plenamente aplicable atendida la edad de las víctimas, no es menos cierto que dicho interés, en lo que respecta a la doble exposición al daño o situaciones conexas, ha de resguardarse evitando si es posible la transgresión de otros principios igualmente trascendentes, como lo es derecho a la intervención de la defensa, sobre todo cuando no eran incompatibles en el momento en que se grabaron los videos o ejecutaron las transcripciones ofrecidas como pruebas y excluidas y bastaba entonces hacer posible la presencia del defensor en las actuaciones correspondientes.*

*Y de conformidad, además, a lo que dispone los artículos 276, 277, 393 del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución apela de veinticuatro de abril del año en curso, en causa RIT 5623-2010 del 15° Juzgado de Garantía de Santiago, por el señor Juez don René Cerda Espinoza.*

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel Rol 673-2012 (4/06/2012) Voto de minoría por revocación de exclusión.**

*1° Que la lectura de la resolución cuestionada demuestra que ella deficitaria en cuanto a su fundamentación y la cita genérica del artículo 334 del Código Procesal Penal y de una cautela de garantía indeterminada, que obligaría a interpretar su decisión, considerando lo prevenido en las normas del artículo 9 y 10 del referido texto legal ésta*

sola situación bastaría para revocarla, sin perjuicio de ello, el disidente, agregará argumentos referido al fondo del asunto.

2° Que del estudio de los antecedentes y de los términos en que se ha planteado el recurso, es inconcuso que la prueba excluida no proviene de actuaciones o diligencias que hubiesen sido declaradas nulas; que la defensa contando con la información pertinente nunca reclamó por vía de nulidad; que tampoco fue obtenida con inobservancia de garantías fundamentales; que las entrevistas de las víctimas, menores de edad en la oportunidad se practicó respetando estándares internacional en relación a la doble o triple victimización, de acuerdo a la "Guía de Entrevista de Víctimas", pauta objetiva y conocida, contando con el consentimiento de las víctimas y de quienes detenta su cuidado.

3° Que si bien, se estimare que se infringe el derecho de defensa, con la incorporación de las actuaciones objetadas, es necesario advertir que las menores encabezan la lista de probanzas a rendir en el respectivo juicio oral, de modo tal que el defensor podrá participar en el interrogatorio y contrainterrogatorio pertinente, así los videos referidos en ningún caso afectará los derechos del imputado y su defensa, siendo digno de destacar que la versión dada por las ofendidas y tal como lo ha señalado el ente persecutor persiguen demostrar el daño experimentada por las menores al sufrir experiencias traumáticas del abuso o explotación sexual comercial, no siendo ellas testigos de cargo;

4° Que el artículo 276 del estatuto legal ya citado establece: que el juez de garantías luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueran manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; y como se advierte la ley en forma perentoria dispone que se excluirán las pruebas "fundadamente" lo que no ocurre en la especie; que por otra parte la misma norma permite además al tribunal excluir del auto apertura las pruebas que hubieren sido declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, situaciones que no se encuentran acreditadas en estos antecedentes.

5° Que la prueba ofrecida por el Ministerio Público a juicio de este disidente es pertinente, aporta antecedentes útiles para hacer justicia a las menores ofendidas con los delitos de naturaleza sexual y no se encuentra dentro de aquellas que el artículo 276 del

*Código Procesal Penal permite excluir del auto de apertura.*

*6° Que, no resulta sustentable para los efectos de la exclusión de prueba recurrir al amparo del artículo 334 inciso 1° del texto procesal, puesto que allí se hace referencia a determinados antecedentes que precisan de lectura, tal como reza la prohibición que sirve de nombre de la citada disposición legal; que, como es evidente, los CDS que contiene un video grabación no son susceptibles de ser leídos en los términos que reza la norma legal citada.*

*7° Que, por otra parte el artículo 329 del Código Procesal Penal indica que peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente, actividad que nos puede ser sustituida por la lectura de registro; que como puede advertirse con meridiana claridad que el precepto se refiere a “peritos y testigos” y en ningún caso a las víctimas del hecho punible, porque ellas son intervinientes en el procedimiento por su calidad de ofendidos y no pueden ser asimiladas al estatuto de los testigos, más aún cuando ningún artículo del Código Procedimiento lo hace, así sus diferencias son de gran magnitud como aparece, por vía ejemplar en los artículos 6°, 12, 44, 77, 83, 108, 109, 174, 190 y 298 de tal texto legal; así lo dispuesto en el citado artículo 329 no empece a las menores víctimas del atentado sexual.*

*8° Que por otra parte es necesario tener en cuenta, más allá de una interpretación restrictiva de las normas que regulan la materia la naturaleza de los hechos incriminados y que se está en presencia de menores ofendidas, y así cobra importancia el principio del interés superior del menor, reconocido mundialmente, frente a una aplicación sesgada del artículo 334 ya citado, que resulta inoperante como se dijo en el motivo sexto de este voto de minoría.*

*9° Que si el artículo 332 permite lectura de apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral para testigos, peritos y acusado no se divisa el impedimento para que así también se opere respecto de las víctimas y obviamente basado en registros incorporados al juicio, en su caso.*

*10° Que finalmente diremos, siguiendo la resolución apelada que no se indica a que cautelar personal se refiere para respaldar la exclusión de prueba, pero lo cierto es que no están en juego las del artículo 122 y 155 del texto procesal que son las cautelares personales por excelencia.*

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3345-2013 (6/01/2014)**

**Operación Heidi, revoca exclusión**

*Vistos y oídos los intervinientes:*

*Teniendo presente lo expuesto por los intervinientes, y que en el tema que no preocupa, exclusión de prueba, no se ha solicitado la nulidad de la inclusión de esta prueba con anterioridad; que estamos en un contexto de imputación de delitos de connotación sexual donde las víctimas son menores de edad y éstos como política de Estado, tanto chilena como internacional, se supone que deben ser protegidos y por lo tanto, tratados de manera que queden debidamente garantizados sus derechos, tanto es así, que en el caso de menores imputados hay una Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, con la idea de tratarlos de manera mucho más disminuida en la forma como se les castiga porque se entiende que son personas que aún no están debidamente formadas; con mayor razón si nos encontramos con menores de edad que son víctimas en una situación de abuso o delito de connotación sexual, estos menores también deben ser debidamente protegidos, y es así 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 victimiza 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 al menor y de la normativa internacional como de la normativa nacional, hay un estatuto especial para proteger a los menores. En cuanto a las normas del Código Procesal Penal invocadas por los defensores, se refiere a la reproducción de testigos y peritos, y estamos frente a víctimas menores de edad, por lo tanto su trato debe ser de protección, se revoca la resolución en alzada, y se ordena incluir la prueba que se denomina "otros medios de prueba", correspondientes a los cds con las declaraciones de los menores.*

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL 2858-2016 (16/01/2017),  
revoca exclusión por voto de mayoría.**

*Considerando Sexto, "Que, volviendo al análisis del citado artículo 334, no resulta aplicable para los efectos de la exclusión de prueba puesto que allí se hace referencia a determinados antecedentes que precisan de lectura, tal como reza la prohibición que sirve de nombre de la citada disposición legal; que, como es evidente, los CDs que contiene un video grabación no son susceptibles de ser leídos en los términos que reza la norma legal citada. De otra parte, los CDs excluidos por el Tribunal a quo, constituyen un medio de prueba de cargo que no da cuenta de actuaciones de la Policía ni suele ser un elemento de contraste tanto de cargo, como de descargo que el tribunal apreciará junto a los demás pruebas."*

**Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL 215-2016, RUC 1500114705-3 (05/09/2016), revoca exclusión.**

*Considerando Séptimo: "Que en definitiva, no se aprecia como la incorporación del disco compacto en el que aparece la entrevista investigativa de la niña de autos pudiese afectar el derecho a defensa, pues si bien en el evento de no presentarse la menor en cuestión a declarar el día del juicio, será el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el encargado de valorar dicho medio probatorio en concordancia con las restantes probanzas allegadas a la audiencia de juicio, pero no parece correcto a priori vedar la incorporación del tantas veces cuestionado medio tecnológico, que no fue objeto de cuestionamiento alguno en cuanto a su generación o al menos nada se alegó en estrados, sino que sólo en la audiencia de preparación de juicio oral surgió el debate sobre su incorporación, es más, aun declarando la menor en juicio, son también los Jueces del Tribunal de Juicio Oral quienes deberán ponderar la fuerza probatoria del relato de la niña y su relación con el video grabado.*

*Que, permitir la exclusión del referido video podría llevar peligrosamente a impedir también la incorporación de otros "registros", que no sean documentos, que contengan antecedentes importantes para el buen conocimiento de los jueces de los hechos materia de la investigación, tales como videos grabados por las policías, fotografías, escuchas telefónicas u otros registros que incluso fortuitamente pudieran generarse, todos los cuales serán objetos del control correspondiente por parte de la defensa a la hora de ser exhibidos adecuadamente en la audiencia de juicio oral correspondiente, y que por cierto*

*hubiese sido obtenido cumpliendo las formalidades legales –artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal-, cosa que como se ha dicho no fue objeto de crítica por la defensa en el caso sub lite”.*

**Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL 721-2017 (08/05/2017) revoca exclusión.**

*“Teniendo presente que el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, al establecer la exclusión de prueba lo hace sobre la base de la obtención de prueba con vulneración de garantías o de actuaciones que hubieran sido declaradas nulas, situaciones que en la especie no se ha acreditado, de manera que no se dan los supuestos de exclusión...”*

Nos parece importante comentar este último fallo que fundamenta la exclusión por ilicitud fundamentada en la ausencia de petición de nulidad de la diligencia.

¿Podría haberse pedido tal nulidad?

El artículo 276 CPP ordena al juez excluir las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, y el art. 334 CPP prohíbe incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas. ¿Cuál sería, entonces, el procedimiento destinado a obtener la nulidad de los medios de prueba?

Miranda, desde un concepto amplio de prueba ilícita, distingue entre las pruebas inconstitucionales, entendiendo por tales aquellas obtenidas o practicadas con infracción de garantías fundamentales, y las pruebas irregulares, que importan infracciones procesales que no afectan garantías constitucionales. Las primeras serían derechamente inutilizables, mientras que las segundas quedarían sometidas al régimen de la nulidad de los actos procesales (2015: pp. 22-24). Bajo este concepto, los tribunales estarían afirmando que la videograbación podría comprenderse dentro de éstas últimas.

Las nulidades procesales reguladas en el Título VII del Libro Primero del Código Procesal Penal se refieren sólo a actuaciones o diligencias *judiciales* defectuosas. La expresión “*judiciales*” sólo se puede interpretar como aquellas en que ha intervenido un juez. Sobre esa base Miranda reconoce que la operatividad de dicha vía es escasa, pues la práctica pone en evidencia que la mayoría de los supuestos de obtención de prueba ilícita se

llevan a cabo por los órganos de persecución e investigación penal (Miranda, 2015, p.44), y en definitiva reconduce las infracciones procesales, incluyendo aquellas pruebas obtenidas en etapa de investigación, a vulneraciones a la garantía de debido proceso, y luego, siendo ésta una garantía fundamental, a su inutilizabilidad conforme al art. 19.3, inciso 6° de la Constitución Política de la República, sin hacerse cargo de la distinción por él propuesta.

A nuestro entender, no existe un procedimiento preestablecido y efectivo para obtener la declaración de nulidad de las diligencias investigativas realizadas por el fiscal, y en razón de ello, no haber pedido la nulidad de la entrevista grabada en video no es un argumento que debiese considerarse en el asunto controvertido.

### **3. LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA**

#### **3.1. Aspectos generales de la ley 21.057**

Del Mensaje contenido en el Boletín n° 9.245-07, que da inicio a la tramitación de la ley en análisis, podemos rescatar las siguientes ideas fuerza:

a) Los delitos sexuales producen un efecto altamente dañino y perturbador, que se ve amplificado cuando las víctimas son menores de edad, involucrando aspectos afectivos, conductuales y relacionales, en una etapa en que carecen de las herramientas necesarias para su manejo.

b) En el contexto occidental, una de cada tres niñas y uno de cada siete niños sufren de abusos sexuales antes de cumplir los dieciocho años.

c) El proceso penal puede implicar que los NNA se vean sometidos a repetidas declaraciones, múltiples peritajes, dudas sobre la veracidad del relato, falta de información, hostilidad de algunos funcionarios y entornos inadecuados para las entrevistas, entre otras condiciones adversas.

d) En general, el delito sexual es de difícil prueba.

e) Habitualmente se presenta una dicotomía entre el interés por esclarecer el hecho y la necesidad de reparación psicológica.

f) La legislación chilena sobre la materia no contempla disposiciones tendientes a aminorar la victimización secundaria de los menores de edad víctimas de abusos sexuales, con la sola excepción de la norma contenida en el artículo 191 bis del Código Procesal Penal, de suyo insuficiente.

g) La situación actual significa una vulneración institucional al derecho de los NNA a la integridad psíquica, a la intimidad y a ser oídos, consagrados en la Constitución Política de la República.

h) El proyecto busca 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, de modo de asegurar el debido respeto a los derechos consagrados en los artículos 19 Nros. 1, 3 y 4 de la

Constitución Política de la República, artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y artículo 12 del Código Procesal Penal en cuanto a reconocerle derechos en calidad de interviniente.

Adelantándose a los cuestionamientos que podrían provenir del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, el mensaje se encarga de justificar la preeminencia del interés superior de los NNA frente a otros intereses en juego, señalando: “La implementación de un Sistema de Entrevistas Videograbadas que limite el número de veces que un menor de edad víctima pueda ser entrevistado en el marco de la investigación penal, supone una limitación de las herramientas de persecución penal o de defensa de imputados, entre ellas la oralidad, la inmediación y la publicidad. Dicha situación debe obedecer a fuertes argumentos de orden jurídico, dentro de los cuales la protección del interés superior del niño resulta especialmente relevante, como ya hemos señalado. Tal interés, en la forma establecida en la Convención de Derechos del Niño y otros instrumentos ratificados por Chile, es considerado prominente y tiene la suficiente entidad como para constituir, hasta cierto punto, una limitación a tales principios del derecho procesal penal. Sin embargo, ello no puede traducirse en una restricción arbitraria y total de los derechos procesales de los intervinientes o de la facultad de investigación del ministerio público, sino en el establecimiento de ciertas condiciones y limitaciones a la actuación de jueces y fiscales que permitirán otorgar una protección razonable a los menores de edad que sean víctimas de delitos sexuales”.

La expresión “razonable” en la parte final no parece casual, sino una referencia al test de “razonabilidad” que se reserva en general a la constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado (López, 1988: p.117), en este caso, para legitimar la implementación de un estatuto dirigido únicamente a NNA víctimas de delitos sexuales y otros de alto reproche, mas no así para NNA víctimas de otros delitos o víctimas adultas; y, junto con ello, parece querer dejar por establecido que el proyecto se ciñe al principio de proporcionalidad, esto es, el examen de la relación entre el medio empleado y los fines del acto normativo (Sapag, 2008: p.180.), en otras palabras, ciertas facultades de los intervinientes pueden ceder ante la necesidad de resguardar el interés superior del niño y su derecho a ser oído, y la particular regulación de esta institución sería necesaria para evitar la revictimización, no existiendo otros medios

menos interferentes para lograr este objetivo.

El texto aprobado tiene una pretensión sistémica, abordando el fenómeno de la participación de los NNA en el proceso penal desde múltiples ámbitos, teniendo siempre a estos como eje central y con clara inclinación hacia su consideración como personas y no como un mero medio de prueba, aunque en este trabajo nos enderezaremos hacia esta última visión.

A través de esta ley y siempre con el fin de minimizar la victimización secundaria sin vulnerar las garantías del debido proceso, el legislador construyó un complejo estatuto aplicable a víctimas que no han cumplido los 18 años de edad (y en menor medida a testigos dentro de ese tramo etario) con un campo de aplicación más amplio que el concebido en los proyectos originales, excediendo los meramente sexuales; Se inclinó por descartar el proyecto de entrevista única, haciendo una clara distinción entre la denuncia, la Entrevista Investigativa Videograbada (que tiene lugar durante la etapa de investigación), y la Declaración Judicial del NNA, ya sea en juicio oral, ya sea ante el Juez de Garantía en carácter de anticipada. Junto a ello, dedicó varias normas a desarrollar los principios de aplicación, a establecer cotos a la realización de otras diligencias distintas de la EIV; reguló criterios, oportunidades y encargados para las evaluaciones, solicitudes y concesiones de medidas de protección; estableció un régimen de formación y acreditación de personas que participan como entrevistadores en la EIV y como intermediadores en la Declaración Judicial, y dispuso la creación de protocolos de atención institucional, entre otras regulaciones.

### **3.2. Principios de la ley 21.057**

La ley 21.057 ordena que en cada etapa del proceso penal en que se interactúe con niños, niñas y adolescentes habrá que sujetarse a ciertos principios rectores, y que, por consiguiente, hemos de considerar en nuestro análisis de la entrevista investigativa videograbada.

Los principios son los siguientes:

a) Interés superior. El concepto de interés superior del niño se presenta como un concepto indeterminado (Ravetllat y Pinochet, 2015: p. 903). La Observación General N°

14 (2013) da luces sobre la materia y considera que la expresión "interés superior del niño" abarca tres dimensiones, a saber:

i) Un derecho sustantivo: el interés superior debe ser una consideración primordial que debe evaluarse y tenerse en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; y, junto a ello, debe garantizarse que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. Conforme al artículo 3º, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del niño, este derecho se configura como una obligación intrínseca para los Estados, de aplicación inmediata y puede invocarse ante los tribunales.

ii) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo, y

iii) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en las decisiones que adopte, indicando las consideraciones, los criterios y las ponderaciones de los intereses del niño que se han observado frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Sobre el particular, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia ha dicho: "este principio tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se

encuentran en pugna" (SCS ROL 528-11).

El legislador de la Ley 21.057, en el artículo 3°, se ha limitado a señalar sobre este principio que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, por lo que las personas e instituciones que deban intervenir en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso aquéllos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades.

De este modo, entendemos que se ha recogido positivamente solo la primera parte del concepto de la Corte Suprema, es decir, como norma de procedimiento, más no desde su dimensión hermenéutica. Sin perjuicio de ello, consideramos que en el evento de conflicto de normas o para determinar el sentido y alcance de algún precepto que afecte a niños, niñas o adolescentes, siempre habrá que considerar este principio con base en la Convención y en el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para Mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas.

b) Autonomía progresiva. Este principio fue plasmado de la siguiente manera: *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos dotados de autonomía progresiva, por lo que en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento tendrán derecho a ser oídos y participar en los asuntos que les afecten, atendiendo a su edad y el grado de madurez que manifiesten.”*. Una lectura rápida de este principio podría llevarnos a negarle a un niño o una niña su derecho a ser oído, por tener un nivel muy bajo de madurez. Para evitar una interpretación como aquella, necesariamente debe relacionarse este principio con el anterior, y leer ambas disposiciones como lo hace la Observación general N° 14: “a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior”.

¿Qué pasa cuando hay conflicto entre lo que desea la víctima y el ordenamiento jurídico? Pensemos en un delito de violación impropia (Art. 362 C.P.): una niña de 12 años se “enamora” de un sujeto de 18 años, con el que mantiene relaciones sexuales orales; su padre sospecha de su actividad sexual por el tenor de conversaciones de *Whatsapp*, que sin ser explícitas, pueden interpretarse en ese sentido; al consultarle a la niña, ésta le reconoce el hecho, sin darle detalles, concurriendo el padre a hacer la denuncia a la Fiscalía. La niña

es citada a la entrevista investigativa videograbada y se le informa que de ser condenado el sujeto, va a ir a la cárcel, contexto en el cual la víctima compromete su participación solamente si se le asegura que el agresor no tendrá pena efectiva.

En este ejemplo, más real de lo que pareciera, queda en manos de una niña de 13 años la posibilidad de una condena. ¿Hasta qué punto puede la potestad punitiva del Estado depender de la voluntad de una niña? La verdad es que la pregunta es incorrecta, porque no es efectivo que la potestad punitiva esté condicionada al deseo de la niña, sino que el asunto se reduce a que el persecutor deberá prescindir de la declaración como parte del abanico de fuentes de información para el esclarecimiento de los hechos.

Este tema debe relacionarse con el principio que viene a continuación.

c) Participación voluntaria. *La participación de los niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento será siempre voluntaria, y no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia.* Dicho de otra manera, las víctimas NNA tienen derecho a no participar del proceso penal.

De este modo el legislador deja entrever que el proceso penal no se puede llevar adelante a cualquier costo. Pensamos, además, que de mediar cualquier tipo de coacción para obtener un relato de un NNA, ya sea en la denuncia, en la entrevista investigativa o en el juicio oral, su valor como fuente de prueba podría verse severamente cuestionado.

Continuando con nuestro caso hipotético, la ley ha venido a proteger a esa niña prohibiendo cualquier tipo de fuerza para obtener su participación. Entendemos, por ejemplo, que un engaño, como sería decirle a nuestra niña que el imputado no irá a la cárcel, solamente para obtener su declaración, vulneraría la norma. En este caso el engaño de un operador del sistema torpedearía los cimientos de un Estado de Derecho.

¿Significa esto que la declaración de la niña, obtenida de este modo, es inadmisibile como medio probatorio? Pensamos que no, porque el mismo legislador ha señalado las consecuencias para tal hipótesis: el funcionario público que incumpla con el principio de participación voluntaria incurre en infracción grave de los deberes funcionarios. Por otro lado, no vemos de qué modo podría significar una afectación para los derechos y garantías del imputado.

d) Prevención de la victimización secundaria. Consiste en procurar la protección de la privacidad y la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes, adecuar las interacciones con ellos atendiendo a sus necesidades especiales, madurez intelectual y capacidades, y asegurar el debido respeto a su dignidad personal. Este es un principio rector, y como tal, opera como instrucción directa a los operadores del sistema que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juicio. Consideramos que siempre va a revestir cierto grado de dificultad poder evaluar la madurez y capacidades de los NNA y determinar con claridad qué medidas son las más convenientes, pero ello no obsta en realizar todos los esfuerzos posibles en ese sentido y descartar aquello que va en sentido contrario.

e) Asistencia oportuna y tramitación preferente.

La ley expresa:

*“Las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia e investigación procurarán adoptar las medidas necesarias para favorecer la asistencia oportuna de los niños, niñas o adolescentes, como también la tramitación preferente de las diligencias de investigación.”* Como veremos, en cumplimiento de este principio el legislador ha exigido que la entrevista investigativa videograbada sea realizada en el tiempo más próximo a la denuncia, dejándola supeditada solamente a la disponibilidad de la víctima, privilegiando así el deber de protección por sobre la función investigativa.

f) Resguardo de su dignidad. Indica la ley: *“Todo niño, niña o adolescente es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad.”* Este principio viene a reforzar todas las ideas anteriores y encuentra su concreción en distintas normas que regulan la entrevista investigativa videograbada, entre las que destacamos la privacidad de la entrevista, el deber de custodia de los respaldos, la creación de tipos penales que sancionan su difusión y el deber de reserva de la identidad de la víctima.

### **3.3. Noción de entrevista investigativa videograbada**

La entrevista investigativa videograbada consiste en registrar en video las expresiones de la víctima sobre el hecho investigado y sus partícipes, en una entrevista guiada por una persona calificada, con el fin de proporcionar antecedentes de calidad para la investigación y limitar las veces que deba dar el relato. (Arts. 5°, 19, 20 y 21).

Esta diligencia tiene una finalidad de protección, estableciéndose diversas reglas destinadas a resguardar la seguridad del NNA, consistentes en evaluaciones del estado físico y emocional del entrevistado antes de su ejecución, relevando su participación voluntaria, brindando un espacio con condiciones de privacidad y comodidad adecuadas impidiendo que se produzcan interrupciones durante su desarrollo; utilizando un protocolo de entrevista cuyo eje central es evitar la revictimización llevado adelante por personas especializadas; vetando el contacto del imputado con la víctima y resguardando la identidad del NNA, entre otras. Asimismo, tiene una finalidad investigativa consistente en la obtención de un relato de calidad a través de un protocolo tendiente a obtener la mayor cantidad de información posible, libre de inoculaciones por parte del entrevistador, y, además, tiene una finalidad de prueba en tanto permite apreciar la técnica empleada por el entrevistador, los dichos, silencios, tonos, emociones y gestos del entrevistado, registrándose íntegramente la diligencia bajo estándares preestablecidos que aseguran su almacenamiento, su reproducción en juicio y el acceso a los registros, bajo ciertas condiciones, por todos los intervinientes para su revisión y confrontación con otros antecedentes.

De este modo, la entrevista investigativa se vislumbra como un medio de prueba multidimensional, con diversas aristas que se conjugan y que toman en consideración el aspecto humano y las condiciones de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos de alta lesividad; la calidad de los antecedentes recabados que constituyen la columna vertebral de la investigación y que supera ampliamente a las declaraciones escritas sujetas a la interpretación del lector, registrando tanto hechos del pasado como del presente, y los derechos de la defensa en tanto puede acceder a toda la información sustantiva de la declaración, así como a las condiciones en que se lleva a cabo.

### 3.4. Requisitos.

El legislador ha sido muy acucioso en la regulación de esta diligencia investigativa tratando de minimizar sus eventuales efectos victimizantes y asegurando que la información recabada sea de la mejor calidad posible.

En cuanto a los plazos, la EIV debe tener lugar en el tiempo más próximo a la denuncia, a menos que la víctima no esté disponible, o no se encuentre en condiciones físicas o psíquicas para participar, según evaluación de la URAVIT. Con esto se pretende disminuir la posibilidad de olvido de los hechos y acortar los tiempos de investigación para mitigar la angustia que implica la incertidumbre de un proceso abierto. La flexibilidad de la regla es valorable y recoge una realidad de la que hay que hacerse cargo; el NNA puede estar afectado por intensos montos de angustia o desestructuración emocional (GEV, 2012; p.7), que hagan recomendable aplazar la entrevista investigativa hasta que estén dadas las condiciones para ello.

Manteniendo la línea seguida por el proyecto, la ley tampoco permite que los funcionarios de la unidad regional de atención a víctimas y testigos del ministerio público realicen al niño, niña o adolescente consultas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de los partícipes. Esta limitante tiene por finalidad evitar que el niño, niña o adolescente deba estar sujeto a una multiplicidad de relatos sobre los hechos, de modo que la entrevista investigativa videograbada se erija como la instancia destinada de modo exclusivo a ese fin.

La entrevista investigativa videograbada es llevada adelante por un entrevistador, sólo él y la víctima pueden estar presentes en la sala donde se desarrolla, salvo que existan dificultades de comunicación, caso en el cual el Fiscal puede autorizar la participación de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo (art. 8°). Con esto se asegura la privacidad de la diligencia y garantiza que no hayan terceros cuya presencia pudiese influir en el relato del entrevistado.

El entrevistador en esta etapa es designado por el fiscal de entre aquellos que se encuentren con acreditación vigente ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (Art. 6°). La exigencia de una formación especializada y perfeccionamiento continuo de los entrevistadores que garantice que estos cuentan con los conocimientos y técnicas adecuadas

para recabar la información que el entrevistado pueda recordar sin amplificar la victimización, realza la pretensión de la ley en el sentido de conjugar los fines de protección e investigación y contribuyen a mejorar la calidad de la diligencia como fuente de convicción.

La sala en que se lleva a cabo la EIV debe estar especialmente acondicionada para ello, con los implementos adecuados en atención a la edad y a la etapa evolutiva del niño, niña o adolescente, que garantice su privacidad, seguridad, y permita controlar la presencia de terceros. Debe estar provista de la tecnología adecuada para grabar en audio y video, reproducir de forma inmediata su registro y permitir la intercomunicación. (Arts. 8, 21 y 22).

Esta entrevista podrá ser suspendida por orden del Fiscal si el entrevistador lo sugiere por la concurrencia de algún motivo que impida al niño, niña o adolescente continuar con el desarrollo de la diligencia.

La ley distingue dos hipótesis en que puede tener lugar una nueva entrevista investigativa. La primera de ellas faculta al fiscal para que de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, disponga una segunda entrevista investigativa. Ella podrá tener lugar sólo si se dan los siguientes requisitos:

- 1) Que aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista videograbada,
- 2) Que esos hechos o antecedentes modifiquen lo expuesto en la entrevista original,
- 3) Que esos hechos o antecedentes afecten *sustancialmente* el curso de la investigación,
- 4) Que la decisión del fiscal en orden a realizar una segunda entrevista investigativa cuente con la aprobación del Fiscal Regional, y
- 5) Que se den los presupuestos generales para la entrevista, como es la participación voluntariamente del NNA.

Junto a lo anterior, señala el artículo 10, se deberá dejar constancia en la carpeta investigativa de la decisión del Fiscal y de los hechos y antecedentes que se tuvieron en cuenta para adoptarla.

La otra hipótesis en que puede tener lugar una nueva entrevista investigativa

videograbada es por manifestación de voluntad espontánea del niño, niña o adolescente de realizar otra declaración. A diferencia de la situación anterior, en este caso no existe limitante al número de entrevistas. Para llevar adelante esta nueva entrevista investigativa videograbada se requiere evaluación de la unidad de atención a víctimas y testigos de la fiscalía respectiva, en los mismos términos del artículo 7°. Además el entrevistador deberá ser el mismo que participó en la anterior, salvo impedimento debidamente justificado. Al tenor de la disposición, pedida la nueva entrevista, el fiscal adoptará las medidas para llevarla a cabo, sin entorpecer su participación voluntaria en el proceso ni el ejercicio de sus derechos.

La posibilidad de nuevas entrevistas, aún con las limitantes señaladas, es un reconocimiento a la función de investigación que aquella conlleva con el fin de esclarecer los hechos. Sin embargo, al vedar al fiscal la posibilidad de disponer de una tercera entrevista, aún cuando el mérito de los antecedentes lo hagan parecer como necesario, refleja la primacía de la función de protección de la ley por sobre la de investigación.

Las videograbaciones de la entrevista investigativa (y también de la declaración judicial) deberán registrarse por medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna. La ley entrega a la potestad reglamentaria la fijación de los estándares mínimos para la reproducción, almacenamiento, custodia y disposición de tales registros, lo que parece adecuado atendida la dinámica de los avances tecnológicos.

Conforme al artículo 23, el contenido de la entrevista investigativa videograbada será reservado y sólo podrán acceder a él el imputado, su defensor, la víctima de los hechos y quien actúe por ella conforme al artículo 108 CPP, el querellante, el curador ad litem, las policías en el cumplimiento de una diligencia específica, los jueces de familia dentro del ámbito de su competencia, los peritos que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes, y los jueces con competencia penal en los casos señalados por la ley.

La primera parte del inciso segundo del artículo 23 dispone: *“Los intervinientes, las policías y los peritos podrán obtener copia del registro de la entrevista investigativa videograbada, debiendo el fiscal entregarla, siempre que se hubiere distorsionado suficientemente aquellos elementos de la videograbación que permitan identificar al niño, niña o adolescente, sin que ello afecte su comprensión.* En razón de ello el Ministerio Público deberá premunirse de las herramientas tecnológicas y de personal capacitado para

ejecutar la referida distorsión, sin que pueda negarse a su entrega por no contar con ellas.

*Asimismo, - continúa la disposición - las personas precedentemente indicadas podrán acceder al contenido íntegro y fidedigno de la entrevista investigativa videograbada, sin las distorsiones mencionadas, sólo mediante su exhibición en dependencias del Ministerio Público, debiendo siempre velar por el respeto de los derechos de los demás intervinientes.* Estas reglas tienen por finalidad asegurar que la eventual difusión de su contenido, sea culposa o dolosa, no signifique una revictimización para el NNA.

En la última parte del inciso segundo del artículo en revisión se hace un reenvío al artículo 182 del Código Procesal Penal que regula el secreto de las actuaciones investigativas, facultando al Fiscal para rechazar la entrega de la copia de la entrevista investigativa videograbada o su exhibición, en los términos y con las limitaciones allí señaladas.

En síntesis, y para lo que nos interesa en este trabajo, la EIV se toma por una persona especialmente entrenada, en condiciones idóneas para evitar sugerencias y facilitar el relato del NNA; el imputado y su defensa pueden solicitar una nueva EIV, pueden obtener una copia distorsionada pero comprensible y ver el video original en dependencias del MP, al igual que los peritos de descargo, lo que reviste una importante ventaja para la elaboración de metapericias a los peritajes de credibilidad de relato, muy utilizados en este tipo de investigaciones.

### **3.5. Denuncia, diligencias y entrevista videograbada en delitos flagrantes.**

La ley en comento tiene como eje central reducir el número de relatos que debe dar un NNA en el contexto del proceso penal teniendo como norte la reducción de la victimización secundaria.

Habiéndose configurado la EIV como la diligencia central para recabar el relato de la víctima en la etapa investigativa, parece razonable acotar la denuncia de modo tal que no interfiera con la labor que debe realizarse en aquella ni se transforme en una entrevista investigativa previa. Además, los funcionarios a cargo de la toma de denuncia no siempre tienen las herramientas y las condiciones necesarias para interactuar con un NNA en

términos de resguardar sus derechos y recabar los antecedentes necesarios para dar inicio a la investigación reduciendo al mínimo los procesos de victimización secundaria (MIDE UC, 2009; pp. 33-34, 76-77). Con tales consideraciones, la denuncia fue regulada de manera detallada y rígida, dejando poco espacio para adecuarse a escenarios no previstos.

La denuncia se encuentra regulada en el artículo 4° de la ley y hace un reenvío al artículo 173 del CPP, que define la denuncia como la comunicación del conocimiento que se tuviere sobre la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito, la que podrá realizarse ante el Ministerio Público, Carabineros, la Policía, los tribunales con competencia criminal y Gendarmería en cuanto a los delitos cometidos en recintos penitenciarios.

Conforme a la norma, cuando la denuncia sea efectuada por un niño, niña o adolescente, deberá ser recibida en condiciones que garanticen su participación voluntaria, privacidad, seguridad y que permitan controlar la presencia de otras personas.

La participación voluntaria es uno de los principios de aplicación de la ley que ha de considerarse tanto en la denuncia como en la investigación y en la etapa de juzgamiento; su señalamiento expreso aquí viene a refrendar la importancia que el legislador le otorga.

Conforme al art. 4° inc. 3° de este cuerpo legal, el funcionario que reciba la denuncia consultará al niño, niña o adolescente sus datos de identificación, y si no quisiera identificarse, o sólo lo hiciere parcialmente o mediante un apelativo, no podrá ser expuesto a nuevas preguntas al respecto.

Identificado de este modo, la ley dispone que el funcionario debe limitarse a registrar, de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que voluntariamente el NNA exprese respecto al objeto de su denuncia y no le podrá hacer a preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes.

Las reglas vistas en el apartado anterior no contienen excepciones en la ley, lo que parece un grave inconveniente. El Fiscal Nacional mediante oficio FN 574/2016 criticó la redacción de esta limitante, señalado: *“puede ser complejo y hasta perjudicial plantear una prohibición absoluta de hacer preguntas al niño o niña que se presente solo a denunciar, pues esto podría impedir recabar antecedentes básicos del hecho que se está denunciando en los términos del artículo 173 del Código Procesal Penal y con ello imposibilitar al fiscal*

*conocer, de forma oportuna, antecedentes necesarios para adoptar decisiones procesales relevantes, e instruir diligencias de investigación y poder evaluar, en conjunto en conjunto con la Unidad regional de Atención a Víctimas y Testigos, la situación de riesgo del niño o niña, retardando la posibilidad de disponer o solicitar medidas proteccionales a su favor”.*

También coincidió con esta crítica el H. Senador Alberto Espina, quien en Tercer Trámite Constitucional hizo presente que el proyecto no advierte lo que sucederá en los casos de flagrancia, habida cuenta del considerable lapso que podría transcurrir entre la denuncia y la entrevista investigativa, agregando que si los antecedentes que se puedan recabar de la denuncia del menor son débiles, podría acarrear el fracaso de la persecución penal, por la pérdida de información básica inicial y de la oportunidad para prevenir la comisión de otros delitos; a su juicio, la propuesta concibe una excesiva protección que puede resultar en condiciones de impunidad para un delincuente flagrante. En definitiva, la Comisión acordó, por mayoría de votos aprobar el artículo en comento con el voto favorable de los Honorables Senadores señores Araya, De Urresti, Harboe y Larraín, quienes en el debate sólo se limitaron a señalar que la finalidad del proyecto es que toda la información sea extraída en la entrevista destinada al efecto, evitando así la contaminación del relato, no haciéndose cargo de los puntos traídos a colación por el Sr. Espina, quien votó en contra del precepto.

Por otro lado, el Protocolo del artículo 31 letra A), sobre Los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la Ley N° 21.057, se limita a refrendar las restricciones antes mencionadas en el contexto de procedimientos policiales fuera de la unidad (en la población, de turno, patrullaje o unidades policiales móviles) o cuando el NNA toma contacto telefónico a número de emergencia (Protocolo A, p. 14).

Para poder dimensionar seriamente las dificultades anotadas según las prácticas actuales y la norma en revisión, imaginemos un caso concreto: Una adolescente es víctima de una violación en la vía pública, el agresor la tomó por la espalda y colocó un cuchillo en su cuello, ella asustada camina con él hacia un lugar solitario, él le exige que se quede callada, la empuja al suelo golpeándose la nuca, él le tapa la boca y ella trata de defenderse arañándolo en el cuello, en el forcejeo la adolescente resulta con un corte en el antebrazo y deja de oponer resistencia, el agresor la penetra vaginalmente y al ver una luz a la distancia

que se acerca, huye. La menor llama a carabineros a nivel 133, y le contesta una voz que dice “Se ha comunicado con carabineros, ¿cuál es su urgencia?” y ella responde: “venía bajando por la alameda, y un sujeto me puso un cuchillo y me trajo pa’ acá y me violó”, tras eso, con un alto grado de probabilidad, el operador consultará su nombre, su edad y su ubicación, y al enterarse que es una adolescente ¿podrá el funcionario de la Central de Comunicaciones consultarle cómo era el sujeto, cómo vestía, cómo y hacia dónde huyó o si portaba armas?, si seguimos la norma al pie de la letra, la respuesta es negativa; recordemos que esta ley prefiere al Código Procesal Penal, por lo que no se podrá aplicar el artículo 83 que consagra las facultades de carabineros y las policías sin orden previa del Fiscal. Continuando con nuestro procedimiento, funcionarios informados de la denuncia por CENCO concurren a encontrarse con la víctima. Allí no le podrán hacer ningún tipo de pregunta, limitándose nuevamente a oír sus dichos y a trasladarla al centro asistencial para ser atendida por sus lesiones. Hasta ese momento, nuestra víctima, sumamente asustada, no ha dicho nada del arañazo al agresor, ni de su golpe en la nuca, ni de su corte en el antebrazo, ni de la existencia de un arma que podría contener su sangre. Paralelo a ello, carabineros se contactará con el Fiscal, quien recibirá el escueto relato que se ha verbalizado hasta ahora.

¿Qué pasó con el agresor? ¿Cómo identificarlo en ese momento? ¿Cómo podría saber el Fiscal que quizás bajo las uñas de la víctima hay prueba biológica a punto de perderse?, ¿Qué pasó con el cuchillo?, ¿Estará acaso cerca del sitio del suceso con información biológica destinada a contaminarse y extraviarse para siempre?.

La ley no se hace cargo de esta realidad, siendo una necesidad urgente enmendar la falta de regulación de los casos flagrantes o clínicamente agudos en que es necesario realizar diligencias investigativas urgentes y disponer medidas de protección inmediatas, antes de que tenga lugar la entrevista investigativa.

En el mismo sentido nos parece perjudicial la limitación contenida en el art. 11 inc. 2º de esta ley, que en el contexto de un peritaje sexológico prohíbe al perito efectuar al niño, niña o adolescente preguntas relativas a la participación criminal, al relato de la agresión sufrida y, en general, que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la acusación, restricción particularmente sensible cuando la diligencia se realiza sin adulto responsable y antes de la entrevista investigativa. Por otro lado, la Norma General

Técnica para la Atención de Víctimas de Violencia Sexual, contenida en la Resolución Exenta N° 2938-2019 del Servicio Médico Legal está adecuada para enmarcarse dentro de las limitaciones de la Ley 21.057, reglando incluso las intervenciones verbales con los NNA, de modo tal que no deja mucho espacio para obtener toda la información necesaria que asegure el levantamiento de toda la evidencia rescatable. Como vemos, la intención del legislador en el sentido de evitar que los NNA relaten varias veces los mismos hechos llegó al extremo de debilitar las facultades y herramientas destinadas a esclarecer los hechos.

Una válvula que la ley ha concebido en términos amplios para recabar antecedentes destinados al esclarecimiento de los hechos fuera de la denuncia y de la entrevista videograbada es la consagrada en el artículo 11 de la ley, cuyo inciso primero ordena que las demás diligencias investigativas que supongan una interacción presencial con el niño, niña o adolescente serán realizadas excepcionalmente, y sólo cuando sean absolutamente necesarias, dejándose constancia en la carpeta investigativa de las razones y los fundamentos que se tuvieron en consideración para decretar estas diligencias. Lo usual es que esta norma tenga aplicación con posterioridad a la entrevista videograbada que servirá de columna vertebral para el establecimiento de la teoría del caso y las líneas investigativas a seguir, de modo que los hechos a corroborar servirán de razón y fundamento al fiscal para ordenar diligencias concretas, pero si no conoce tales hechos, no estará en condiciones de hacerlo.

Así las cosas, la obtención de información que sirva de base para la realización de diligencias investigativas urgentes en el periodo que va entre la denuncia y la entrevista videograbada implicará la compleja situación de colisionar con las limitaciones de ambas. En otras palabras, si la denuncia tiene las restricciones vistas, y la entrevista videograbada implica todos los requisitos y condiciones anotadas para la obtención del relato, ¿mediante qué tipo de preguntas y en qué contexto se podrá obtener más información por parte de la víctima para la ejecución de medidas investigativas urgentes?.

Sigamos con el ejemplo, supongamos que la adolescente de nuestro ilícito mantenía nociones policiales más allá de lo esperable y se adelanta a las preguntas destinadas individualizar al autor, dando información suficiente para que los funcionarios den con el paradero de un sujeto con características similares, el cual es detenido y trasladado a la unidad policial; sin embargo, ella describió un sujeto de jersey azul y el sospechoso andaba

con una polera azul con verde. ¿Cómo realizar un reconocimiento del sujeto si la ley dice expresamente que no se le dirigirán preguntas que busquen establecer la identidad de los partícipes?. La vía a la que nos orilla la ley es la del artículo 11 con los requisitos allí señalados, pero, en el fondo, ¿El acta suscrita por la víctima donde reconoce al imputado no es sino una forma de declaración con preguntas y respuestas sobre la ocurrencia de los hechos y la participación de su autor?, ¿las preguntas de la autoridad y las respuestas del NNA tendientes a obtener y proporcionar información urgente para el levantamiento de evidencia dejan de ser una declaración si no constan en un acta que diga “declaración”?.

Siguiendo con nuestro caso ficticio, vamos a suponer que para evitar soslayar la ley el imputado pasa a control de detención sin haber mediado un reconocimiento por parte de la víctima y sin que haya tenido lugar la entrevista videograbada. En la audiencia el fiscal se encontrará con un parte policial de detenido en extremo vago, donde no hay declaración de la víctima, no se detalla con claridad cómo se produce la intimidación, no hay reconocimiento y, por supuesto, no hay testigos presenciales; ¿Cómo pedir la prisión preventiva u otra medida cautelar intensa si no se cuenta con antecedentes plausibles en cuanto a la existencia del delito y la participación del imputado?. En la práctica se ha solicitado la ampliación de la detención en casos flagrantes a fin de realizar la EIV dentro del término de tres días, lo que implica la privación de libertad del detenido durante ese lapso, quien podría no ser el autor de los hechos haciendo pesar sobre sus hombros la carga de un sistema que no previó adecuadamente la hipótesis de flagrancia.

La realidad empuja a aceptar que existirán casos en que no podrán reunirse todas las condiciones para llevar adelante una entrevista investigativa videograbada antes del control de detención y en los cuales habrá que obtener información urgente por parte de la víctima a fin de levantar evidencias que de otro modo desaparecerá para siempre, y bajo ese orden de ideas consideramos imperioso regular debidamente las hipótesis de flagrancia en la ley 21.057 de modo tal que concilie tanto la eficiencia y la eficacia de la función investigativa como el interés superior del NNA en orden a mitigar los efectos revictimizantes de su paso por el proceso penal.

### **3.6. La entrevista investigativa videograbada como medio de prueba.**

#### **3.6.1. Naturaleza**

La entrevista investigativa videograbada, una vez reproducida en forma legal para su apreciación en juicio, pasa a ser un medio de prueba más que debe ser objeto de razonamiento por el sentenciador para su posterior valoración, indicándose el grado de corroboración que ésta aporta a las proposiciones fácticas enfrentadas o para su desestimación por carecer de fuerza probatoria (Accatino, 2011: p. 486).

Ahora, ¿Qué tipo de medio probatorio es?. La respuesta a esta interrogante adquiere relevancia ante una eventual petición de introducción en materias no reguladas por la ley, por ejemplo, por robos con violencia simples contra NNA en que el Ministerio Público considere necesario videograbar el relato de la víctima; para conocer las reglas aplicables como aquellas sobre exclusión de prueba y producción en juicio, y para fundamentar una modificación legislativa.

En las hipótesis a) y b) del Artículo 18 de la ley, la videograbación se reproduce en reemplazo de la prueba testimonial, pero no son lo mismo. Testigo, dice Horvitz, es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos, o subsiguientes al acontecimiento delictivo, pudiendo la víctima tener dicha calidad (Horvitz, 2004: p. 273). Por su parte, la prueba testimonial, conforme a las normas del Código Procesal Penal, es la exposición verbal de hechos por parte de personas diferentes al imputado durante el juicio oral (Hermosilla, 2006; P. 275) o en una audiencia de prueba anticipada destinada al efecto, y supone la posibilidad de interrogar y contrainterrogar al deponente (Arts. 190, 191, 192, 298, 309, y 329 CPP), con ciertas excepciones señaladas en la ley como ocurre con los sordomudos (Art 311 CPP) y con quienes gozaren de inmunidad diplomática (Art. 301 CPP). Así, particularmente relevantes son los principios de inmediación y oralidad del juicio en la rendición de la prueba testifical (Horvitz, 2004: p. 286). La reproducción de un video bajo la normativa del Código Procesal Penal y de la ley 21.057 no cumple con tales características, por tanto, rechazamos su consideración como prueba testimonial dentro del proceso penal.

Por otro lado, también descartamos que se trate de una prueba documental. Para

nuestro ordenamiento jurídico el concepto “documento” tiene diversos alcances, así, por ejemplo, la ley de documento electrónico lo define como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior” (art. 2º letra d) ley N° 19.799); también encontramos un concepto amplio en el art. 3º letra e) del reglamento N° 13/2009 de la ley N° 20.285, que lo define como “todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos”; y en un sentido similar se redactó la definición de “documento” en el proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, conceptualizándolo como “todo soporte material o desmaterializado susceptible de ser incorporado al proceso, que represente o de cuenta de un hecho, idea o acto jurídico, sea por medio de la escritura, la imagen o el sonido, tales como los instrumentos escritos, los documentos electrónicos, las fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, grabaciones de voz, del sonido o de la imagen, cintas cinematográficas o videográficas u otras formas de representación generalmente aceptadas”. Por su parte, Meneses concibe los documentos como objetos que registran y reproducen toda clase de hechos (Meneses, 2017: p. 40). Conforme a lo anterior, la videograbación de la entrevista investigativa quedaría comprendida dentro de la definición de “documento” de acuerdo a su concepción más moderna; sin embargo, Meneses señala como requisito para estar frente a una “prueba documental” que el documento verse sobre hechos coetáneos y no sobre hechos pasados, pues, en este último caso, se produciría una desnaturalización de la prueba documental trasladándonos a la prueba testifical (Meneses, 2017: pp. 27 y 146); así ocurre, en parte, con la entrevista investigativa.

Estimamos que el legislador del Código Procesal Penal adscribe a un concepto restrictivo de “documento” bajo la idea de escrituración, lo que se desprende del artículo 333, conforme al cual, la producción de la prueba documental en juicio se realiza mediante su lectura y exhibición (Horvitz, 2004: p. 305); de este modo, la expresión “documento” en el proceso penal se acercaría a la definición de Díaz, quien entiende por tal el vehículo a través del cual se produce la prueba escrita o literal, escritura que podrá estar grabada en

papeles u otros medios idóneos (Díaz, 2009; p. 80), quedando las grabaciones, los medios de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, esto es, instrumentos o soportes que dan cuenta de hechos o pensamientos de un modo no escrito bajo la categoría de “otros medios” (Horvitz, 2004: p.305).

Junto a lo anterior, consideramos que lo consignado en un documento es aquello que su autor ha querido plasmar, lo que no ocurre necesariamente en una entrevista videograbada. En éstas se registra no solo las palabras empleadas por el entrevistado, también permite apreciar los silencios, los gestos y el correlato emocional; en otras palabras, la videograbación plasma el lenguaje verbal, el lenguaje no verbal y el lenguaje paraverbal. Así, el entrevistado puede “decir” cosas que no verbaliza o dar su propio sentido a lo dicho, como cuando una niña relata que le tocaron “el pote” mientras se apunta la vagina, e incluso ir en el sentido opuesto a lo dicho con la voz, como cuando dice “no me acuerdo” con un tono y una actitud corporal que en realidad comunican: “me acuerdo, pero no quiero hablar de eso”. Por otro lado, en la entrevista investigativa no quedan registrados sólo los hechos pasados sino también hechos presentes; pensemos, por ejemplo, en una adolescente que relata un abuso ocurrido el año anterior por parte de un familiar, pero que además se refiere a su estado anímico actual, diciendo, “no quiero seguir hablando porque me da vergüenza hablar de esto con usted” o “siento rabia, pena, pero no quiero que lo condenen, no quiero dejar a mi hermano sin padre”.

En razón de lo expuesto, la entrevista investigativa videograbada reviste ciertas características de la prueba testifical (relato de hechos pasados) y ciertas características de los documentos (registro de hechos), pero no es ni la una ni lo otro, sino que un medio probatorio más complejo y, como hemos dicho, con múltiples dimensiones.

Bajo esta mirada, la entrevista investigativa videograbada se erigiría como un nuevo medio de prueba que quedaría comprendido dentro de la categoría de “otros medios”, como afirma Duque (Duque, 2015: p.205).

### **3.6.2. Ofrecimiento de la EIV como medio de prueba**

La ley 21.057 contempló una implementación gradual en tres etapas, agrupando distintas regiones. De acuerdo a información proporcionada por fiscales que lideran este

tipo de investigaciones, la videograbación no se está ofreciendo como medio de prueba en las acusaciones ni como prueba de descargo por las defensas, dándosele el mismo tratamiento de incorporación de prueba contemplada en el artículo 331 CPP, pero sin la exigencia de su previa recepción en audiencia de prueba anticipada ante el Juez de Garantía, por su incompatibilidad con la norma especial, y bajo el mismo espíritu del artículo 332 del mismo Código, en el sentido de no ofrecerse la declaración de la etapa investigativa como prueba por tener una regulación especial dada por el artículo 18 de la ley en revisión, que sirve de fuente legal necesaria y suficiente para ello; sin perjuicio de ello, en algunos casos se ha mencionado la existencia de la entrevista investigativa videograbada en un *otrosí*, del mismo modo que la petición de designación de intermediario para la declaración judicial.

Por los motivos que veremos a continuación nos inclinamos por ofrecer la entrevista videograbada como medio de prueba por los intervinientes interesados en su utilización en juicio para su debate en la audiencia de preparación de juicio oral.

Previo a ello y para contextualizar, traeremos a colación los conceptos de “fuentes de prueba” y “medios de prueba”. Las fuentes de prueba son el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre los hechos, las que se sitúan fuera del juicio y con anterioridad a él, emergiendo y formándose extraprocesalmente, y están compuestas por personas y cosas (Meneses, 2008: pp. 57-58). Por su parte, los medios de prueba son los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las personas y cosas que poseen información útil sobre hechos, y que la ley considera idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio; son los datos empíricos que sirven para comprobar las hipótesis fácticas planteadas por las partes en una causa (Ibíd.: p. 61). En otras palabras, los medios de prueba son fuentes de prueba admisibles en juicio.

Bajo esos conceptos, la EIV es una fuente de prueba que bajo ciertas circunstancias puede incorporarse como medio de prueba. Así, debe reunir los requisitos de todo medio de prueba, como la pertinencia y la licitud, pero queda sujeta de *lege lata* a una condición futura e incierta para poder ser reproducida en el contexto de un juicio oral.

Como vimos anteriormente (*supra* N° 3.4), la EIV es una institución creada y regida por la ley, y por tanto sujeta a una serie de requisitos y condiciones para su validez. En ese

sentido puede perfectamente ser objeto de impugnación por alguno de los intervinientes, por ejemplo, por haberse rechazado la exhibición a la defensa. Tomando en consideración que la sede natural para conocer de los incidentes de impugnación de algún medio de prueba es la audiencia de preparación de juicio oral, entendemos que es allí donde debe quedar zanjada su admisibilidad, siendo aplicables las reglas generales, incluyendo la posibilidad de deducir recursos en los casos previstos en el CPP o bien, pedirse el sobreseimiento definitivo por exclusión de todas las pruebas de cargo relevantes.

Desde otra dimensión, recordemos que el principal objetivo de la ley 21.057 es la disminución de la victimización secundaria y el conocimiento oportuno acerca de cuáles serán los medios de prueba con los que se podrá contar en juicio oral – aún en forma condicional - va en ese sentido, tal como lo ha recomendado el Consejo Económico y Social.

### **3.6.3. Admisibilidad de la entrevista videograbada como medio de prueba.**

A lo largo de este trabajo hemos dado cuenta de las ventajas que tiene la videograbación de las entrevistas realizadas en la etapa de investigación, particularmente con víctimas menores de edad, y que pueden configurar un importante suministro de información para el procedimiento epistemológico de reconstrucción de la verdad al que es llamado el sentenciador.

En las líneas que siguen sostendremos la viabilidad y conveniencia de la admisibilidad de la incorporación como medio de prueba de las videograbaciones que han sido elaboradas con anterioridad a la vigencia de la ley y que aún se instruyen en las regiones donde no ha comenzado a regir; también de aquellas que pudiesen realizarse en investigaciones por delitos distintos de los contemplados en la 21.057, y, por los mismos fundamentos, sostendremos que la consideración de la EIV<sup>1</sup> como medio de prueba independiente de la declaración testifical de la víctima constituiría una mejora para nuestro sistema de enjuiciamiento penal, ajustándolo en mayor y mejor medida a las exigencias de los tratados internacionales.

---

<sup>1</sup> En este aparatado lo que se diga de la EIV comprenderá también, en lo que sea compatible, las videograbaciones efectuadas por el ministerio público conforme a los oficios 160/2009 y 914/2015 del fiscal nacional y la Guía de Entrevistas Investigativas, realizadas fuera del marco de la Ley 21.057.

Siguiendo los puntos a los que nos referimos en el apartado sobre admisibilidad de las videgrabaciones de las entrevistas realizadas antes de la ley 21.057 (*supra* N° 2.2.1.), nos inclinamos primeramente por descartar su exclusión por *sobreabundancia*. Esta causal consiste en la facultad del tribunal para pedir que se reduzcan los documentos o los testigos, cuya incorporación produciría efectos puramente dilatorios, limitándose a esos dos medios de prueba y, por tanto, no es aplicable a la EIV en tanto ésta no cabe sino tenerla como “otro medio de prueba” de acuerdo a lo razonado más arriba (*supra* N° 3.6.1); además, en la hipótesis de rendirse tanto la prueba testimonial como la exhibición de la videgrabación, ha de tenerse en claro que ésta última se limita a mostrar lo ocurrido en un contexto y momento determinado, en la cual se puede observar el comportamiento y el correlato emocional del entrevistado en una etapa más cercana a la denuncia, y que puede ser muy distinto al que manifieste en el juicio oral, sobre todo si en ese lapso la víctima ha estado sujeta a procesos de reparación psicológica o ha transitado por distintas fases de su desarrollo psicoemocional.

En segundo lugar, entendemos que la incorporación de la videgrabación no vulnera la garantía del *debido proceso* por infracción al *principio de contradicción*. Para determinar la compatibilidad de esta evidencia con esta garantía, es necesario precisar cuál es su contenido fundamental en el plano probatorio. La Constitución Política de la República no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y, en segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (STC 821, considerando octavo). Este procedimiento racional y justo, según ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (STC 3309, considerando vigésimo octavo).

El Tribunal Constitucional ha dicho que el principio del contradictorio es una de las bases esenciales del proceso debido, radicando fundamentalmente en el derecho de las partes de intervenir, en condiciones de igualdad, sobre las materias que son objeto de decisión y, también, en la exigencia de que la prueba sea examinada y discutida por los antagonistas. Los aspectos de la mayor importancia para su realización se refieren a la facultad de las partes de buscar, desde sus distintas posiciones, las fuentes de prueba y, lo más pertinente a este caso, a la intervención de los interesados en la formación de las pruebas constituidas durante el juicio (STC 2921, considerando trigésimo segundo).

Torres plantea como tesis para evitar la revictimización de niños, niñas y adolescentes, el completo reemplazo de la declaración judicial por la exhibición de la entrevista investigativa videograbada, entendiéndolas como pruebas dependientes, resguardando siempre el derecho a contrainterrogar a la víctima, estableciendo como condición necesaria e imprescindible para ello que el imputado, si fuere conocido al momento de la ejecución de la diligencia, sea efectivamente notificado de la misma, a fin de que éste participe en su desarrollo transmitiendo preguntas y alcances al entrevistador, resguardando así su derecho a defensa (2019: pp. 125-126); entendiendo que la imposibilidad de interrogar al NNA en la entrevista investigativa y en el juicio oral vulneraría el principio de contradicción y, con ello, la garantía de un debido proceso.

Refuerza la tesis de Torres el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa RIT 673-2012 (*supra* N° 2.2.2.), que excluyó la videograbación como medio de prueba por no haberse instado a la participación del defensor en su desarrollo durante la investigación, no obstante haber sido previamente formalizado el imputado.

La verdad es que la ley 21.057 no tiene norma alguna relativa a la participación del imputado o su defensor en el desarrollo de la entrevista investigativa videograbada, y el sistema no está actualmente diseñado para que el imputado participe directamente en ella; es más, conforme al Protocolo del artículo 31, letra I, elaborado por la subcomisión para la implementación de la Ley N° 21.057, de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, sólo el fiscal y el entrevistador acreditado que eventualmente preste apoyo externo pueden interactuar con el entrevistador a través de un dispositivo idóneo o en una pausa que este último realice.

Es menester, por tanto, aclarar si efectivamente la falta de emplazamiento al

imputado para que participe en la ejecución de la diligencia investigativa de entrevista videograbada constituye o no una infracción al principio de contradicción.

Lo relevante para satisfacer este principio desde la perspectiva del encartado en un procedimiento penal es que tenga siempre la posibilidad de premunirse de sus propios medios de prueba, ya sea para probar los hechos que sostiene y/o para desacreditar aquellos que se le atribuyen y pueda, además, participar en la etapa de juicio donde se produce la prueba. Así, la falta de participación del imputado en la ejecución de diligencias investigativas no alcanza a vulnerar el principio en comento, aún cuando ellas se constituyan como fuente de prueba y se presenten posteriormente como medios de prueba en la etapa de juicio oral. Debemos agregar que habitualmente se presentan en juicio medios probatorios en cuya génesis no ha participado la defensa, como ocurre, por ejemplo, con las fotografías tomadas por carabineros, las huellas y las evidencias materiales levantadas por la policía, etc., lo cual es consistente con lo dispuesto en el artículo 184 del Código Procesal Penal que faculta al fiscal para *permitir* la presencia del imputado o de los demás intervinientes a las actuaciones o diligencias investigativas cuando aquel lo estimare útil y lo razonado por la Corte de Apelaciones de Copiapó en causa ROL 215-2016 (*supra* N° 2.2.2). Ahora bien, el contradictorio, como modo de control de la prueba producida sin participación del imputado, supone la posibilidad de analizar su relevancia y la de presentar pruebas en contra que puedan desacreditar los extremos que aquellas pretenden acreditar (Guzmán, 2011: pp. 156-157), de este modo, se cumple este principio en la medida que el inculcado tiene derecho a contra-probar las pruebas de la contraria en juicio, principio que se debe manifestar durante el desarrollo de la actividad probatoria, ante el tribunal sentenciador, en audiencia pública y estando el acusado presente (Ferrer, 2003: p. 28, y en el mismo sentido Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile: p. 236).

Consideramos que es insuficiente para la inadmisibilidad de esta fuente sostener que no se puede “contrainterrogar” el relato contenido en una videograbación, pues entendemos que si bien su contenido se encuentra vinculado al relato de la víctima, no son lo mismo y el tribunal debe valorarlos conforme al grado de convicción que ellos le merezcan de acuerdo a lo que son y no a lo que se asemejan; pudiendo la defensa atacar el contenido de la videograbación ya sea alegando alguna deficiencia en su ejecución, como ocurriría si esta se desarrolla estando presente en la sala alguna persona que pudiese alterar la sinceridad del

relato, por haber mediado preguntas inductivas, o bien rindiendo prueba que desacredite los hechos afirmados, etc.

Por otro lado, es indiscutible que el derecho que le asiste a la defensa para interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (Art. 8° letra f) de la CIDH) forma parte del principio de contradicción, y, en consecuencia, integra la garantía del debido proceso; así, nada impide que la defensa solicite la declaración de la víctima NNA como prueba de descargo, sin perjuicio del derecho de estos a no ser compelidos para declarar conforme al artículo 3° letra c) de la Ley 21.057 y los artículos 12 y 40 de la Convención de Derechos del Niño.

Consideramos que el derecho a pedir una nueva EIV bajo los supuestos del artículo 10 de la ley, el acceso a su contenido y la posibilidad de rendir prueba en contrario dejan a salvo y garantizan suficientemente los derechos del imputado. Sirve de apoyo a esta afirmación lo razonado por la Corte Suprema en causa ROL 5401-2019 al conocer un recurso de nulidad de una sentencia condenatoria por violación de menor de 14 años dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Coyhaique. En el escrito de impugnación la defensa argumentó que existió una vulneración a la garantía del debido proceso basada en la negativa injustificada del ministerio público a entregar copia de la entrevista grabada en video, con la aquiescencia del juez de garantía, vedándole la posibilidad de examinar su contenido y de contrainterrogar debidamente a los peritos y testigos de cargo que se explayaron sobre su contenido en el juicio oral. Cabe señalar que dicho video se elaboró antes de la entrada en vigencia de la ley 21.057, y, no obstante ello, el ministerio público sostuvo su rechazo basado en dicha ley. En ese contexto, la Corte consignó en el considerando sexto:

*“Que resulta necesario precisar, en primer lugar, que la Ley N° 21.057 aún no se encuentra en vigencia, pues así se lee expresamente de su artículo primero transitorio, precepto que condiciona su aplicación a la dictación del reglamento respectivo, lo que a la fecha no ha acontecido.*

*Conforme a ello, mal pudo privarse a la defensa de acceder al medio de prueba antes aludido valiéndose de la aplicación de un precepto legal que aún no se encuentra vigente, de modo tal que al haberse presentado acusación por la fiscalía, sin aportar la*

*totalidad de los antecedentes reunidos durante la investigación, se ha infringido lo dispuesto por el artículo 260 del Código Procesal Penal en tal sentido, afectándose con ello la igualdad de armas, desde que se privó a la defensa de acceder a un medio probatoria ofrecido en la acusación, impidiéndosele preparar las correspondientes pruebas de refutación, vulnerándose, en consecuencia, la garantía del debido proceso”.*

De lo resuelto por nuestro máximo tribunal destacamos la consideración de la entrevista grabada en video ofrecida por el ministerio público como un *medio de prueba* y, en lo que nos interesa en este apartado, relevamos que el cuestionamiento que se le efectúa al ente persecutor no dice relación con el emplazamiento o no del imputado para la ejecución de la diligencia investigativa, sino con el derecho de la defensa a acceder a su contenido, analizarlo y refutarlo en la etapa de producción de la prueba ante el tribunal, de tal modo que de habersele dado la copia a la defensa se habría visto satisfecho el principio en cuestión.

Desde otra perspectiva, aún si consideramos que el derecho a defensa se ve mermado por la incorporación de este medio de prueba, esta atenuación del principio contradictorio responde a buenas razones, tal como ocurre con la modificación al artículo 331 del Código Procesal Penal mediante la ley 20.931. Ésta permite incorporar declaraciones o pericias privadas en juicio oral mediante la lectura del registro o del informe, cuando el testigo o perito estuviere imposibilitado de asistir al juicio oral por algún motivo difícil de superar acontecido con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral, y ella sea considerada esencial por el tribunal (art. 331 letra c) CPP). Así las cosas, el legislador ha considerado que en ciertos casos los principios de inmediación y oralidad pueden ceder ante la necesidad de obtener información necesaria para el esclarecimiento de los hechos; en este sentido, el principio de contradicción es derrotable. Siguiendo este razonamiento, si ha de colocarse en la balanza el derecho al contradictorio y la facilitación de la incorporación del relato del NNA, incluyendo la exhibición de la entrevista investigativa videograbada en juicio, como manifestación del derecho a ser oído, aquella ha de inclinarse hacia la primacía de este último; lo que, además, permite al tribunal tener acceso a mayor cantidad de información para resolver el asunto sometido a su conocimiento. En respaldo a esta idea de graduación de la magnitud o intensidad del contradictorio encontramos una sentencia del Tribunal Constitucional, cuyo considerando

quinto reza: “*Que entre las bases del debido proceso, aludidas por el constituyente como las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, se cita generalmente el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir las pruebas. Doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares* (STC 1200, considerando Quinto). Conforme a lo anterior, el contradictorio puede ser modulado sin ser infringido en tanto no deje en indefensión al imputado.

Por último, el gran riesgo que implica la inobservancia del principio de contradicción como integrante del derecho de defensa es la posibilidad de la imposición de una condena errónea (González, 2019: pp. 72-73). Si ilustramos esta garantía como un muro protector frente a la potestad punitiva del Estado que debe ser sorteado para la imposición de una condena, podríamos imaginar que la modulación de aquella implicaría rebajar la altura de ese muro; sin embargo, ello no dejaría en indefensión al imputado en tanto la siguiente barrera se construya con estricto apego a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, esto es, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, que veremos con más detalle al tratar la valoración de la prueba (*infra* N° 3.6.5.).

En relación al *principio de inmediación*, éste se satisface considerando que los referidos videos son incorporados en el correspondiente juicio por medio de su exhibición, donde es apreciado por el tribunal y por los intervinientes, quienes a su turno plantearán los méritos o deméritos probatorios que de ella se desprendan, tal como ocurre con las exhibiciones de fotografías o de evidencia material.

Abona a todo lo dicho el principio de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. La videograbación no tiene una valoración probatoria preestablecida que pudiese inclinar la balanza de modo inevitable hacia la pretensión del persecutor; el tribunal deberá ponderarla según el apoyo que aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto (Ferrer, 2010: p. 8). Conforme a ello, si la EIV carece de fuerza

para dar por sentada alguna de las afirmaciones debatidas, al tribunal ha de desestimarla fundadamente. Privar al sentenciador mediante un control *ex ante* de material que contenga datos para resolver el caso sólo ha de obedecer a fuertes razones, que no se dan a nuestro juicio.

En cuanto a los cuestionamientos sobre la *pertinencia* de este medio de prueba, basta señalar que la videograbación permite exponer el relato de la víctima al inicio de la investigación, su comportamiento y la forma en que se llevó a cabo la diligencia, por lo que aparece como pertinente en la medida que guarda relación con los hechos a probar (Duque, 2015: p. 205).

Por otro lado, el *artículo 334 CPP*, invocado también como obstáculo para la admisibilidad de la entrevista videograbada, es de aplicación restrictiva; el principio es el de libertad de prueba: la prohibición allí señalada afecta exclusivamente a los registros escritos de las actuaciones de investigación, no siendo aplicable a los medios audiovisuales. Ahora, este argumento meramente formal parece insuficiente para hacerse cargo de la limitante en cuestión. Si bien el “nombre” del artículo es: “Prohibición de lectura de registros y documentos”, entendemos que lo relevante acá no es el soporte. El artículo prohíbe incorporar o invocar como medio de prueba los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público, y además prohíbe su lectura en juicio oral, ¿bastaría entonces que el parte denuncia que efectúa un funcionario policial, en vez de mecanografiarlo, lo videograbase y se pretendiese de ese modo introducir su contenido a juicio? a todas luces sería improcedente. Lo relevante acá es la finalidad del artículo 334 CPP; el artículo en revisión busca evitar que el juicio oral se transforme en una mera lectura de la carpeta investigativa, guardando así coherencia con el principio conforme al cual la prueba que ha de servir de base a la sentencia debe ser producida durante el juicio oral con arreglo a las normas sobre oralidad, inmediación, publicidad y contradicción (Horvitz, 2004: p. 318). Siguiendo a Horvitz, los registros y documentos aludidos por la norma son los que regulan los artículos 227 y 228 CPP (2004: p. 318). El primero de ellos ordena al ministerio público a dejar constancia de las actuaciones que realizare, consignándose, a lo menos, día, hora y lugar de realización, quienes hubieren intervenido, y “*una breve relación de sus resultados*”. Así, el ministerio público daría cumplimiento al mandato del art. 227 CPP al dejar constancia por escrito de

haber realizado una entrevista investigativa a una persona en cierto día, hora y lugar y persona a cargo, incorporando un breve resumen de la información recabada; por tanto, la videograbación propiamente tal no quedaría incluida dentro de las hipótesis del artículo 334. En este mismo orden de ideas, la parte final del artículo 228 CPP. dispone que los registros de las actuaciones de la policía no podrán reemplazar las declaraciones de los funcionarios en juicio oral, a fin de evitar la tentación de preconstituir prueba, pero, ¿es lo mismo el documento escrito de un funcionario policial y la entrevista investigativa ordenada por el fiscal, confeccionada bajo ciertos protocolos científicamente validados? Pensamos que no. El estado emocional del funcionario policial es irrelevante, él no está sujeto a programas de reparación, ni le afectan los mecanismos de protección asociados a eventos traumáticos, por lo que llevar a juicio como medio probatorio su primera versión de los hechos registrada y además su declaración en calidad de testigo parece no aportar en modo alguno a la reconstrucción de los hechos.

Entendemos que la incorporación de los registros videograbados de los relatos de las víctimas NNA aporta transparencia al proceso en su conjunto. Así, pensemos en la declaración escrita donde no existe constancia sobre la metodología utilizada por el entrevistador; En ella podrían haber tenido lugar preguntas inductivas que pudiesen haber conllevado inoculación de información, la que a su vez podría haberse incorporado al juicio oral a través de los caminos contemplados en los artículos 331 y 332 CPP.

La libertad de medios y la valoración probatoria racional son funcionales a la garantía epistémica, ya que propenden a la incorporación de la mayor cantidad de información posible, así como a su rigurosa ponderación, mejorando las posibilidades de concluir con certeza el ámbito fáctico (Cerdea, 2012: p.212). Siguiendo a Ferrer, el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio aumenta la probabilidad de que la decisión válida sea también verdadera, y ello es fundamento suficiente para justificar el principio de inclusión (2010: p. 15).

Pensando en futuros debates legislativos, no es baladí que durante la tramitación de la ley se haya mencionado que los sentenciadores iban a acceder a la EIV en toda hipótesis. Esto ocurrió con la incorporación del artículo 12 por indicación de la Cámara de Diputados y suscitó un amplio debate ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en tercer trámite constitucional. Al discutirse, el abogado del Ministerio de

Justicia y Derechos Humanos explicó que el precepto busca, por un lado, fortalecer la entrevista investigativa y, por otro, no afectar el derecho a defensa, desincentivando la presentación de testimonios de oídas que planteen sus apreciaciones sobre la diligencia. Algunos miembros de la Comisión plantearon su preocupación por que la norma no distinga entre los testigos que presenciaron la entrevista investigativa y los que no lo hicieron, y puede además impedir que ellos se explayen sobre hechos que conocen tanto por la entrevista como por otra vía, perjudicando la prueba. A fin de sortear esta inquietud del abogado de la Fundación Amparo y Justicia sostuvo que el precepto parte de la base de que se podrá acceder a la entrevista por parte de los jueces y de los intervinientes y no tiene sentido recibir el testimonio de quienes, de forma presencial o de oídas han conocido su contenido, toda vez que el video contendrá el registro fidedigno de esa actuación y en cuanto al alcance de la prohibición, puntualizó que se refiere al contenido de la entrevista investigativa y no respecto de los hechos sobre los que versa la misma ni la determinación de los partícipes en el delito. Haciendo eco de ello, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Harboe, adujo que los reparos que se han formulado en el debate serían atendibles si no se dispusiera un video de la entrevista, pues en el juicio oral se dispondrá del registro fiel de esa actuación, no siendo necesario el testimonio de oídas de terceros sobre su contenido.

Conforme a lo anterior, el argumento más fuerte esgrimido para la incorporación de las limitaciones plasmadas en el artículo 12 es que el tribunal iba a acceder al contenido fidedigno de la videograbación de la entrevista investigativa videograbada, lo que en verdad es una figura sumamente excepcional.

Consideramos que, si se ha reglado una diligencia esencialmente investigativa con una serie de exigencias que restringen la autonomía del Ministerio Público - ente a cargo de la investigación por mandato constitucional-, ha sido precisamente para realzar el valor de ella teniendo como meta disminuir la victimización secundaria, de modo tal que si la entrevista investigativa videograbada se ha llevado adelante con estricto apego a metodología científicamente validada nos encontraremos ante una fuente rica en información de excelente calidad, que, a todo evento, sería un gran aporte a la labor cognoscitiva del tribunal.

Por otro lado, estimamos que los supuestos de incorporación de la EIV del art. 18

letra b) son absolutamente insuficientes como mecanismo para reducir la revictimización. Recordemos los ejemplos que da la Academia Judicial: “fiebre, descontrol de esfínter o vómitos”; “descontrol emocional o de estrés irremontable través de llanto constante, desesperación, inquietud, temblores, tartamudeo permanente u otros”. Si ha de esperarse que el NNA padezca alguna de estas aflicciones en el Tribunal para recién debatir acerca de la incorporación de la EIV al juicio significa que hemos llegado demasiado tarde y no estamos cumpliendo como Estado con el objetivo primordial de la ley, ni con las directrices del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ni con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño; y con ello, desatendiendo la Convención sobre los Derechos del Niño que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme al artículo 5° de la Constitución Política de la República, la cual ordena a los Estados parte a respetar el “interés superior del niño”.

#### **3.6.4. Producción de la prueba en juicio oral**

Como señalamos más arriba (*supra* N° 3.1.), el legislador se apartó de la idea de una entrevista única y efectuó una clara distinción entre la diligencia consistente en consignar el relato del NNA en sede investigativa (EIV) y la declaración judicial del NNA prestada durante el desarrollo del juicio oral o en el contexto de una declaración judicial anticipada.

Contrario a las pretensiones del ministerio público explicitadas antes de la entrada en vigencia de la ley (Oficio FN N° 574/2016), la regla es la imposibilidad de exhibir la EIV en juicio así como la prohibición de referirse a su contenido, salvo casos excepcionales.

Conforme a al art.18 de este cuerpo legal, *“durante el desarrollo de la audiencia de juicio, el tribunal podrá permitir la exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada sólo en los siguientes casos (...)”*. El tribunal sin lugar a dudas puede evaluar si se da o no el supuesto contemplado en la ley que sirve de fundamento a la petición, no obstante ello, la expresión “podrá permitir” nos plantea una interrogante: al ser una disposición facultativa ¿Puede el tribunal negar la reproducción del video habiéndose acreditado la concurrencia de alguno de los supuestos para ello? Pensamos que sólo podría hacerlo en la medida que el rechazo se funde en una causa legal sobre la base del

incumplimiento de alguno de los requisitos estudiados antes.

Los casos en que es admisible la reproducción de la entrevista investigativa son cuatro, taxativamente señalados en la ley.

a) *Cuando se trate de entrevistas investigativas videograbadas realizadas a niños, niñas o adolescentes que hubieren fallecido, o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio.* Esta hipótesis se basa en la absoluta imposibilidad del NNA para presentarse a declarar, recogiendo el mismo fundamento que sustenta la posibilidad de declaración judicial anticipada prevista en el artículo 191 del CPP.

b) *Cuando se trate de entrevistas realizadas a niños, niñas o adolescentes que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufran una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.* Conforme al Análisis de la Ley 21.057, elaborado por la Academia Judicial, a diferencia del caso anterior, el NNA si concurre al tribunal a prestar declaración, pero estando allí se ve afectado por una situación sobreviniente que le impide mantenerse en el lugar lo necesario, desempeñarse en la instancia con meridiana tranquilidad o regulación emocional, y expresarse. Ello puede deberse – dice el texto - a cuestiones de índole físico, como por ejemplo, que sufra una lesión importante en las dependencias respectivas o el tránsito por ellas, que padezca los síntomas de una enfermedad que se torna invalidante al efecto o severas consecuencias de una afección ya presente pero que por el nerviosismo de la ocasión se profundicen, como fiebre, descontrol de esfínter o vómitos; o de tipo psicológico, también necesariamente ligadas a una intensidad que lleve al NNA a un estado de descontrol emocional o de estrés irremontable, manifestado, por ejemplo, a través de llanto constante, desesperación, inquietud, temblores, tartamudeo permanente u otros, y que plantean un escenario en que iniciar o proseguir la diligencia es derechamente atentatorio a su estado de salud, bienestar e incluso dignidad. Esta incapacidad para declarar debe implicar un obstáculo importante, de gravedad, que marca el desistimiento de la declaración, su frustración o paralización en un comienzo (Iturra y Rosati, 2019: pp.106-107). Esta situación podría considerarse como uno de aquellos casos que el legislador quiso precaver al establecer las hipótesis de prueba anticipada.

La ley no señala quién deberá evaluar al NNA, pero siendo una causa legal que trae

consecuencias procesales, sin duda debe hacerlo el tribunal, sin perjuicio de la información que le puedan aportar los intervinientes, como podría ser alguna evaluación psicológica en crisis efectuada por personal de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la fiscalía.

En estas dos situaciones la reproducción de la videograbación en juicio oral se realiza sin la participación del NNA en juicio.

*c) Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado. En este caso, para autorizar la exhibición del registro será requisito que el niño, niña o adolescente haya declarado previamente en la audiencia de juicio o en la audiencia de prueba anticipada.* Esta regla prefiere a la del artículo 332 del Código Procesal Penal, por abordar la misma materia de forma especial. Una diferencia importante viene dada por la expresión “complementar”, que supera a la expresión “ayudar la memoria” usada por el Código adjetivo. Así, no será necesario que en su declaración el NNA manifieste expresamente haber olvidado lo que ha señalado sobre un determinado hecho; bastaría su omisión para que los intervinientes puedan solicitar al tribunal la exhibición de la entrevista investigativa videograbada, ello sin perjuicio de lo complejo que podría resultar justificar al tribunal en qué punto se ha producido la omisión, asunto que deberá resolverse teniendo siempre presente los principios de la ley, en particular, el derecho a ser oído (*supra* N° 3.2.). También sería aplicable cuando el NNA se desdice de sus afirmaciones, cuando no desea continuar declarando, y, por supuesto, cuando aparecen contradicciones o realiza afirmaciones que no se condicen con otras efectuadas por el mismo en la EIV.

Señala la ley que en esta hipótesis, *toda la confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro videograbado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial. La exhibición de la entrevista investigativa, cuando fuere autorizada, se realizará una vez concluida la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación.* (Art. 18 inc. final). Entendemos que este precepto tiene por finalidad proteger al NNA, evitando exponerle a ataques o a escenarios en que abiertamente se dude de su relato, pero aquello tiene un eventual costo, y es que no tendrá la oportunidad de justificar o dar razones de alguna contradicción o inconsistencia. Sin perjuicio de las observaciones realizados por la Defensoría Penal Pública en orden a criticar las disposición por no permitir a la defensa

evidenciar contradicciones o inconsistencias de manera directa al NNA, lo cierto es que en la mayoría de los casos le bastará reproducir la entrevista investigativa y hacer relucir las contradicciones e inconsistencias para sembrar dudas sobre la credibilidad de la víctima; en ese sentido no requerirá de la presencia del NNA, y éste no tendrá posibilidad alguna de dar explicaciones razonables ante tales cuestionamientos.

En razón de ello vemos que la restricción señalada podría afectar el derecho a ser oído y, además, restar herramientas al tribunal para arribar a una sentencia con sustento científico. Por tal motivo creemos que habría sido preferible dejar margen al tribunal para admitir en ciertos casos la confrontación directa de los dichos del NNA con los vertidos en la entrevista investigativa videograbada con estricto apego a los principios de aplicación, particularmente al de autonomía progresiva y al derecho a ser oído, al menos respecto de los adolescentes, considerando además que es precisamente el rol del juez y del intermediario asegurar que las preguntas sean planteadas en términos que limiten la revictimización.

*d) Cuando se haya citado al entrevistador que haya realizado la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada. En este caso regirá la prohibición dispuesta en el artículo 12, y la declaración del entrevistador y la exhibición del video se limitarán únicamente a informar al tribunal sobre la metodología y técnica empleadas. Además, la exhibición del video se realizará durante la declaración del entrevistador, y en ningún caso podrá sustituir la declaración judicial del niño, niña o adolescente.* En este caso el entrevistador citado a declarar no puede hacerlo en calidad de testigo del relato contenido en la EIV ni en calidad de perito, si no sólo en los restringidos términos indicados en la norma. ¿Cuál es su calidad entonces? Si bien el entrevistador comparte ciertas características del perito en cuanto a poseer conocimientos técnicos especiales en determinada ciencia, oficio o arte; en este caso, sobre obtención de relato por parte de menores de edad, adquiridos durante el proceso de formación y acreditación, su exposición no puede asimilarse a una prueba pericial. Esta última, en el contexto del proceso penal, consiste en la declaración personal del perito, en el juicio, sobre el contenido del informe elaborado por él (Horvitz, 2004: p. 296) o por otro perito de la misma especialidad y del mismo servicio que haya fallecido o se encuentre incapacitado para declarar (art. 329 inc. final); y, por su parte, el entrevistador no es llamado a emitir un

informe con un pronunciamiento desde sus conocimientos técnicos, de modo que su exposición en juicio no reúne las características de este medio de prueba. Por tanto nos inclinamos a considerar su exposición como una prueba testimonial, aunque con características especiales, que recaen únicamente sobre hechos determinados previamente en la ley.

Por último, cabe señalar que sólo los peritos pueden declarar acerca del contenido de la EIV, estándole estrictamente prohibido a los testigos hacerlo (Art. 12). ¿A qué peritos se refiere la ley en esta norma? Entendemos que se refiere a todos aquellos que requieran de la EIV como suministro de información necesario para evacuar un pronunciamiento desde sus conocimientos técnicos especiales dentro del ámbito de su ciencia, oficio o arte, requerido por algún interviniente, a fin de ayudar a esclarecer los hechos.

La ley 21.057 hace mención expresa a los peritajes médico legales y a los peritajes psicológicos (art. 11); pero dicha referencia no implica restringirlos a esas dos áreas, pues no hay ninguna norma en ese sentido; así, por ejemplo, entendemos perfectamente viable que en un delito de estupro se encargue un peritaje social a fin de establecer la existencia de “grave desamparo” para el cual sea necesario contar con el relato de la víctima y hacer mención a él en el juicio oral a fin de sustentar las conclusiones.

Para concluir en lo referente a la exhibición de la entrevista investigativa videograbada en el juicio oral destinaremos algunas líneas a la relación entre el artículo 18 de la ley 21.057 y las hipótesis de reproducción de declaraciones reguladas en el artículo 331 del CPP.

El artículo 18 de la ley subsume varias de las hipótesis señaladas en el artículo 331 CPP, pero no todas.

Así, por ejemplo, si luego de la audiencia de preparación de juicio oral el NNA cambia de domicilio y éste se ignora, se verificaría la hipótesis de la letra e) en relación a la letra a) del artículo 331 CPP, pero no la de la letra a) del artículo 18.

Tampoco permite la ley reproducir la EIV con el acuerdo de las partes y la aquiescencia del tribunal, como si lo permite la letra b) del art. 331 CPP.

También es discutible considerar que el artículo 18 abarque la hipótesis de la letra c) del artículo 331, esto es, la reproducción de la declaración cuando la no comparecencia del testigo fuere imputable al acusado. Ello porque el Código Procesal Penal incluyó la

incapacidad física y mental en la letra a) del artículo 331, situación que es análoga a la prevista en la letra a) del artículo 18, y siendo así, forzosamente la letra c) del artículo 331 tendría un campo de aplicación diferente, no previsto en la ley 21.057. Podría argumentarse que la incomparecencia de la víctima imputable al imputado queda comprendida en la incapacidad física o mental, situación que ha de ser acreditada, lo que implica satisfacer más requisitos que los exigidos por el Código Procesal Penal.

La posibilidad de lectura de declaraciones y peritajes en los términos señalados por el Código Procesal Penal fue una incorporación que tuvo su origen en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. En aquel informe, a propósito de la indicación 58, se planteó por el Honorable Senador Harboe el escenario en el cual no es factible llevar a cabo una prueba anticipada y no es posible contar con el testigo o perito en juicio oral, lo que motivó la introducción de una nueva regulación que admite su lectura en esa instancia.

Sobre este punto resulta interesante lo resuelto por el Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia de veintitrés de enero de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1600081898-8, RIT 1-2017. En el juicio oral que le precedió el Ministerio Público solicitó la incorporación de las declaraciones de dos funcionarios de Carabineros, mediante su lectura, arguyendo que uno estaba con licencia médica y el otro en un paso fronterizo siendo muy dificultosa su comparecencia; y el relato de ambos era determinante para la teoría del caso por cuanto la víctima se había retractado de sus dichos, evento que no pudo ser previsto por el persecutor. Conociendo del incidente, el tribunal razonó señalando que debía propender a obtener la mayor cantidad de elementos probatorios para establecer la verdad jurídica con la mayor cantidad de datos posibles, indicando además que si bien es efectivo que la norma en comento deviene en la imposibilidad para ejercer el contradictorio en el juicio oral, no es menos cierto que se trata de una norma procesal de carácter excepcional, que se puede utilizar sólo en el caso de resultar esencial la incorporación de la declaración de que se trate, cuestión que se deduce de la situación de retractación de la víctima que el persecutor no pudo prever y de la situación particular que presentaban ambos funcionarios aprehensores que hacía muy difícil

su comparecencia ante el tribunal. Ello implicó que el TOP aplicase la regla del art. 331 e) con efecto retroactivo, por cuanto el delito había sido perpetrado antes de su vigencia, sosteniendo para ello que la norma no era más perjudicial para el imputado, por cuanto se trata de una herramienta que puede ser usada por todos los intervinientes.

Conociendo del recurso de nulidad de la sentencia condenatoria antes indicada, la Sala Penal de la Corte Suprema anuló la sentencia y el juicio oral por voto de mayoría, considerando que la ley posterior, en concreto, si le fue más perjudicial al imputado por cuanto éste no estuvo en condiciones de contrainterrogar a los testigos y las declaraciones de éstos sirvieron de sostén para la condena. Para el punto en revisión resulta interesante el voto de minoría que estima correcto el razonamiento del Tribunal Oral actuante, predicando que *éste no infringió los artículos 11 y 331, letra e), del Código Procesal Penal, desde que en la oportunidad de la prueba y en la sentencia se evaluó la cuestión planteada por la defensa, a propósito de la solicitud del Ministerio Público. La conclusión fue desestimar la objeción y recibir la prueba, la que llega al proceso previa evaluación del tribunal –como lo exigen dichos artículos- el que estimó preferente recibir mayor prueba, sin que se haya ofendido la garantía del debido proceso, quedándole libre a la defensa impugnar la valoración de la prueba.*(SCS ROL 4693/2017).

Como puede leerse, el legislador ha asumido que en casos excepcionales se proceda a la lectura de registros, como ocurre con la incomparecencia de testigos y peritos privados por obstáculos difíciles de superar, haciendo primar el principio de libertad de prueba, aumentando así el acervo informativo a disposición del tribunal, y será éste, como señala el voto de minoría, quien en la etapa de valoración de la prueba establecerá el grado de apoyo que da el medio de prueba leído a las hipótesis fácticas confrontadas.

Convengamos que la entrevista investigativa videograbada *es* la declaración del NNA en sede investigativa, y ella es evidentemente reproducible, por lo que satisface la primera exigencia del artículo 331 CPP. Así las cosas, siguiendo la máxima jurídica “donde existe la misma razón, debe haber la misma solución”, no vemos fundamento alguno que justifique las limitaciones anotadas y, por el contrario, al contener la videograbación más y mejor información que el de una declaración escrita, con mayor holgura sortea los cuestionamientos que se le atribuyen a la norma.

### 3.6.5. Valoración de la entrevista investigativa

Nada dice la ley 21.057 sobre la valoración de la entrevista investigativa videograbada como medio de prueba, siéndole aplicable las reglas generales.

Como adelantamos al analizar el principio de contradicción, la aprehensión que implica su morigeración o conculcación es la posibilidad de una sentencia errónea, cuyas implicancias se ven amplificadas cuando se trata de una sentencia condenatoria, al punto de trastocar los cimientos de un Estado de Derecho.

Pero como hemos visto, buenas razones llevan a concluir que en ciertos casos excepcionales este principio se puede ver modulado, haciendo primar otras consideraciones relevantes, como ocurre con la especial consideración que ha de tenerse con niños, niñas y adolescentes que en su calidad de víctima transitan por el proceso penal, sin que ello conlleve la indefensión del encartado, sirviendo como escudo ante una resolución arbitraria las normas y reglas que rigen el proceso decisorio, así como el régimen recursivo.

El baremo de prueba en Chile está dado principalmente por el inciso primero del artículo 340 del CPP, conforme al cual, *nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.*

La exigencia de la razonabilidad de la duda, así como los límites a la libertad de prueba consistentes en el respeto a las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica, contenidos en el artículo 297 del Código; y la necesidad de justificación de los hechos dados por probados, permiten afirmar que nuestro sistema adscribe a un modelo de convicción racional, y por tanto, el estándar de prueba debe tener un marcado contenido objetivo que se centre en el proceso probatorio y no en la cabeza o fuero interno del juzgador (Ayala, 2014: pp. 117-137). Ésta interpretación objetiva resulta coherente, además, con el sistema de control de las sentencias definitivas vía recurso de nulidad, en particular, la causal contenida en el artículo 374 letra e) del código de enjuiciamiento (Báez, 2009: p. 20).

“Cualquier atisbo emanado de la lingüística o de la lógica del razonamiento que pueda encontrarse en el fallo, y que demuestre que el juez ha dudado, ha sido dubitativo o

no estaba plenamente convencido de lo que dice, permitirá, con éxito, anular el fallo por infracción al derecho Constitucional de presunción de inocencia, pues la duda razonable es uno de sus contenidos esenciales, desarrollados legalmente” (Pramps, 2005: p. 102).

Conforme a ello, la entrevista videograbada queda sujeta a las mismas reglas que el resto de los medios de prueba y nada obsta a que el tribunal asimile algunos criterios usualmente utilizados para valorar los testimonios presenciales y los invoque al ponderar el relato videograbado, en tanto ello no vulnere las limitaciones señaladas; por ejemplo, si la víctima estaba ubicado en un lugar que le permitiera observar los hechos reportados, o si tiene el conocimiento necesario para hacer las afirmaciones que hace, o bien si se presentan ambigüedades o contradicciones entre sus distintas partes, o entre el relato y las demás pruebas rendidas (González, 2019: p. 91 y 117).

A continuación expondremos algunas referencias contenidas en sentencias penales en las que se ha valorado la entrevista investigativa grabada en video fuera del marco normativo de la ley 21.057.

**1° TOP de Santiago. RUC: 1900107690-9. 12 de febrero de 2020.**

Considerando 7: (...) *se contó con las afirmaciones de las testigos B.J.C.N, funcionaria de la PDI y C.P.S.O., sicóloga del Ministerio Público, quienes al repetir la versión que les entregó en su oportunidad la ofendida C, y al reproducir, en los momentos en que estas dos testigos deponían en el juicio, los DVD ofrecidos como otros medios de prueba contenedores de la declaración de dicha afectada prestada ante ambas, respectivamente, se observó que la niña indicó que tal hecho ocurrió, en definitiva, el sábado 27 de enero del año 2019.*

*(...) se pudo apreciar por estos jueces que al reproducirse en el juicio las video grabaciones introducidas como otros “medios de prueba” de las entrevistas que dicha niña efectuó, tanto ante la policía B.J.C.N. como ante la sicóloga de la Fiscalía C.P.S.O., C señaló que su padre la tocaba con sus dedos.*

*(...) Incluso, en las oportunidades en que la niña depuso ante las testigos C.N. y S.O., según se observó al reproducirse ambos videos de las respectivas entrevistas, igualmente ella mutaba su estado, iniciando un llanto que obligó a las entrevistadoras también a pausar tales entrevistas cuando abordaba las preguntas que se le realizaron sobre el*

*acometimientto sexual,*

*Es más, ante este tribunal y frente a esas dos entrevistadoras, la menor ilustró de forma conteste, similar y clara los tocamientos de que fue objeto por parte del agresor, al reproducir el movimiento corporal realizado en su persona, esto es, presionando con sus dedos uno de sus brazos, lo que resultó ser una especie de “pellizcos”.*

**TOP de Calama. RUC: 1601078086-5. 28 de marzo de 2018**

Considerando 11: *Luego, se contó con los asertos del psicólogo del Ministerio Público don A.P.I., el cual efectúo una entrevista video grabada el 15 de noviembre de 2.016 a la menor de iniciales J.B.C.O., el cual cumplía la metodología entregada por el protocolo NICHD, con sus distintas fases (...) De ambas probanzas rendidas en juicio, se puede apreciar la metodología, credibilidad y coherencia en el relato que fue entregado por el deponente P.I., el cual se estimó objetivo por los sentenciadores, no evidenciándose la existencia de animadversión en contra del acusado, ello porque solamente cumple su labor de entrevistador para el protocolo NICHD, explicando la metodología utilizada y lo expresado por la niña, que si bien tal declaración es mucho más extensa y rica en detalles a la dada en este juicio, mantiene el mismo núcleo central (...) lo que el Tribunal también pudo evidenciar del video que contenía la primera entrevista efectuada a la menor por el psicólogo de la unidad de víctimas y testigos, lo que implica una mayor verosimilitud.*

**TOP de Valparaíso. RUC: 1500870087-4. 27 de marzo de 2017**

Considerando 12: 1.- *En lo que respecta a que “en éstos el fiscal en entrevista sugestiva e inductiva logra obtener el relato y que en ella la niña no da detalles”, el Tribunal consigna que dicha entrevista es una del tipo investigativa que no posee formalidades en la legislación, aun cuando se recomienda que ésta sea en un ambiente adecuado, que se otorgue libertad para el declarante y no inductiva. Ahora bien, apreciada en su totalidad por estos sentenciadores la video grabación incorporada, en caso alguno el señor Fiscal cometió la falta que se le imputa por el defensor, debe considerarse que en ella aparece una víctima absolutamente afectada, muy avergonzada, triste y llorando, el*

*fiscal debió hacer muchas pausas, sacarla del tema, volverla a encuadrar, hasta le ofreció continuar en otra sesión y en todo momento usó las técnicas reconocidas en el área para que ella pudiera verbalizar lo que le había ocurrido, y en dicho contexto voluntariamente, no coaccionada ni inducida fue capaz de reproducir las situaciones de abuso que la afectaron, mismas que relató mucho más fluidamente en el Tribunal, lo que es lógico y esperable atendido el tiempo transcurrido, porque la video grabada aconteció a menos de una semana de develado los hechos, sin intervención terapéutica, ante un ser extraño, en un sistema de entrevista que le era ajeno, condiciones todas que justifican absolutamente la forma de entregar el relato, por tanto estimamos que lo esbozado por la defensa es una errónea y coartada interpretación de partes de la mentada entrevista, sin considerar el contexto global que los jueces apreciamos.*

*Pretender que una niña de 9 años se siente ante un extraño y relate sin que se le consulte nada un evento vulneratorio es una utopía y lo más probable es que ello correspondiere a un relato inoculado, aprendido y no veraz.*

#### 4. CONCLUSIONES

1. La entrevista investigativa videograbada se configura como una diligencia prioritaria en la etapa investigativa, con una serie de requisitos tendientes a salvaguardar el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y a obtener de ellos los relatos sobre los hechos investigados con la mejor calidad posible, limitando el número de veces en que esta podrá llevarse a cabo a fin de mitigar la revictimización. Bajo esa premisa, se deslinda de la etapa de denuncia y de otras diligencias investigativas, así como de la declaración judicial.
2. Resulta preocupante la extrema rigidez con que se ha regulado la etapa de denuncia, la entrevista videograbada y las demás diligencias investigativas que involucren a NNA, con poco espacio para adecuarse a las circunstancias de flagrancia. La ley regula acotadamente el procedimiento de denuncia bajo la premisa de evitar una reiteración de relatos por parte del NNA, al punto de entorpecer la labor investigativa en casos flagrantes, con riesgo de perderse información gravitante para la comprobación del ilícito y eventualmente tornar inviable la acreditación de los hechos y/o la autoría. Es urgente revisar en profundidad estas limitaciones y efectuar las modificaciones correspondientes de modo que la protección a niños, niñas y adolescentes pueda conciliarse con una investigación eficaz.
3. La videograbación de la entrevista investigativa constituye, bajo ciertas limitaciones y condiciones, un verdadero medio de prueba; y si bien comparte algunas características de la prueba testimonial y de la prueba documental dentro del proceso penal, no es asimilable a ninguna de ellas y se erige, por tanto, como un nuevo medio de prueba, el cual, siguiendo la terminología del Código Procesal Penal, ha de incluirse en la categoría de "otros medios de prueba".
4. La videograbación de la entrevista investigativa, en tanto puede llegar a presentarse en juicio como medio de prueba, debe ser ofrecida por los intervinientes como cualquier otro medio de prueba; de modo tal que su admisibilidad sea debatida en la audiencia destinada naturalmente al efecto, esto es, la de preparación de juicio oral; y con ello precaver incidentes de exclusión en la audiencia de juicio oral. Con esto se propende a lograr mayor certeza en cuanto a los medios con los que contarán los intervinientes en

juicio, de suma relevancia para disminuir la victimización secundaria; aplicar el régimen de recursos en su caso; pedir el sobreseimiento definitivo por exclusión de prueba relevante, y evitar una dilación innecesaria del juicio oral.

5. La regla de inadmisibilidad de la entrevista videograbada como medio de prueba no responde a buenas razones. Su restricción pretende salvaguardar el derecho a defensa, el cual, a nuestro juicio, no se vería conculcado con una regla de admisibilidad más amplia. La morigeración de ciertas herramientas, como participación de la defensa en la ejecución de la entrevista investigativa no conlleva indefensión ni implica una afectación al debido proceso. La defensa siempre podrá cuestionar la EIV en su forma y en su fondo, rendir prueba en contrario, solicitar nuevas EIV si concurren los requisitos legales y reclamar su rechazo injustificado.
6. Por otro lado, existen buenas razones para propender a la incorporación de las entrevistas investigativas grabadas en video, tanto de aquellas realizadas fuera del marco de la ley 21.057 como de las elaboradas bajo esta última regulación, como prueba independiente de la declaración judicial de niños, niñas y adolescentes que tienen calidad de víctimas. La entrevista videograbada contiene información rica en contenido, llevada adelante mediante la utilización de métodos idóneos para obtener la mayor cantidad de información con la menor revictimización posible, fijando el estado de ánimo y actitud del entrevistado a un momento determinado, usualmente cercano a la denuncia, con registro de lo comunicado de manera verbal, para verbal y no verbal; permitiéndole al tribunal tener más elementos de juicio para resolver cada caso, efectuando un control *ex post* a través de las reglas de valoración.
7. Las dos hipótesis que contiene la ley para permitir la incorporación completa de la entrevista investigativa videograbada en reemplazo de la declaración de la víctima son insuficientes para garantizar el derecho de los NNA a ser oídos y para disminuir la victimización secundaria. Así, tener que esperar a que el NNA sufra en el tribunal un ataque de ansiedad para proceder a la incorporación del relato por medio de la exhibición de la EIV parece una solución tardía e inútil para tales fines.
8. La ley 21.057 nada dice sobre la valoración de la entrevista videograbada como medio de prueba y tampoco alteró el régimen de recursos contra las resoluciones judiciales, de modo tal que los límites del sentenciador dados por las reglas de la lógica, los

conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, cobran especial relevancia ante esta fuente de información con características especiales.

9. Por último, podemos afirmar que la ley 21.057 va en el camino correcto en tanto pretende conciliar la labor epistemológica del tribunal, los fines del proceso penal y el derecho de NNA a ser escuchados en instancias judiciales considerando su particular estado de desarrollo frente a delitos altamente sensibles, pero ha quedado margen holgado para seguir avanzando.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros y artículos

- Accatino Scagliotti, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal” en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVII, Valparaíso, pp. 483-509.
- Ayala Leguas, José Luis (2014): *Duda razonable*, Librotecnia, Santiago.
- Báez Reyes, Danilo (2009): “¿Estándar de convicción o arbitrariedad judicial? Bases y propuesta para la interpretación del estándar de “duda razonable” en el Código Procesal Penal” en *Gaceta jurídica*, Legal Publishing, N° 354, Santiago, pp. 7-23.
- Cerda San Martín, Rodrigo (2012): “La averiguación de la verdad como fin del proceso penal”, en *Revista de la Justicia Penal*, n. 8, Santiago, pp. 199-214.
- Díaz Uribe, Hugo (2009): *Prueba Documental*, Librotecnia, Santiago.
- Duque González, Catalina (2015): “Entrevista investigativa de niños, niñas y adolescentes”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 63, Santiago, pp. 199-212.
- Ferrer Beltrán, Jordi (2003): “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales” en *Revista Jueces para la democracia*, n° 47, Madrid, pp. 27-34.
- Ferrer Beltrán, Jordi (2010): “La Prueba es libertad pero no tanto. Una Teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. 1ª ed., Legal Publishing Chile, Santiago.
- Fundación Amparo y Justicia (2016): *Entrevista Investigativa Videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- González Ramírez, Álvaro (2019): *La participación de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en el proceso penal*. Círculo Legal Editores, Santiago.
- Hermosilla Iriarte, Francisco (2006). *Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal*, Librotecnia, Santiago.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2004): *Derecho procesal*

*penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- Iturra Lizana, Carlos, y Rosati Jerez, Nora (2019): *Análisis de la Ley 21.057*. Corporación Administrativa del Poder Judicial, Santiago.

- López González, José Ignacio (2008): *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, en Sapag, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio Comparado” en *Diakon*, Año 22, Núm 17, Chía, pp. 157-198.

- Menes Pacheco, Claudio (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Ius et Praxis* [online], vol.14, n.2, pp.43-86. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003>.

- Menes Pacheco, Claudio (2017): *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*. Thomson Reuters, Santiago.

- Miranda Estrampes, Manuel (2015): “Regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal”, en *Prueba ilícita. Parte 1, Doctrina y Jurisprudencia Penal* n° 21, Thomson Reuters, Santiago, pp. 21-54.

- Prams Julián, Claudio (2005): *El control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales*”, Sociedad Editora Metropolitana, Santiago.

- Ravetllat Ballesté, Isaac, & Pinochet Olave, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”, en *Revista chilena de derecho*, n° 42(3), Santiago, pp. 903-934. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>

- Reinhardt, Paul H (2009): “El uso de asistencias testimoniales en tribunales adaptados a los niños: la experiencia canadiense”, en *Acceso justicia niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, Argentina: Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (JUFEJUS) y UNICEF, pp. 83-112.

- Sapag, Mariano A. (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio Comparado”, en *Dikaion*, Año

22, Núm 17, Chía, pp. 157-198.

- Torres Hermosilla, Javiera (2019): *Delitos sexuales en el sistema procesal*. Hammurabi, Santiago.

## II. Documentos

- Cámara de Diputados (2011): Boletín Legislativo N° 7538-07.

- Centro de Documentación Defensoría Penal Pública (2015): “Derechos humanos y juicio penal en Chile”, en *Revista de estudios y capacitación* N° 9, Diciembre, 2015.

- Centro de Medición MIDE UC (2009): Informe de Estudio para la Fundación Amparo y Justicia. *Percepción de los procesos de Investigación y Judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en la Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío.*, Santiago de Chile.

- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2007): Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales, 23 de abril de 2007.

- Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2013): Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

- Consejo Económico y Social (2005): *Resolución 2005/20*, 22 de julio de 2005.

- Diario El Centro, versión electrónica, 17 de octubre de 2016, Página 11. Disponible en [https://issuu.com/diarioelcentro/docs/diario\\_7428d382d43c4f/11](https://issuu.com/diarioelcentro/docs/diario_7428d382d43c4f/11) [última visita 23/5/2020].

- Ministerio Público (2009): Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Oficio del Fiscal Nacional N° 160/2009, de 30 de marzo de 2009.

- Ministerio Público (2015): Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Oficio del Fiscal Nacional N° 914/2015, de 17 de noviembre de 2015.

- Ministerio Público (2019): Instrucción general que imparte criterios de actuación

en delitos sexuales. Oficio del Fiscal Nacional N° 892/2019, de 30 de septiembre de 2019.

-Ministerio Público (2016): Oficio FN N° 574/2016, Emite observaciones respecto de indicación al Proyecto de Ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales (boletín 9245-07).

- Senado (2014): Boletín legislativo N° 9.245-07.

- Subcomisión para la implementación de la Ley N° 21.057, de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal (2019): Protocolo del artículo 31 letra A) de la ley n° 21.057, sobre los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la Ley N° 21.057.

- Subcomisión para la implementación de la Ley N° 21.057, de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal (2019): Protocolo del artículo 31 letra i) de la ley n° 21.057, sobre las características de las entrevistas, las que 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.

- *Protocolo IBEROAMERICANO de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. Santiago de Chile, 2014

### **III. Jurisprudencia.**

- Sentencia Tribunal Constitucional 821, del 1° de abril de 2008.
- Sentencia Tribunal Constitucional 1200, del 10 de marzo de 2009
- Sentencia Tribunal Constitucional 2921, del 13 de octubre de 2016
- Sentencia Tribunal Constitucional 3309 del 19 de octubre de 2017
- Sentencia Corte Suprema ROL 528-2011, del 11 de abril de 2011.
- Sentencia Corte Suprema ROL N° 4693-2017, del 21 de marzo de 2017
- Sentencia Corte Suprema ROL N° 5401-2019, del 4 de abril de 2019.

- Sentencia Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL 215-2016, del 05 de septiembre de 2016.
- Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1315-2011, del 25 de octubre de 2011.
- Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 673-2012, del 04 de junio de 2012.
- Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL 2858-2016, del 16 de enero de 2017.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3345-2013, del 06 de enero de 2014.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL 721-2017, del 8 de mayo de 2017.
- Sentencia TOP de Calama, RUC: 1601078086-5, del 28 de marzo de 2018
- Sentencia 1º TOP de Santiago, RUC: 1900107690-9, del 12 de febrero de 2020.
- Sentencia TOP de Valparaíso, RUC: 1500870087-4, del 27 de marzo de 2017

#### **IV. Textos normativos**

- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Código Penal.
- Código Procesal Penal.
- Ley N° 21.057.
- Ley N° 19.799.
- Reglamento N° 13/2009 de la ley N° 20.285.



00417999



MAG  
B982e  
2020

**CB 00417999**  
RU 282933

**Bustos Ibarra, Alejandro**  
La entrevista investigativa videogra-  
Bada como medio de prueba

NOMBRE DEL LECTOR

Fecha devol.

MAG  
B982e  
2020

**CB 00417999**  
RU 282933

**Bustos Ibarra, Alejandro**  
La entrevista investigativa videogra-  
Bada como medio de prueba