



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

PROTECCIÓN INTEGRAL A MENORES DE EDAD VÍCTIMAS
DE DELITOS EN SEDE JUDICIAL.

**Antecedentes normativos y análisis crítico a la ley N° 21.057, sobre
entrevistas grabadas en video a niños, niñas y adolescentes víctimas de
delitos sexuales.**

FELIPE GOTSCHLICH SAJNE

RODRIGO QUEVEDO TELLO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Director de memoria: Matías Silva Alliende

Co-director de memoria: José Ignacio Núñez Leiva

Santiago, Chile

2018

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN.	3
2. NOCIONES GENERALES.	4
2.1. LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS: BASES PARA UNA PROTECCION INTEGRAL.	4
2.2. VICTIMIZACION SECUNDARIA ANTE LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL: "SITUACION IRREGULAR" DEL SISTEMA JUDICIAL.	10
2.3. EL ESTATUTO DE PROTECCION ESPECIALIZADO.	18
2.4. COLISION DE DERECHOS EN LA PROTECCION CONTRA LA VICTIMIZACION SECUNDARIA.	26
3. MARCO JURIDICO INTERNO.	33
3.1. LA PROTECCION DE LOS MENORES VICTIMAS EN EL PROCESO PENAL: ANTECEDENTES A LA LEY Nº 21.057.	35
3.2. ANÁLISIS DE LA LEY Nº 21.057.	39
3.2.1. ASPECTOS GENERALES.	39
3.2.1.1. PRINCIPIOS ORIENTADORES.	39
3.2.1.2. PERSONAS OBJETO DE PROTECCION.	45
3.2.1.3. CATÁLOGO DE DELITOS.	47
3.2.1.4. EL ENTREVISTADOR ESPECIALIZADO.	48
3.2.1.5. LA SALA ESPECIAL.	53
3.2.1.6. MEDIDAS DE PROTECCION EN FAVOR DE LOS NNA.	54
3.2.2. LA DENUNCIA.	59
3.2.2.1. RECEPCION DE LA DENUNCIA.	60
3.2.2.2. PLAZO PARA COMUNICAR LA DENUNCIA AL MINISTERIO PÚBLICO.	61
3.2.2.3. OTRAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACION Y ADOPCION DE MEDIDAS DE PROTECCION Y ASISTENCIA AL NNA VICTIMA O TESTIGO.	63
3.2.3. LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.	63
3.2.3.1. OBJETO DE LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.	64
3.2.3.2. OPORTUNIDAD DE LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.	65
3.2.3.3. DESARROLLO Y SUSPENSION DE LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.	67
3.2.3.4. REALIZACION DE OTRAS ENTREVISTAS INVESTIGATIVAS VIDEOGRABADAS.	68
3.2.3.5. REALIZACION DE OTRAS DILIGENCIAS INVESTIGATIVAS.	69
3.2.3.6. PROHIBICION DE REFERIRSE AL CONTENIDO DE LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.	70
3.2.4. LA DECLARACION JUDICIAL.	71
3.2.4.1. OBJETO Y DESARROLLO DE LA DECLARACION JUDICIAL.	71

3.2.4.2. REPRODUCCIÓN DEL REGISTRO DE LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA EN EL JUICIO ORAL.	73
3.2.4.3. DECLARACIÓN JUDICIAL VOLUNTARIA DE LOS ADOLESCENTES.	74
3.2.5. LA DECLARACIÓN JUDICIAL ANTICIPADA.....	75
4. CONCLUSIONES.....	77
5. BIBLIOGRAFÍA.....	87

1. INTRODUCCIÓN.

Creemos del todo necesario explicar las razones por las cuales nos llevaron a elegir esta temática como eje fundamental de nuestra tesis. Es fácil imaginar lo complejo que es ser víctima de un delito, cuyas consecuencias no sólo se restringen al mal ocasionado, sino que se pueden extender a la experiencia de ser parte de un proceso penal. Dichas consecuencias negativas son, sin duda, aún más gravosas si la víctima del delito es un niño o niña.

Nuestra tesis ha querido servir como herramienta que permita entender el fenómeno de la victimización secundaria y sus efectos en los niños, niñas y adolescentes en el marco de la doctrina de la protección integral.

Además, de comprender la imperiosa necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias que la sociedad, cuyo dinamismo ahoga por momentos la legislación vigente, exige en cuanto al trato que los niños, niñas y adolescentes dentro del proceso penal.

Intentaremos construir el marco teórico de la presente tesis, a través el desarrollo de la doctrina de protección integral y el impacto que tiene respecto a la concepción moderna de los menores y su derecho de acceso a la justicia.

Analizaremos el fenómeno de la victimización secundaria en sede judicial, como una manifestación de violencia institucional y la eventual vulneración a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. No basta con reconocerlos como sujetos plenos de derecho, es menester darles, con sujeción al principio de igualdad, un tratamiento que garantice el pleno acceso a la justicia sin que ello signifique ocasionar menoscabos a su persona. Es decir, la consideración que los intervinientes en proceso penal deban tener en relación con los niños, niñas o adolescentes no se circunscriban solamente a la calidad de víctima sino, también a la naturaleza misma de su condición de niño, niña o adolescente.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos pertinente identificar y analizar los factores que inciden en el surgimiento del fenómeno de revictimización dentro del sistema, particularmente relacionados a falta de especialización en el sistema de justicia y profesionalización de sus intervinientes, como también la

problemática jurídica que implica proteger el bien superior de los menores dentro del proceso penal.

Desarrollado nuestro marco teórico, realizaremos un análisis crítico a la ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video, y otras medidas de resguardo a menores víctimas de delitos sexuales. Consideraremos los puntos críticos de esta normativa, para determinar si esta logra ajustarse adecuadamente a los mandatos propuestos por la doctrina de la protección integral, y reconocer si esta ley pondera correctamente los intereses en colisión, según los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, entregando para ello las alternativas que, a nuestro juicio, se ajustan a las exigencias requeridas.

2. NOCIONES GENERALES.

2.1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: BASES PARA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 (en adelante la “Convención” o CDN), significó un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la niñez. Dicho cambio trajo consigo un nuevo entendimiento del concepto de infancia, dejando atrás un modelo que consideraba a los menores como objetos de tutela y protección segregativa¹, para comenzar a considerarlos como sujetos plenos de derechos, a quienes, adicionalmente, se les reconoce un conjunto de derechos específicos asignados en atención a su condición especial de personas en etapa de desarrollo.

El redescubrimiento del menor como persona ha sido un hito fundamental en el desarrollo de los derechos humanos, pues los posiciona en el centro de la discusión humanista, haciéndolos acreedores del amplio espectro de derechos fundamentales que han sido formulados en función del reconocimiento y la promoción de la dignidad humana.

¹ BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. **Justicia y Derechos del Niño** (Nº 1) [En línea]. Santiago. UNICEF - Ministerio de Justicia, 1999, p. 10. [Consulta: 10/Mayo/2018] Disponible en: <http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_N_1.pdf>

Como manifiesta el profesor Humberto Nogueira, la dignidad de la persona es aceptada socialmente como el valor supremo del Estado de Derecho y es el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todos los ordenamientos constitucionales democráticos. Esta es la fuente de todos los derechos fundamentales y el axioma principal de todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma².

Por ello, al otorgar la Convención al menor el estatuto de persona plena de derechos, este pasa a ser considerado un fin en sí mismo e impide que sea considerado un instrumento o medio para otro fin, además de reconocerle su capacidad de autodeterminación y libertad en el desarrollo de su personalidad. Este cambio de paradigma cimentó las bases para la estructuración de la denominada “**doctrina de la protección integral de la infancia**”³, corriente dogmática de amplia aceptación universal que ha nutrido al derecho internacional en la formulación de un estatuto especializado para la protección y promoción de la dignidad de todos los menores desde un enfoque multidisciplinario.

Aunque no existe consenso acerca del concepto de esta doctrina, entendiéndose esta como una institución dinámica, una correcta aproximación la entiende como “el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.”⁴

² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. [En línea] [Consulta: 11/Octubre/2018] Disponible en: < <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf> >

³ La “doctrina de la protección integral” significó un avance dentro del entendimiento jurídico y social de la infancia, dejando atrás un modelo tutelar y paternalista que rigió en Latinoamérica durante la mayor parte del siglo XX denominada como la “doctrina de la situación irregular”. Para más información respecto a ambos modelos, ver: BELOFF, Mary. Ob. cit., pp. 9 – 21.

⁴ BUAIZ, Yuri. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones [en línea]. Ministerio de Salud – Dirección de Servicios de

El modelo de protección integral incentiva la adopción de políticas públicas de carácter universal que permitan garantizar el debido respeto de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, así como la adopción de medidas de protección focalizadas a quienes se encuentran en una situación agravada de vulnerabilidad. Su desarrollo nutre el contenido del *bloque constitucional de derechos fundamentales*⁵ que limitan a la soberanía estatal en el resguardo de la dignidad de los menores.

En el marco de esta doctrina se encuentran un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales vinculados o *corpus iuris* enfocado al reconocimiento y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Entre estos, destacan:

- Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 (CADH).
- Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1980.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985 (Reglas de Beijing).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad de 1990 (Reglas de Tokio).
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad de 1990 (Reglas de la Habana).
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (Directrices de Riad).

Salud, Costa Rica. [Consulta: 12/Mayo/2018] Disponible en:
<https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninez_unicef.pdf>

⁵ El profesor Nogueira define esta institución en los siguientes términos: “[...] *el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos como son el derecho convencional, los principios de ius cogens, como los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH.*” NOGUEIRA A., Humberto. Op. cit., p. 12.

- Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 2005.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad de 2008 (Reglas de Brasilia)
- Decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (Comité de los Derechos del Niño).

Cabe advertir, como bien lo ha señalado Mary Beloff, que la doctrina de la protección integral no se agota en los instrumentos previamente mencionados y debe ser comprendida más bien como una noción abierta, de naturaleza dinámica, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares⁶. A ella se adhieren a todos aquellos instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos de alcance general y no sólo aquellos directamente orientados a la protección de la infancia. Idea reforzada por lo señalado por el profesor Nogueira, quien, al referirse al bloque de derechos fundamentales, señala que esta limitación a la soberanía no está constituida únicamente por los derechos reconocidos en el derecho positivo, sino que se encuentra abierto al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales que emanan del respeto por la dignidad humana⁷.

El paradigma constituido por la doctrina de la protección integral no se limita a la sola comprensión de los NNA como sujetos de derechos y la contemplación de un sistema de protección meramente teórico y abstracto, sino que busca concretar esta idea a través de un conjunto de principios orientadores, normas, garantías y protocolos que deben ser considerados por los Estados en la adopción e implementación de políticas públicas que puedan afectar a menores, a fin de garantizar su pleno desarrollo físico, mental y moral, en el marco de una sociedad constituida como garante de sus derechos.

⁶ BELOFF, Mary. Ob. cit., pp. 16 – 17.

⁷ Cfr. NOGUEIRA A., Humberto. Ob. cit., p. 13

En este sentido, en la Convención destacan cuatro principios rectores que fijan las bases de una protección integral:⁸

- **Principio de igualdad y no discriminación** (art. 2º)
- **Principio de interés superior del niño** (art. 3º)
- **El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo** (art. 6º)
- **Derecho a ser oído** (art. 12º)

El objeto de estos principios es promover el pleno respeto de los NNA como titulares de derechos, los que concatenados responden al interés superior de los menores, como principio de aplicación general que cuenta con una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento⁹.

Como señala Miguel Cillero, estos principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos¹⁰. Estos principios recogen en sí mismos al vasto cuerpo de derechos fundamentales reconocidos a todas las personas y a la infancia en particular, formando un sistema especializado que orienta la implementación de medidas destinadas a la promoción y protección de su dignidad.

Adicionalmente, resultan particularmente relevantes la obligaciones prescritas en los artículos 19 y 39 de la CDN, mediante los cuales los Estados contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, las que deben comprender programas y procedimientos eficaces, lo que se extiende incluso a la intervención judicial y, conjuntamente, adoptar toda medida apropiada para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de

⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, CRC/GC/2003/5, 2003, párr. 12

⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013): Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una preocupación primordial. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 6

¹⁰ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño** (N° 1). Ob. cit., p. 53.

cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 39).

Para el modelo constituido por el paradigma de la protección integral, constituye fuente primaria de vulneración todo actuar que someta el bienestar e interés superior de los menores ante la satisfacción de intereses particulares o colectivos distintos. Vulneraciones que son ejecutadas por instituciones y adultos que se encuentran actualmente en una “situación irregular”, que impide la plena satisfacción de los derechos de los menores con los que se vinculan¹¹.

Esta situación irregular se debe a la permanencia de legislaciones y políticas públicas basadas en las antiguas nociones tutelares de los menores, donde el respeto y ejercicio de sus derechos son llevados al segundo plano en aras de una vaga protección de su interés superior. Una evidente manifestación de lo anterior se presenta en el funcionamiento actual de los sistemas judiciales, los cuales han requerido importantes reformas para ajustarse adecuadamente a los mandatos de la protección integral y al sistema internacional de los DD.HH.

La lenta adecuación de los ordenamientos internos a los mandatos de la CDN por ciertos países, ejecutada principalmente a través de procesos de reformas fragmentarias, no permiten hablar de una adecuación sustancial sino meramente formal, que ha permitido la formación de un estado de legalidad antinómica en los estatutos de protección a menores, nacido de la coexistencia de dos regímenes sustancialmente opuestos, en los cuales los nuevos mandatos se han intentado ajustar a las antiguas instituciones.

A continuación, intentaremos informar sobre uno de los fenómenos que han preocupado a la dogmática jurídica actual en materia de protección a los NNA ante los perjuicios causados por el intervencionismo estatal en sede judicial. Las vulneraciones sistemáticas a los derechos de la infancia que ha sido capaz de causar el aparataje judicial sobre ciertos menores en condición de vulnerabilidad, han obligado a los Estados a reforzar los sistema de garantías de menores que han sido víctimas de delitos particularmente graves, pues, como expondremos

¹¹ BELOFF, Mary. Ob. cit., p. 18.

enseguida, su participación ha sido instrumentalizada y dejada a la discreción de operadores, que más que protectores, se presentan como victimarios de una particular forma de violencia institucional.

2.2. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA ANTE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL: “SITUACIÓN IRREGULAR” DEL SISTEMA JUDICIAL.

La victimología moderna ha advertido acerca de la existencia de ciertas instancias que pueden aumentar las consecuencias negativas directas del delito sobre la víctima, fenómeno que ha sido catalogado como “**victimización secundaria**” o “**revictimización**”. Este se refiere a “*la victimización que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva sino a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima*”¹².

Esta forma de victimización aparece como una consecuencia de la incorrecta reacción hacia la víctima por parte de las distintas instancias sociales e instituciones que se relacionan con ella después de ocurrido el delito. Entre estas instancias se encuentran la familia, la comunidad, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a la víctima y las instituciones estatales encargadas de perseguir el delito en cuestión¹³.

Normalmente, sin embargo, la victimización secundaria ocurre porque aquellos actores judiciales que participan en los procedimientos de justicia penal, lo hacen sin considerar adecuadamente los derechos humanos de la víctima¹⁴. Esta se puede producir en distintos momentos del procedimiento: la denuncia, la toma de

¹² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). Manual de Justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para víctimas de delito y abuso de poder [En línea]. Nueva York. Naciones Unidas, 1999, p. 14. [Consulta: 11/Julio/2018] Disponible en: <<http://www.worldsocietyofvictimology.org/publications/Handbook%20on%20Justice%20Sp.pdf>>

¹³ MIRANDA, Mayra. Victimización Secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una aproximación narrativa (Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología, mención Psicología Clínica Infanto Juvenil). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales - Facultad de Medicina, Escuela de Postgrado, 2012, p. 58.

¹⁴ UNODC. Ob., cit., p. 14.

declaración, la investigación, la prueba, el juicio, la sentencia; y ello se da por distintas razones:

- Toma repetida de declaraciones;
- Sometimiento a múltiples interrogaciones y exámenes forenses;
- Cuestionamientos sobre la veracidad de la denuncia y su relato;
- Relación forzosa con funcionarios incapaces de reconocer y atender a sus necesidades;
- Confrontación de la víctima con el victimario en el juicio oral;
- Desinformación acerca del estado de su juicio;
- Excesiva lentitud del procedimiento penal;
- Falta de infraestructura adecuada para proteger su bienestar y privacidad;
- El hostil ambiente del modelo acusatorio adversarial, donde los intereses de las víctimas se ven supeditados a los objetivos generales del *ius puniendi*.

El surgimiento de la victimización secundaria como violencia institucional constituye un problema de orden jurídico de preocupante vigencia, ya que su manifestación se impone como una grave vulneración de los derechos humanos de la víctima y la negación violenta de su dignidad.

En efecto, el reconocimiento de la dignidad humana mediante los DD.HH., no solo ha producido un redescubrimiento del menor, sino que ha puesto en evidencia la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima con ocasión de su intervención frente al aparato judicial. Esta constatación ha llevado a reformular los criterios dominantes del saber penal hacia la victimología, reconociéndoseles actualmente un catálogo de derechos fundamentales específicos que limitan al poder punitivo e imponen un conjunto de obligaciones dispuestos para proteger eficazmente su dignidad humana y un acceso efectivo a la justicia.

En este sentido, la víctima debe ser concebida como un fin en sí mismo, que no puede ser utilizada como instrumento para la persecución penal, ni aún con el pretexto de una investigación penal rigurosa. Tomando en cuenta estos antecedentes, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su **Declaración**

sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder de 1985, recomendó a los Estados Partes crear sus marcos normativos de protección a la víctima dentro de los procesos judiciales, reconociéndole, sin discriminación alguna, los siguientes derechos:

- Derecho al acceso a la justicia y trato justo.
- Derecho al resarcimiento.
- Derecho a la indemnización.
- Derecho a la asistencia judicial, económica, médica, psicológica y social.

Antes de continuar, es fundamental entregar una aproximación a lo que se entiende por derecho de acceso a la justicia. Tal como expresa la abogada y representante de Unicef, María de Jesús Conde, el derecho de acceso a la justicia se refiere al conjunto de derechos y garantías que los Estados deben asegurar a sus ciudadanos, sin incurrir en discriminación arbitraria alguna, para que estos puedan acudir ante los órganos de administración de justicia a resolver sus conflictos jurídicos y obtener una sentencia conforme a derecho. Este derecho tiene contenido amplio, siendo algunas de sus manifestaciones: la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso¹⁵.

Es primordial concebir el acceso a la justicia como un principio básico dentro de un estado de derecho y un derecho fundamental del que es titular todo individuo en razón de su dignidad, que le permitirá proteger y restablecer el legítimo ejercicio de otros derechos fundamentales que se encuentren vulnerados o amenazados, a través de recursos judiciales efectivos e idóneos. Su fundamento normativo se puede encontrar en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de DD.HH. y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de DD.HH.

¹⁵ CONDE, María de Jesús. El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes. **Revista IIDH** (Nº 50) [En línea]. Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 191-208. [Consulta: 25/Septiembre/2018] Disponible en: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf>>

El derecho al acceso a la justicia obliga a los Estados a garantizar que toda persona tenga la posibilidad de acceder a los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos en condiciones de plena igualdad. Ello significa que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos humanos de la víctima, sino que se trata de un imperativo para la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del titular del derecho, que permitan igualar las condiciones en que cada particular accede a la justicia.

De este modo, si entendemos que el fenómeno de la revictimización es principalmente una forma de violencia institucional ejercida por los sistemas judiciales contra la víctima, debe afirmarse que el derecho al acceso a la justicia se encuentra siendo transgredido por el mismo poder público. Los efectos de este fenómeno generan sobre la víctima un sensación de indefensión, con la cual aumenta la desconfianza hacia los sistemas de justicia, lo que se traduce en reticencias a efectuar la denuncia, continuar con ella, participar en el proceso, o bien, aumenten las probabilidades de que la víctima se retracte de la denuncia, lo que dejará, en definitiva, el crimen impune y a la víctima sin justicia. Por lo tanto, para otorgar el acceso a la justicia igualitario, corresponde a los Estados el diseñar procedimientos judiciales definidos también por los derechos de las víctimas, y no sólo por los derechos del imputado y el ente acusador.

Como una respuesta a los antecedentes descritos, la comunidad internacional ha enfocado sus esfuerzos para prevenir la victimización secundaria y limitar su potencial afectación, instando a que los Estados adopten ciertas medidas especiales que tienen por objeto ajustar los procesos penales para que sean aptos y, de esta forma, garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial, un pleno acceso a la justicia, sin tener que sufrir nuevos perjuicios ni estrés por su participación en ellos. Entre las medidas de resguardo podemos destacar: reducir el tiempo de tramitación de las causas y la excesiva instrumentalización de la víctima; contar con personal especializado en materias de entrevistas a víctimas; instaurar un modelo de atención interdisciplinario que pueda trabajar de manera coordinada con todas las instituciones involucradas en los procesos de

investigación, juzgamiento y recuperación; adaptar los espacios físicos y el equipamiento técnico de los tribunales, a modo de asegurarle a la víctima un espacio que resguarde su integridad, privacidad y seguridad; evitar el contacto directo con el presunto victimario, etc.

Sin desatender que esta forma de vulneración de derechos humanos se puede manifestar contra toda víctima cuando se ve enfrentada a la hierática naturaleza de los sistemas de justicia modernos, para el paradigma de la protección integral, esta violencia institucional debe ser considerada especialmente gravosa cuando se trata de niños, niñas y adolescentes que han sufrido o presenciado delitos graves.

Desde su relativa incapacidad para proteger sus derechos directamente, los menores de edad se encuentran en una particular condición de vulnerabilidad, que les dificulta afrontar las difíciles consecuencias que el delito y el procedimiento penal pueden tener sobre su bienestar y desarrollo personal. En este sentido, la tesis magistral de la psicóloga chilena, Miranda Mayra, rescata correctamente una cita que describe este fenómeno sobre menores de edad:

“Es más, el espacio judicial puede aumentar el nivel de estrés del niño y disminuir incluso su capacidad para aportar un testimonio exacto. La denuncia y la consiguiente actuación judicial (en concreto, la repetición de los interrogatorios, las exploraciones reiteradas y la demora del proceso) pueden suponer un suplicio añadido al de los propios abusos y agravar las secuelas psicológicas y hasta físicas que los menores padecen. El temor más importante del niño es a no ser creído. Si bien la intervención judicial está regulada a través de los textos legales, no por ello debe aplicarse de forma mecánica, sin la consideración específica e individual de la víctima, máxime cuando se trata de un menor. Las respuestas institucionales deben huir de la rigidez y la generalización, adaptándose a las circunstancias específicas del menor, para lograr una justicia en la que la protección y la reparación encuentren un acomodo fértil.”¹⁶

En el marco de la doctrina de la protección integral, los elementos descritos ponen a las instituciones encargadas de participar en la administración de justicia

¹⁶ ECHEBURÚA, E. & SUBIJANA, I. Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente, 2008. En: MIRANDA, Mayra. Ob. cit. pp., 58-59.

en un estado de irregularidad, contrario a los estados de derecho democráticos que se han configurado como garantes de la infancia y los DD.HH. La generación de victimización secundaria sobre los menores de edad ha sido una creciente preocupación dentro del motor de los derechos de la infancia, pues, como afirma Beloff, para asegurarles un efectivo acceso a la justicia, la víctima menor de edad debe ser titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña¹⁷.

Dentro de algunos instrumentos internacionales que han reconocido la necesidad de otorgarles una doble protección jurídica, podemos destacar el papel de las **Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas** del año 2005. Estas directrices reconocen la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad y la probabilidad de que sufran nuevas formas de victimización dentro de los sistemas judiciales.¹⁸

Utilizando como principios orientadores la dignidad, la no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la participación, las Directrices formulan un conjunto de medidas de protección sobre ciertos derechos específicos, los cuales deben ser respetados por los profesionales¹⁹ de los sistemas de justicia que entren en contacto con menores víctimas y testigos de delitos, a fin de conferirles un pleno ejercicio de sus derechos a la información, participación, protección, reparación y asistencia.

¹⁷ BELOFF, Mary. El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado. **Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia.** Argentina. JUFEJUS – ADC – UNICEF, 2009, p. 23.

¹⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ECOSOC), Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Nueva York. Naciones Unidas, 2005, Capítulo II, Consideraciones especiales, párr. 7, letra b).

¹⁹ Las Directrices definen “profesionales” como: “[...] 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 y para quienes sean aplicables las presentes Directrices. Este término incluye, aunque sin limitarse sólo a ellos, a: 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, en su caso, abogados defensores, 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 físicos y trabajadores sociales”. *Ibíd.*, Capítulo IV, Definiciones, párr. 9.

Asimismo, las Directrices se refieren a la especial capacitación que se requerirá de los sistemas de justicia y reparación, así como de los profesionales que trabajen con menores víctimas y testigos de delitos, para lo cual “[...] cada jurisdicción deberá asegurarse de que cuenta con procedimientos adecuados de capacitación, selección y de otra índole a fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede cuando los niños, y en especial las niñas, son objeto de agresión sexual.”²⁰

Por su parte, la comunidad judicial iberoamericana también manifestó su preocupación por prevenir este particular fenómeno sobre las personas más vulnerables, a través de las **100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008. Este instrumento se fija como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es decir, “[...] *aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*”²¹

Estas reglas expresan la necesidad de configurar los sistemas judiciales como órganos capaces de tutelar efectivamente los derechos de todas las personas en condición de vulnerabilidad, tomando medidas que se adapten a cada condición distinta, a través de una asistencia técnico-jurídica especializada y de calidad.

La Cumbre, a través de 100 reglas que buscan establecer los parámetros axiológicos de protección a los derechos humanos de personas en condición de vulnerabilidad dentro los sistemas judiciales iberoamericanos, establece nociones generales para la determinación de factores de vulnerabilidad, y en virtud de ellas, reafirma el deber de los Estados de prevenir la generación de victimización

²⁰ *Ibíd.*, Capítulo I, Objetivos, párr. 4.

²¹ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (XVI). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Brasilia, Brasil. 2008. Regla N° 3.

secundaria, procurando “[...] que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)”²². Para ello, los Estados deberán “[...] garantizar en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida [...]. También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial.”²³

En el plano de la protección de menores, las reglas estipulan que “todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en atención a su desarrollo evolutivo”²⁴ y, nutriendo a la doctrina de la protección integral, resalta que, cuando se presentan como víctimas de delitos graves, sus características personales les imponen una “relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización.”²⁵

Como es evidente, para el caso de los menores de edad, el principal factor de vulnerabilidad es su edad. Esto implica que, cuando concurren adicionalmente ciertas características personales o determinadas circunstancias del delito, se verán afectados por una situación de vulnerabilidad agravada. De ahí la necesidad de impulsar medidas para promover que la participación de NNA en los procesos judiciales sea idónea y especializada. Reafirma lo anterior, lo declarado en las finalidades de las reglas citadas: “*Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.*”

²² *Ibíd.*, Regla N° 12.

²³ *Ibíd.*, Regla N° 3.

²⁴ *Ibíd.*, Regla N° 5, inc. 2°.

²⁵ *Ibíd.*, Regla N° 11.

Con estos antecedentes, podemos afirmar que para proteger efectivamente a los menores víctimas, no bastará con el reconocimiento formal de sus derechos humanos y una superflua promesa de protección a su interés superior. La condición de vulnerabilidad en la que estos se encuentran hace necesario evitar toda intervención que pueda disminuir su proceso de recuperación. Por lo mismo, cada vez que se requiera de su participación en procedimientos judiciales, su interés superior demanda que esta sea realizada en condiciones que resguarden absolutamente su integridad, dignidad, seguridad y privacidad.

Sin embargo, en la estructura clásica de las instituciones estatales, lo que el interés superior de los menores demanda ha sido entendido como un mandato de segunda categoría, que debe ser sometido ante intereses institucionales que aún no han adoptado los mandatos de la Convención como principios fundamentales de la sociedad. La situación irregular en la que se encuentra el sistema de justicia en su trato con todo menor de edad informa precisamente lo anterior y se manifiesta no solo por la existencia de la victimización secundaria sobre víctimas de delitos graves, sino que es aun más vigente cuando se refiere a la forzosa intervención estatal del sistema judicial sobre menores de edad en conflicto con la ley penal.

En general, cualquier forma de intervención estatal que no esté centrada en mejorar las condiciones que se encuentran vulnerando los derechos del menor y no sea ejecutada por personas capacitadas para resguardar íntegramente sus derechos, ocasionará graves perjuicios sobre su bienestar físico y psíquico, así como en su correcto desarrollo en el corto y largo plazo.

2.3. EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADO.

Como hemos señalado, la victimización secundaria es provocada principalmente por las instituciones jurídico penales encargadas de dar una respuesta a los delitos. En cuanto se trata de menores de edad, la revictimización ocurre por la carente capacidad de los operadores de estas instituciones para proteger el interés superior de los menores y por la falta de espacios e instancias adecuadas a su necesidades.

Por ello, en el marco de la protección integral de los menores, la necesidad de asegurar sus derechos exige la creación de estatutos de protección que respondan a la revictimización a través de la consagración del interés superior del menor como una preocupación fundamental dentro del proceso penal, dotando al sistema judicial de procedimientos especiales para atender estos casos y de profesionales debidamente instruidos en materias de la infancia, que permitan otorgarles una atención adecuada a sus necesidades particulares.

La especialización y profesionalización de las instituciones jurídicas se constituye como una necesidad fundamental para disminuir la victimización institucional de la que son responsables las instituciones públicas y sus actores que se relacionan con menores de edad. Este conjunto de principios ha sido ampliamente estudiado en relación a la protección del menor de edad en conflicto con la ley penal²⁶, pero nuestra propuesta es que la especialización debe ser entendida como un mandato general de protección al menor para evitar cualquier forma de victimización hacia ellos. Una lectura armoniosa de los mandatos de la Convención, en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷, obliga a entender que los Estados deben establecer leyes, procedimientos y órganos especializados para todos los menores. Como ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la vigencia de estos principios “exigen que existan leyes, procedimientos e instituciones específicos para atender a los niños, además de requerir la capacitación idónea para todas las personas que trabajan directamente con ellos. [...] <no basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen

²⁶ La especialización ha sido principalmente entendida como un mandato propio de la justicia penal juvenil en virtud del artículo 40 CDN, el cual no reproduciremos por ser materia que se aleja del enfoque de esta memoria. Sin embargo, no podemos desconocer que el intenso estudio y desarrollo de este principio nos ha permitido tomar las bases para delimitar los antecedentes normativos de nuestra investigación.

²⁷ **Artículo 19. Derechos del Niño.** *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*

de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.>”²⁸.

Cabe advertir, sin embargo, que este principio de especialización no debe ser entendido como un mandato exclusivo para la protección de la víctima menor de edad, pues, como correctamente lo entiende el panorama internacional de los DD.HH., la protección especializada debe ser dada a todas las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad, ya sea por su calidad de víctima de delitos particularmente graves o por su edad, sexo, estirpe, condición sexual, física o psicológica, creencias, etc. De modo que, para otorgar la protección especializada, se deberá primero reformar los sistemas judiciales internos de cada país, a través del reconocimiento explícito de los derechos y garantías que les son inherentes a toda víctima, por su calidad de tal y la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra.

Desde ahí, se deberá construir el bloque constitucional de derechos fundamentales diferenciado, en relación a la condición de vulnerabilidad particular que afecta a cada víctima. En lo que respecta a los menores en particular, los alcances de esta especialidad deben ampliarse a ciertas especificaciones particulares que protejan, desde una perspectiva de derechos, las necesidades especiales de los menores y sus necesidades como víctimas.

Al respecto, las Directrices sobre la justicia ya citadas, desarrollan ciertas medidas específicas para resguardar los derechos del menor víctima que nos permiten entregar una aproximación a lo que entendemos como “principio de especialidad” y “principio de profesionalización”.

En particular, podemos denominar como “principio de especialidad” al conjunto de medidas de protección que permiten a los menores el acceder y participar en procedimientos judiciales adaptados a sus derechos y necesidades específicas, entre las que se encuentran:

²⁸ CIDH (Relatoría sobre los derechos de la niñez). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 17/Octubre/2013, párrs. 204 y 206.

- **Derecho a un trato digno y comprensivo:** los niños víctimas y testigos deberán a ser tratados con tacto y sensibilidad durante todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas personales; se debe limitar al mínimo toda injerencia innecesaria sobre la vida privada del niño, pero respetando al mismo tiempo las normas de un proceso de justicia racional y justo; las instituciones involucradas en el proceso de justicia deberán otorgarles atención especializada, mediante profesionales capacitados, quienes realizarán toda entrevista, examen u otra interacción personal de forma adaptada al menor, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según su desarrollo progresivo requiera.
- **Derecho a la protección contra la discriminación:** implica el deber de otorgar, a los NNA víctimas y testigos, el acceso a un proceso de justicia que los proteja de todo tipo de discriminación basada en sus condiciones particulares, de sus padres o de sus tutores. Toda particularidad del menor deberá ser tomada en cuenta para ajustar el proceso a las necesidades especiales de cada uno de ellos (edad, sexo, desarrollo, salud, orientación sexual, circunstancias étnicas, socioeconómicas, religiosas, lingüísticas, sociales, condición de inmigrante, etc.); también, en casos especiales determinados por el sexo y la gravedad del delito investigado, se deberá facilitar el acceso a servicios de recuperación y protección especiales; por último, recalcan las directrices sobre la necesidad de que la edad no sea considerada como un obstáculo para que los NNA ejerzan su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia, debiendo ser considerado todo menor como testigo capaz, donde su testimonio no será considerado carente de validez o credibilidad sólo en razón de su edad.
- **Derecho a ser informado:** todo NNA víctima y testigo de delitos, y sus adultos responsables, desde su primer contacto con el sistema judicial y a lo largo de todo el proceso, deberán ser informados de sus derechos

garantizados, de la disponibilidad y forma de acceso a servicios médicos, psicológicos, sociales, así como sobre los procedimientos atinentes a su participación en el proceso penal.

- **Derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones:** toda opinión y preocupación de los menores deberá ser tomada en cuenta en la instrucción del proceso, y se deberá velar por resguardar su derecho a expresarlas libremente, tanto en lo referente a su participación en el proceso, preocupaciones sobre su seguridad, la forma en que prefieren prestar testimonio o la conclusión del proceso.
- **Derecho a una asistencia eficaz:** las Directrices recalcan sobre la necesidad de asegurarles a los NNA víctimas y testigos, y sus familiares, el acceso a la asistencia de profesionales capacitados desde una perspectiva multidisciplinaria, especialistas en menores víctimas y testigos de delitos, formados para atender las necesidades particulares de cada NNA y facilitarles su participación durante todas las etapas del proceso de justicia, de forma ininterrumpida y mientras sean necesarias.
- **Derecho a la intimidad:** la intimidad de todo NNA víctima o testigo de delitos deber ser protegida y considerada como asunto de suma importancia; toda información relativa a la participación e identidad menor en el proceso deberá ser protegida mediante la obligación de confidencialidad y la prohibición de divulgación; por lo demás, se tomarán medidas tendientes a evitar una excesiva aparición del menor en público, usando para tal efecto prohibiciones de acceso al público y a los medios de información a las audiencias.
- **Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia:** se deberán tomar medidas de protección tendientes a evitar sufrimientos a los NNA víctimas y testigos, durante todas las etapas del proceso, a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad; los profesionales involucrados deberán prestar apoyo y acompañamiento a los menores, garantizarles el acceso a la

información, otorgarles continuidad y certeza en la relación entre los menores y los profesionales que estén en contacto con ellos durante todo el proceso; se deberá garantizar la celeridad e idoneidad de los procesos, utilizando audiencias programadas, salas de entrevistas especiales y, en general, medidas para disminuir el contacto del menor con el sistema judicial penal, tales como: limitación del número de entrevistas; grabaciones en video de sus testimonios; evitar el contacto con el agresor y la confrontación directa con este, en la medida que se pueda conciliar con el derecho de la defensa y asegurar que las interrogaciones sean adaptadas a un lenguaje que sea aprehensible para el menor.

- **Derecho a la seguridad:** no solo es necesario establecer medidas de protección apropiadas, sino que deberá velarse por la posibilidad de que los menores, cuando puedan estar en peligro, puedan comunicar su temor a las autoridades pertinentes, quienes tienen el deber de protegerlos antes, durante y después del proceso de justicia. Se exigirá a los profesionales involucrados con menores el deber de denunciar todo riesgo que amenace al menor; estos profesionales deberán estar capacitados para reconocer y prevenir tales riesgos mediante medidas de protección, tales como: evitar el contacto de los menores con los presuntos autores; imposición de medidas cautelares sobre el imputado; otorgar protección policial sobre el menor; reserva de su identidad, etc.
- **Derecho a la reparación:** se deberá garantizar el acceso a procedimientos judiciales, extrajudiciales y comunitarios de justicia restaurativa, destinados a obtener la reparación, indemnización, reinserción y recuperación de los menores involucrados en delitos.
- **Derecho a medidas preventivas especiales:** las Directrices recalcan la necesidad - y el deber - de establecer estrategias e intervenciones especiales para proteger a los NNA víctimas y testigos de delitos, que estén particularmente expuestos a ser vulnerados de manera reiterada.

En cuanto al a la profesionalización de los intervinientes, las mismas Directrices se refieren a los requisitos mínimos que deben cumplir los profesionales encargados de la administración de justicia, a fin de que cuenten con las herramientas necesarias para otorgarles la atención requerida desde un enfoque multidisciplinario e integral.

Para ello, los Estados deben impartir a los profesionales capacitaciones e información adecuada para que desarrollen sus cargos desde un enfoque especializado en la protección, para que puedan atender de manera efectiva a su interés superior. Entre otros requisitos técnicos, la capacitación de los profesionales deberá incluir:

- Reglas, normas y principios relativos a los derechos humanos, con especial enfoque en los derechos de los menores.
- Principios y deberes éticos de su función.
- Conocimientos especializados y técnicas para la evaluación de crisis, especialmente para remitir casos, con conocimiento del deber de confidencialidad.
- Impacto, consecuencias, efectos físicos y psicológicos negativos, y traumas causados por los delitos más graves contra los menores.
- Medidas y técnicas especiales para asistir a los menores durante los procesos de justicia.
- Conocimiento de diferencias lingüísticas, religiosas, sociales y de género con un enfoque multicultural y adecuado a la edad.
- Técnicas de comunicación apropiadas entre adultos y menores vulnerables.
- Técnicas de entrevista y evaluación que reduzcan al mínimo cualquier malestar en el menor y al mismo tiempo maximicen la calidad de la información que se obtiene de él.
- Técnicas para tratar a los menores víctimas y testigos de forma sensitiva, comprensiva, constructiva y tranquilizadora.

- Métodos para proteger y presentar pruebas e interrogar a los menores más vulnerables.
- Determinación clara y precisa de la función de los profesionales que trabajan con los menores en el marco de un procedimiento penal y los métodos adecuados para su correcto ejercicio.

De este modo, para cumplir con los estándares internacionales de protección especializada a menores víctimas de delitos, toda entrevista, examen, interrogatorio u otra intervención deberán ser realizadas ante profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor. Estos profesionales deberán adecuar su interacción a un lenguaje comprensible por el menor, en salas especialmente diseñadas para otorgarles un ambiente de seguridad y privacidad, que faciliten su participación voluntaria e informada.

Estos estándares manifiestan la importancia de reducir el número de intervenciones del menor con el aparataje judicial; y sobretodo, impedir cualquier tipo de interacción directa con el inculcado o contacto visual innecesario con éste, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y con el debido respeto al derecho de la defensa.

En definitiva, podemos aseverar que la inhabilidad de las instituciones jurídico penales para hacer frente a la problemática que plantea la intervención de menores víctimas de delitos, se debe a una inadecuada internalización de los derechos de las víctimas y los principios rectores de la infancia dentro de los sistemas de justicias, demostrado por la carente especialización y profesionalización de las instituciones e intervinientes que participan en la persecución penal.

Parece oportuno concluir este capítulo, citando al Comité de los Derechos del Niño, el cual, en su Observación General N° 12 de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado, permite resumir efectivamente lo que se ha intentado advertir a través de este capítulo:

“No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la

*prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.*²⁹

2.4. COLISIÓN DE DERECHOS EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

El objetivo del concepto de interés superior de los menores es garantizarles el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención como esenciales para permitirles un correcto desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social³⁰. Todos estos derechos responden al “interés superior”, el que debe ser considerado como una compleja institución jurídica de naturaleza dinámica, definido por las necesidades particulares de cada menor en el caso concreto.

En lo que se refiere al fenómeno que nos invoca, la introducción de medidas de protección implica efectuar una reestructuración de las normas fundamentales que garantizan un debido proceso, la que si no se hace resguardando la satisfacción de los derechos del imputado, puede llevar a la aplicación de medidas ilegítimas que transgreden los límites del poder punitivo. Previamente hemos declarado que la problemática de la victimización secundaria se trata fundamentalmente de negación a la víctima a un efectivo acceso a la justicia, sin embargo, en la necesidad de poder asegurar el ejercicio legítimo de este derecho a NNA, se puede incurrir en conductas que obstaculicen el acceso a la justicia de los otros intervinientes del procedimiento, en especial, del sindicado como autor del delito que se investiga.

Por ejemplo, una consecuencia de la estructuración abstracta del principio de interés superior del menor, ha sido que su aplicación dentro de los ordenamientos jurídicos puede manifestarse en intervenciones estatales de corte paternalista, que bajo la excusa de protección, restringen parcial o completamente la participación del menor en los juicios. Entre algunas medidas de protección formuladas en el marco de la prevención de la revictimización, se ha propuesto extraer al menor de

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 12 (2009): sobre el derecho del niño a ser escuchado. ICRC/CGC/12, 2009, párr. 34.

³⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2013, Ob. cit., párr. 4.

los procedimientos penales cuando esto pueda afectar gravemente a su recuperación y/o desarrollo, defendiendo incluso su extracción total como medida preventiva³¹.

Por supuesto, medidas de este tipo evidencian el desconocimiento del marco normativo que delimita objetivamente los alcances del interés superior del menor víctima y la forma en que este debe ser satisfecho cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales³². La protección de los menores víctimas en sede judicial no puede pasar por la priorización absoluta del interés superior o el establecimiento de reglas de procedimiento rígidas que no tomen en consideración los objetivos subyacentes de cada principio en tensión, en cada caso particular.

En general, la doctrina constitucional ha entendido que ciertos derechos fundamentales pueden ser desplazados para asegurar los fines que persiguen otros principios, sin que por ello pierdan su vigencia. Pero para que este desplazamiento se produzca, resulta necesario que frente a cada situación particular, el derecho fundamental que se busca proteger en detrimento de otro, debe tener necesariamente una mayor valor y necesidad de protección que este último³³. Así, toda restricción o desplazamiento exige el cumplimiento de ciertas condiciones insoslayables, cuya omisión transformaría la medida en inconstitucional. Esas condiciones dirigen necesariamente hacia la cuestión de ponderación de derechos y el principio de proporcionalidad.

³¹ UNODC, 1999. Ob. cit.

³² Al respecto, debemos advertir que al referirnos a “derechos fundamentales”, seguimos el concepto del profesor Nogueira, entendiendo por tal: “[...] *el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.*” NOGUEIRA A., Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. [En línea] [Consulta: 12/Octubre/2018] Disponible en: <<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>> p. 10.

³³ CAMPOS GARCÍA, Shirley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. **Revista IIDH** (Nº 50) [En línea]. Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 351 - 377. [Consulta: 01/Octubre/2018] Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>> p. 358

Este principio ha sido uno de los estándares normativos del constitucionalismo moderno para determinar la validez de una limitación al ejercicio legítimo de un derecho fundamental³⁴. Tradicionalmente se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios que lo integran, los cuales delimitan cada uno de los niveles que deben ser superados para que una medida restrictiva de derechos pueda ser legítima:

- Juicio de idoneidad: se refiere a una evaluación de constitucionalidad de la medida restrictiva. En función del principio de supremacía constitucional, una medida restrictiva de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada si se respalda en normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales³⁵.
- Juicio de necesidad: este segundo requisito exige la adopción de la medida menos gravosa para los principios que se encuentran en juego. Es decir, la medida restrictiva debe ser la única disponible para alcanzar el fin perseguido y esta debe ser la menos gravosa para el derecho comprometido, frente a otras alternativas existentes³⁶. De existir dos alternativas idóneas, se deberá optar por aquella que afecte en menor medida el derecho tensionado.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: este último juicio ha sido entendido como un mandato de ponderación de los intereses en juego en el caso concreto. En general, se entiende que la valoración debe hacerse atendiendo a las circunstancias fácticas del caso, para establecer una relación de prevalencia entre los derechos en conflicto³⁷.

³⁴ GARCÍA P., Gonzalo, CONTRERAS V., Pablo. Diccionario Constitucional Chileno. **Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55** [En línea]. Chile, 2014, p. 752. [Consulta: 01/Octubre/2018]. Disponible en: <https://www.venice.coe.int/CoCentre/Garcia-Contreras_Diccionario_Constitucional_chileno.pdf>

³⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 277

³⁶ GARCÍA, Gonzalo, CONTRERAS, Pablo. Ob. cit., p. 753

³⁷ Id.

Su estructuración por niveles no es arbitraria, pues, previo a realizar el ejercicio de ponderación en sentido estricto, el legislador – o el juez, en su caso - debe descifrar si la medida restrictiva propuesta para resolver el conflicto es idónea y necesaria. Solo superando estas dos condiciones previas, será procedente ponderar los derechos tensionados para determinar la relación de precedencia condicionada en cada caso particular³⁸.

Según Alexy, la ponderación puede ser descompuesta en tres pasos: “el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”³⁹. Al efecto, es necesario tener presente que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna⁴⁰.

De este modo, en lo atinente a la estructuración de medidas de protección contra la victimización secundaria en menores de edad, surge la tarea de determinar en primer lugar, si las medidas propuestas cumplen con los criterios de idoneidad y necesidad, a través de la búsqueda de alternativas que puedan satisfacer en mayor medida el óptimo de Pareto⁴¹. Posteriormente, la medida elegida dentro de cada ordenamiento interno concreto deberá ser evaluada bajo el examen de

³⁸ Término acuñado por Robert Alexy. Según este autor, la relación de precedencia condicionada es un criterio fundamental dentro de la ley de colisión de principios, y “*consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro*”. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.” ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 92.

³⁹ ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional** (Nº 11) [En línea]. México. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pp. 3 – 14. [Consulta: 03/Octubre/2018]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>> p. 7.

⁴⁰ DIAZ GARCIA, L. Iván. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** (Nº 36) [En línea]. Valparaíso, Chile. 2011, pp.167-206. [Consulta: 03/Octubre/2018]. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n36/a05.pdf>>

⁴¹ Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “*Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra*”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto. ALEXY, Robert. 2009. Ob. cit., nota 18, p. 8.

proporcionalidad en sentido estricto, con el objeto de encontrar el mejor equilibrio entre todos los derechos superpuestos.

Previo a ello, se debe reconocer apriorísticamente los derechos y garantías que cada medida busca satisfacer y cómo su preeminencia vulnera otros derechos esenciales. Los cuales, a grandes rasgos, pueden ser delimitados como: el **interés superior de los menores víctimas** y el **debido proceso**, como garantía judicial al derecho a defensa del imputado.

En los capítulos precedentes hemos delimitado los alcances del principio de interés superior del menor en el marco de la victimización secundaria, representándolo como la plena satisfacción de todos sus derechos reconocidos por la Convención y el derecho internacional de los DD.HH. A riesgo de caer en repeticiones, debemos recordar que dentro del amplio espectro de derechos que se le reconocen al menor víctima en sede judicial, su interés superior debe velar particularmente por satisfacer los siguientes derechos:

- Derecho a un trato digno y comprensivo.
- Derecho a la protección contra la discriminación.
- Derecho a ser informado.
- Derecho a ser oído y a participar activamente dentro del proceso.
- Derecho a una asistencia eficaz.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a ser protegido contra sufrimientos.
- Derecho a la seguridad.
- Derecho a la reparación.
- Derecho a medidas preventivas especiales.

En atención a estos derechos, parece obvio que la protección del interés superior no puede ser encuadrada únicamente en medidas tendientes a proteger absolutamente al menor de la victimización secundaria o evitarles molestias dentro de los procedimientos penales, sino también en mejorar la capacidad del menor de participar y contribuir activamente en el proceso de justicia.

Desde ahí, al ser confrontado ante intereses antagónicos, su plena satisfacción extiende los contornos de ese marco normativo, el cual se encuentra delimitado por los principios fundamentales que garantizan el debido proceso, y en especial, aquellos que le garanticen al imputado el ejercicio pleno de su defensa.

El derecho al debido proceso legal es un derecho humano reconocido en el artículo 8 de la CADH. En lo fundamental, el debido proceso es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurarle al justiciable la certeza de participar en un procedimiento legal, racional y justo. Este, al igual que el principio de interés superior de los menores, ha sido regulado en términos más bien generales que permitan facilitar la delimitación de sus contornos desde una dimensión casuística, sin embargo, la doctrina internacional es conteste en admitir que esta garantía se nutre de ciertos requisitos mínimos que deben ser respetados para no transformarla en un concepto vago y meramente formal⁴².

El debido proceso tiene como pilares fundamentales los principios de audiencia previa, oral y pública ante un juez imparcial e independiente, así como la igualdad de todas las partes procesales para ejercer su derecho de defensa en idénticas condiciones, es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para presentar y analizar pruebas, interponer recursos y presentar observaciones dentro de plazos o términos iguales para todos. De esto se colige que el debido proceso se encuentra íntimamente ligado con el derecho de defensa, es decir, no existirá debido proceso si no se cumplen las garantías judiciales resguardadas para el adecuado ejercicio de la defensa. En materia penal, un debido proceso requiere que el derecho de defensa sea ejercido tanto formal como materialmente, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales para la defensa en igualdad de condiciones frente al poder estatal⁴³.

⁴² RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. [En línea] Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 11 - 12. [Consulta: 25/Julio/2018] Disponible en: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>>

⁴³ Íd.

El debido proceso como derecho fundamental se encuentra constituido por un conjunto de garantías procesales mínimas, las cuales dependiendo de la jurisdicción que se refiera, reglamentan el proceso a fin de proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de los derechos correspondiente a los intervinientes. En este sentido, la doctrina ha enunciado estas garantías como principios que regulan la iniciación, realización y forma del procedimiento penal, así como la actividad probatoria dentro del mismo. De estos principios, sólo algunos han sido positivizados dentro de los ordenamientos internos de los Estados democráticos, mientras que otros no son formulados de forma expresa, pero pueden ser derivados de su contexto o ciertas disposiciones particulares determinadas⁴⁴. Entre ellos, podemos encontrar:

- Principio de publicidad.
- Principio de contradicción.
- Principio de inmediación.
- Principio de continuidad y concentración.
- Principio de oralidad.
- Principio “*in dubio pro reo*”.
- Principio consecutivo legal.
- Principio de preclusión.
- Principio de defensa.

Se puede aseverar que el derecho de defensa se enmarca como un requisito insoslayable del debido proceso legal, ya que, en atención a sus elementos y características particulares, la satisfacción de uno debe contemplar la satisfacción del otro. En efecto, el imputado no podrá ejercer adecuadamente su derecho a la defensa si no cuenta con un proceso legal, justo y racional que lo resguarde. Por ello, la vulneración del ejercicio de la defensa importa una vulneración de la garantía del debido proceso, al derecho humano de acceso a la justicia y, en definitiva, a la dignidad humana.

⁴⁴ ROXÍN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto, 2000, p. 77

Por lo anterior, en relación al tema que nos convoca, la protección del interés superior del menor víctima en el procedimiento penal deberá respetar una aplicación rigurosa del debido proceso y de las garantías judiciales que resguardan el derecho a la defensa; la cual, sin embargo, no rechace la flexibilidad de sus contornos, cuando su pleno ejercicio pueda perjudicar gravemente derechos ajenos. Dicho de otro modo, toda medida de protección al menor que pueda afectar derechos fundamentales de los otros intervinientes, debe ser aplicada bajo los estándares de un protocolo de afectación caracterizado por la excepcionalidad, idoneidad, necesidad y la proporcionalidad desde el caso concreto.

En suma, los derechos descritos estructuran el bloque constitucional de derechos fundamentales que los ordenamientos internos de cada Estado de Derecho deben respetar y promover, en función de la dignidad humana que se le reconoce a todos los intervinientes. En concreto, en la creación de un estatuto de protección especializado a los derechos de los menores víctimas en sede judicial, tendiente a disminuir la generación del fenómeno de victimización secundaria, será tarea fundamental de cada Estado el respetar los límites impuestos por los derechos fundamentales que se le reconoce a cada interviniente del procedimiento penal.

3. MARCO JURÍDICO INTERNO.

Como antecedente fundamental para interpretar la normativa vigente en materia protección contra la victimización secundaria en nuestro país, es necesario destacar que nuestra Constitución Política de la República (CPR) alza como valor supremo la dignidad de la persona, señalando en su artículo 1º, inciso primero: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”*

Este valor supremo ha sido reconocido explícitamente por el poder constituyente como un límite insoslayable de la soberanía, a través de la primera parte del inciso segundo del artículo 5º de nuestra Carta Fundamental, el cual reza: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”*

Por ello, en la tarea de delimitar el bloque constitucional de derechos fundamentales contemplados en la legislación chilena, debemos considerar no sólo

los derechos asegurados por nuestra Constitución, sino que a ellos se le integran los derechos implícitos, los derechos asegurados por el derecho internacional de los DD.HH., y los derechos reconocidos internacionalmente a través de los principios de *ius cogens*⁴⁵. Esta postura se condice con lo dispuesto en la parte final del artículo 5º, al establecer: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Planteada así la cuestión, podemos afirmar que, en virtud de los artículos citados, los derechos esenciales no requieren ser positivizados dentro del ordenamiento jurídico interno chileno para pasar a integrar el bloque constitucional con plena eficacia material. Las normas que versan sobre derechos humanos poseen un carácter autoejecutable, es decir, sus disposiciones pasan a integrar directamente el derecho interno nacional, sin necesidad de requerir un desarrollo legislativo previo para ser aplicadas por la autoridad pública⁴⁶.

Por ello, el Estado chileno está obligado a respetar tales derechos, en el sentido de asegurar el cumplimiento de las normas fundamentales por todos sus órganos y agentes, como asimismo, por todas las personas que actúan dentro de su ámbito jurisdiccional; y promoverlos, entendiendo por tal, el deber de adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales necesarias para asegurar y garantizar a todas las personas y a cada grupo particular, el respeto de sus derechos fundamentales, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan su goce⁴⁷.

En el plano de lo investigado en esta memoria, esa afirmación nos permitiría delimitar los derechos fundamentales en pugna haciendo referencia a lo tratado en los capítulos anteriores, es decir, utilizando los principios, derechos y garantías reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención

⁴⁵ Cfr. NOGUEIRA A., Humberto, Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. **Ius et Praxis** (Año 2, Vol. 2) [En línea]. Talca, Chile. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997. [Consulta: 11/Octubre/2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203>>

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 12.

⁴⁷ Cfr. NOGUEIRA A., Humberto. Dignidad de la persona... [En línea]. Ob. cit.

Interamericana de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales que integran el derecho internacional de los DD.HH, así como utilizar para su interpretación e integración los instrumentos emanados de las distintas instituciones internacionales de DD.HH. reconocidas por Chile.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la dignidad de la víctima obliga al Estado chileno a reconocer y hacer frente a toda forma de victimización que pueda sufrir el ofendido, en especial respecto a la victimización institucional que puede afectarle con ocasión de su intervención en el proceso penal. Sin embargo, esta dignidad debe ser asegurada con la misma potencia al imputado en el delito, resguardando íntegramente el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales y procurando que, en el resguardo de los derechos de la víctima, estos no sean vulnerados sin cumplir con los requisitos de proporcionalidad aludidos en el capítulo previo.

3.1.LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL: ANTECEDENTES A LA LEY N° 21.057.

En el ámbito del reconocimiento de la dignidad de los menores, nuestro país firmó y suscribió la Convención, el 26 de enero de 1990. Tras ser aprobada por el Congreso, su adhesión fue ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como ley de la República a través del Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y, finalmente, el 27 de septiembre del mismo año, fue publicada en el Diario Oficial, fecha desde la cual entró en vigencia en nuestro país, incorporándose oficialmente a nuestro ordenamiento jurídico nacional como ley de rango constitucional.

Por ser la Convención un tratado internacional relativo al reconocimiento de los DD.HH. de los menores, esta adquiere una posición privilegiada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental. En consecuencia, los derechos reconocidos por la CDN constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía, como derechos fundamentales que el poder soberano se ha obligado a respetar y promover, lo cual

implica la obligación de adecuar la normativa interna a través de cambios legislativos, institucionales y de políticas públicas conformes al espíritu de la Convención y el corpus iuris internacional que lo alimenta.

Sin embargo, desde su ratificación, Chile lenta y tímidamente ha llevado a cabo el compromiso de adecuación de la normativa interna, a través de difusas modificaciones legales y políticas públicas dirigidas a la protección de los menores contra distintas formas de abuso. Entre ellas podemos encontrar: la Ley N° 20.066 de 2005, que establece ley de violencia intrafamiliar; la ley N° 20.207 de 2007, que establece que la prescripción de los delitos sexuales contra menores se computará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad; la Ley N° 20.526 del 2011, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil; la Ley N° 20.685 del 2013, que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materias de delitos sexuales contra menores de edad; la Ley N° 21.067 de 2018, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, entre otras.

En el ámbito específico de la victimización secundaria sobre menores de edad, nuestro país ha demostrado un tardío desarrollo en la creación de medidas de protección contra este fenómeno, tales como:

- Intermediación del presidente de la sala en la interrogación a testigos menores de edad del artículo 310 del Código Procesal Penal (CPP)⁴⁸;
- Implementación progresiva del sistema de salas Gesell en los Tribunales de Familia y salas especiales de circuito cerrado (CCTV) en los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, a partir del año 2011;⁴⁹

⁴⁸ **Artículo 310.-** Testigos menores de edad. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

La LEVG agregó a la parte final de este artículo, la frase *“teniendo éste el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, a efectos de resguardar su interés superior”*.

⁴⁹ Tribunal de Melipilla inaugura Cámara Gesell que evita la revictimización de niños en procesos judiciales UNICEF. [En Línea]. 06/01/2012. [Consulta: 24/Julio/2018] Disponible en: <<http://unicef.cl/web/tribunal-de-melipilla-inaugura-camara-gesell-que-evita-la-revictimizacion-de-ninos-en-procesos-judiciales>>

- Incorporación de la declaración anticipada respecto a menores de edad víctimas de delitos sexuales;⁵⁰
- Uso de medidas de protección especiales a testigos de los artículos 308 y 329 del CPP⁵¹.

Ante la inexistencia de un cuerpo normativo orgánicamente estructurado para proteger el interés superior del menor víctima en el procedimiento penal, el Congreso Nacional de Chile promulgó la ley N° 21.057, que “*regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales*” (LEVG) de 2018.

En palabras del primer informe de la Comisión de Constitución, esta ley tiene por objeto mejorar la forma en que un menor de edad que ha sido víctima de un delito sexual se relaciona con el sistema procesal penal, de manera de minimizar la victimización secundaria que pueda afectarle y dar un efectivo resguardo a sus derechos⁵².

Uno de los principales objetivos de la LEVG se fijó en la reducción del número de entrevistas o intervenciones obligatorias a las que el menor victimizado se encuentra sometido. Pues, como hemos advertido previamente, la excesiva participación del menor incide negativamente sobre su recuperación, por cuanto deben revivir la experiencia victimizante del delito múltiples veces y durante un largo periodo de tiempo. Al respecto, en nuestro sistema judicial, el tiempo promedio de tramitación de los juicios orales relativos a delitos sexuales es de 867 días⁵³, dilación

⁵⁰ Medida probatoria excepcional regulada en el artículo 191 bis CPP, introducido a través de la Ley N° 20.253 de 2008. Dicho artículo será derogado con la entrada en vigencia de la LEVG.

⁵¹ Las modalidades de protección que otorga el artículo 308 CPP, para efectos de protección de NNA víctimas o testigos menores de edad, se han traducido usualmente en el uso de paneles separadores (biombos), que distancian al menor declarante del resto de los intervinientes, evitando el contacto visual con el acusado.

Por su parte, la parte final del artículo 329 CPP permite la toma de declaración de testigos a través de videoconferencias, cuando por motivos graves y difíciles de superar este no pudiera comparecer a la audiencia.

⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). Historia de la Ley N° 21.057. Regula entrevistas grabadas en video, y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. [En línea] p. 14 [Consulta: 17/Octubre/2018]. Disponible en: <<http://s.bcn.cl/23ggj>>

⁵³ Cifra correspondiente al promedio nacional. En la zona centro-norte de la Región Metropolitana, la cifra asciende a los 1.138 días; y, en la primera región, el promedio es de 1.191 días. Cfr. FISCALIA NACIONAL. Boletín Estadístico III. Trimestre Enero – Septiembre, 2018. Tabla

atribuida a las dificultades inherentes a la indagación de los delitos de esta especie, los retrasos de los peritajes de credibilidad y los prolongados plazos judiciales.

En un estudio realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) se identificaron al menos ocho instancias por la que el menor debe pasar desde la develación del delito, los cuales se traducen en interrogatorios o entrevistas ante diversos actores institucionales:

“El recorrido se inicia con la primera develación del abuso (1), es decir, con la primera vez que el NNA relata a otra persona que ha sido víctima de abuso sexual. La develación se realizará a una figura de afecto (mamá, papá o cuidador/a primario/a, siempre que no estén involucrados en los hechos) o alguna persona de confianza. Si se efectúa a personas que trabajan en establecimientos educacionales u otros organismos públicos, la denuncia debe realizarse en un plazo de 24 horas.

La denuncia (2) puede ser realizada en cuatro lugares: Carabineros de Chile, en el Servicio Médico Legal, en un Centro Asistencial de Salud o directamente en la Fiscalía de la comuna donde reside la víctima. Los tres primeros organismos tendrán que informar al Ministerio Público (3), de forma que se active la recopilación de antecedentes y comience la investigación por parte del fiscal a cargo. Es él quien decide y autoriza dónde se realiza el peritaje físico/sexológico y/o psicológico (4), pudiendo ser especialistas del Ministerio Público, del Servicio Médico Legal u otra institución colaboradora. Los dos tipos de peritajes mencionados incluyen entrevistas con especialistas, para recopilar antecedentes (5), como la existencia de testigos o cómplices del abuso, y la evaluación de la veracidad del relato, Si el fiscal considera que los antecedentes que él ha recabado no constituyen la necesidad de realizar un juicio, el proceso llega hasta esa instancia, sin que el NNA reciba algún tipo de atención psicológica u otro apoyo institucional. Por el contrario, si estas primeras entrevistas logran entregar los antecedentes necesarios, el fiscal presentará el caso ante un juez en lo penal.

En este último caso, el fiscal a cargo debe decidir si se deriva al NNA a Tribunales de Familia (6). Si lo hace se abren dos posibilidades. La primera, que se

N° 10 [En línea] Ministerio Público de Chile. 12/Octubre/2018 [Consulta: 17/Octubre/2018]. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=35259&pid=218&tid=1&d=1>>

notifique al juez/a de familia para que decrete medidas de protección (6.1). Esto implica que puede ser citado/a de forma paralela ante el Tribunal de Familia y los tribunales penales lo que propende a su victimización secundaria. La segunda posibilidad, es que el juez/a de familia, ante la afectación psicológica y necesidad de protección del NNA, lo derive a Programas de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) y/o a terapia reparatoria (6.2). Ambas posibilidades implican nuevas entrevistas por nuevos profesionales y especialistas. Mientras que por el lado del proceso penal la víctima continuará hacia la preparación del juicio (7) y el juicio en sí mismo (8).”⁵⁴

Antecedentes como aquel han sido fundamentales para justificar la necesidad de protección contra la victimización secundaria en nuestro país, la que, a través de la LEVG, se ha materializado mediante la creación de un conjunto de medidas de protección que cambian la dinámica del procedimiento penal, disminuyendo al mínimo la participación del menor en éste y procurando alcanzar la máxima celeridad en su tramitación, lo que incide directamente en el derecho al debido proceso del imputado y se convierten en restricciones para el ejercicio pleno de la defensa.

3.2. ANÁLISIS DE LA LEY N° 21.057.

3.2.1. ASPECTOS GENERALES.

3.2.1.1. Principios orientadores.

La protección y la priorización del bienestar de los NNA víctimas de delitos sexuales en el marco del proceso penal, se presentan como los objetivos primordiales a concretar durante su paso por tribunales. Perfilándose ésta como su idea matriz, su realización deberá estar supeditada al respeto y garantía de principios generales y derechos que se deben tener en cuenta durante todo el abordaje a los sujetos de protección.

Lo anterior queda plasmado el inciso final del artículo 1° de la ley, según el cual *“Las normas de la presente ley se aplicarán con pleno respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegurados en la Convención sobre los Derechos*

⁵⁴ BCN, Historia... Ob. cit., p. 146.

del Niño, y los estándares internacionales para la protección de los niños víctimas y testigos de delitos.”

Habida cuenta de lo anterior, el artículo 3º de la ley entrega el conjunto de principios que sirven como parámetros interpretativos y limitaciones que someten la actuación de los jueces e intervinientes del proceso penal. Este artículo ordena los principios rectores según tres consideraciones generales: (i) los niños son sujetos plenos de derecho y deben ser tratados como tales; (ii) los niños son justiciables, lo que supone que tienen derecho a participar de manera voluntaria en el proceso; y (iii) que se trata de niños vulnerados en sus derechos, lo que impone la necesidad de adoptar vías procesales que permitan reducir su victimización secundaria⁵⁵.

Esos criterios funcionan como antecedentes a los seis principios fundamentales que gobiernan todo el proyecto, que son la promoción del interés superior del niño (a) y su autonomía progresiva (b); el de participación voluntaria (c); la prevención contra la victimización secundaria (d); el principio de asistencia oportuna y tramitación preferente (e); y el resguardo de su dignidad (f).

a) Interés superior del niño:

Se plantea como “*la plena satisfacción de sus derechos*”. De este modo, este principio debe ser entendido como un límite a la discrecionalidad de los intervinientes en el proceso penal, respecto de las decisiones que puedan afectar al menor, así como en el ejercicio de las medidas vinculadas a la toma de declaraciones, fijando como principal prioridad el generar las “*condiciones necesarias*” para lograr dicha satisfacción, con especial consideración del “*nivel de desarrollo de sus capacidades*”.

Ante cada situación particular, las medidas de protección y formas de proceder ante el menor deberán determinarse de forma individual, con atención a las características concretas de cada NNA, evaluando su desarrollo evolutivo, las particularidades del delito, así como las características personales, emocionales, cognitivas, físicas, idiomáticas, étnicas, culturales y de género.

b) Autonomía progresiva y derecho a ser oído:

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 176.

Desde el reconocimiento de su autonomía progresiva se le concede al NNA la titularidad de los derechos que como tal les corresponde, así como también la capacidad para ejercerlos por sí mismos, en menor o mayor medida, según su desarrollo evolutivo. Para determinar el grado de dicha autonomía, se establece un criterio subjetivo basado en la “*edad y grado de madurez que manifiesten*”, debiendo determinarse en cada situación particular la facultad de cada menor para participar y decidir en los asuntos que les afecten.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho a ser oído obliga a todos los intervinientes a escuchar activamente toda opinión, requerimiento o reparos del NNA, sin poder restringir de manera alguna su ejercicio. Sin embargo, aquello no implicará necesariamente el imperativo de atender obligatoriamente a todos sus planteamientos, particularmente si es que dentro de sus peticiones se encuentra alguna medida que conlleve, de manera evidente, su exposición a mayores riesgos o a la posible reiteración del delito.

c) Participación voluntaria:

En palabras de la Corte Suprema, “el aspecto de mayor importancia del proyecto es la participación voluntaria del NNA en la etapa investigativa y judicial, motivo por el cual esta materia debe ser reglamentada de manera tal de evitar planteamientos interpretativos diferentes con posterioridad.”⁵⁶

Así, la participación voluntaria del NNA aparece como una de sus facultades de mayor relevancia, razón por la cual se optó por alzarla a categoría de principio de aplicación, para orientar sistemáticamente el resto del articulado de la LEVG.

Esta ley extiende la voluntariedad en la participación de los NNA a las distintas etapas de la intervención judicial, garantizando la libertad en las expresiones de voluntad que puedan realizar y regulando las interacciones que mantengan con los distintos intervinientes, para que estos no puedan coartar o forzar dichas expresiones.

Un punto importante respecto a este principio, planteado por la Corte Suprema, se refiere a la ausencia del derecho del NNA a poner término a su

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 100.

participación voluntaria o retractarse de la misma, aun cuando ya se haya dado inicio al desarrollo de la diligencia. A juicio del máximo tribunal, este derecho se valora como irrenunciable, por lo que el menor debería poder negarse en cualquier momento a seguir siendo entrevistado o prestar declaración⁵⁷. Sin embargo, a juicio de la Defensoría Penal, la inclusión del derecho de retracto podría chocar contra algunos aspectos del debido proceso, pues una formulación muy amplia del principio de participación voluntaria permitiría que, de forma intempestiva y sin mayor aviso, el menor o sus representantes decidan sí la diligencia tendrá lugar o no, o incluso abre la puerta a que pongan término a intervenciones en curso, sin permitir continuar con el interrogatorio o el conainterrogatorio, lo que vulneraría gravemente los derechos de la defensa⁵⁸.

Para conciliar dichas aprensiones, el texto final de la ley no incorpora este derecho, pero le entrega la facultad al fiscal, a sugerencia del entrevistador, de suspender la entrevista investigativa por el tiempo mínimo necesario, cuando el NNA no pueda continuar con ella (art. 9). De manera similar, durante la declaración judicial, la ley permite al juez pausar dicha intervención para permitir el descanso del menor (art. 17).

Por último, la parte final del literal en análisis establece el deber de los funcionarios públicos de resguardar que la participación de los NNA en el procedimiento penal sea voluntaria, estableciendo que su incumplimiento será considerado infracción grave a los deberes funcionarios.

d) Prevención de la victimización secundaria:

Este principio consagra la necesidad de contar con un estatuto de protección especializado que resguarde la integridad física y psíquica, así como la privacidad de la víctima menor de edad. En efecto, poniendo énfasis en el resguardo de la dignidad personal del NNA, la ley materializa el mandato de especialización y

⁵⁷ Id. En este mismo orden de ideas, el primer oficio del Ejecutivo (primer trámite constitucional) incluía el derecho a retracto, bajo el siguiente tenor: *“Tal voluntariedad no se extingue en ningún caso, ni siquiera cuando el niño o niña haya consentido previamente en participar de una diligencia, pudiendo poner término a su participación inclusive una vez que dicha diligencia se encuentre en desarrollo.”* Ver *Ibíd.*, p. 86.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 207.

profesionalización⁵⁹, señalando que las personas e instituciones que intervengan en cada etapa del procedimiento penal “[...] *procurarán la adopción de las medidas necesarias para que las interacciones descritas en la presente ley sean realizadas de forma adaptada al niño, niña o adolescente, en un ambiente adecuado a sus especiales necesidades y teniendo en cuenta su madurez intelectual y la evolución de sus capacidades, asegurando el debido respeto a su dignidad personal*”.

Un punto relevante tratado durante la discusión legislativa, fue la inclusión de la definición de “victimización secundaria”, la cual se encontraba en el inciso tercero del artículo 1 del proyecto de ley, bajo el siguiente tenor:

“[...] todos aquellos efectos psicológicos y sociales adversos que experimenta el menor de edad como consecuencia de su participación en actuaciones o procedimientos del proceso penal y proteccional que tengan lugar como consecuencia del delito del que haya sido víctima.”

La introducción de esta definición fue objeto de críticas, debido a que sería equivoco incluir una definición legal de la victimización secundaria, pues podría restringir la aplicación del concepto. Además, dado el permanente desarrollo y evolución del estudio de este fenómeno por la psicología, contemplar una definición estricta podría llevar a desechar la inclusión de nuevos factores victimizantes que no han sido considerados previamente⁶⁰. En consecuencia, elevar a la categoría de principio rector la prevención de la victimización secundaria se percibe como una solución más viable y eficiente frente a una definición formal, sirviendo de mandato de optimización que no restringe el ámbito de aplicación de la ley.

e) Asistencia oportuna y tramitación preferente:

De acuerdo con este principio, la necesidad de otorgar rapidez a la adopción de todas aquellas diligencias o actuaciones judiciales en donde participa el NNA resulta fundamental para reducir la victimización secundaria, pues la excesiva lentitud y burocratización del sistema judicial constituyen una de sus fuentes principales.

⁵⁹ Cfr. Capítulo 2.3, pp. 18 - 25

⁶⁰ Ibíd., p. 213.

Para conseguir dicha finalidad, en primer lugar, los profesionales que intervengan en diligencias que requieran la participación del NNA, deberán tener como preocupación primordial el entregarles una atención oportuna, procurando reducir el número de intervenciones o su prolongación excesiva. Lo anterior se hace extensible a todo trámite en que el NNA deba participar personalmente, incluyendo las medidas de asistencia y reparación necesarias.

Adicionalmente, se establece el principio de preferencia y celeridad como base de los procedimientos penales en que se traten materias relativas a NNA protegidos por esta ley. Es decir, las audiencias gozarán de preferencia para su agendamiento y celebración. Igualmente, el tribunal deberá dictar todas las providencias necesarias para dotar de la mayor celeridad a las actuaciones del procedimiento, a fin de evitar dilaciones indebidas que puedan perjudicar los intereses de los NNA que estén inmersos en el proceso. Este imperativo no es exclusivo a los tribunales con competencia en lo penal, sino que se extiende a los fiscales que conozcan de estas causas, los que deberán tramitarlas e investigarlas con preferencia.

Sin embargo, esta consideración contiene matices que cabe hacer presentes, ya que, aunque hay casos en que la celeridad puede ser necesaria para una correcta protección del NNA, existirán situaciones en que una precipitada premura en las decisiones adoptadas podría suponer una barrera al acceso de antecedentes que permitan realizar una adecuada defensa⁶¹, o bien, limite la capacidad de los intervinientes para generar y conocer las herramientas necesarias para participar en un debate informado, que le permita al tribunal llegar a la verdad.

Adicionalmente, en muchas ocasiones el daño causado por el delito es de tal magnitud, que el NNA requerirá de un largo proceso de preparación y acompañamiento previo. Esto implica permitir que éste conozca las dependencias de la fiscalía o el tribunal y se familiarice con el entrevistador, a modo de asegurar que el menor se encuentre emocionalmente preparado para intervenir. Este proceso

⁶¹ CONDEMARÍN, Patricia; LARA, María. Estudios sobre la instrumentalización de los peritajes en materia de delitos sexuales en el contexto de la nueva justicia penal chilena: emergencia de nuevos escenarios. Informe final. Defensoría Penal Pública, 2015, p. 64.

puede durar desde algunas horas a varios meses, dependiendo del grado de desarrollo emocional del niño involucrado y del daño causado⁶².

f) Resguardo de su dignidad:

En concordancia con el mandato supremo del artículo 1 de nuestra Carta Fundamental, esta ley reafirma la dignidad de todos los NNA, especificando que cada uno *“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”*.

Un punto importante al que hace referencia este principio, tiene que ver con el resguardo de la intimidad del NNA. Justamente, la victimización secundaria se produce no sólo por los efectos propios de someterse a la maquinaria judicial, sino que, socialmente se produce una doble victimización debido a la intervención de los medios de comunicación, los que sitúan a las víctimas dentro de un núcleo de atención que los estigmatiza y los expone, de manera voyerista y despreocupada, ignorando manifiestamente su dignidad personal.

Por ello, la ley establece medidas especiales de resguardo a la identidad del menor y a su intimidad personal. En específico, resalta la creación de un nuevo tipo penal del artículo 23 de la ley; la reserva del contenido de la entrevista investigativa y la declaración judicial; la prohibición de los medios de comunicación de informar acerca de la identidad del menor, entre otras que veremos más adelante.

3.2.1.2. Personas objeto de protección.

En un primer momento, el ámbito de protección comprendía de manera genérica a los *“menores de edad presuntas víctimas de delitos sexuales con el objeto de prevenir su victimización secundaria”*.

Esta redacción original fue objeto de una serie de observaciones postuladas por los distintos partícipes de la discusión legislativa, en el orden de que dicha expresión no permitiría tomar en consideración el nivel etario alcanzado por la presunta víctima, desconociendo su autonomía progresiva, la cual le asegura el ejercicio autónomo de sus derechos en la medida que evolucionan en su ciclo vital;

⁶² BCN. Historia... Ob. cit., p. 113.

ni tampoco resulta coherente con la denominación que, desde el tratamiento como sujeto de derechos, corresponde en la actualidad a la legislación nacional⁶³.

Lo anterior impulsó la modificación del texto del proyecto de ley, reemplazando la frase “menores de edad” por “niños, niñas y adolescentes”. En consecuencia, el actual inciso tercero del artículo 1º, define como niño o niña a “*toda persona menor de 14 años de edad*” y adolescente a “*todos los que hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad*”. Esta diferenciación reafirmaría el reconocimiento del principio de autonomía progresiva y el de participación voluntaria de los adolescentes, traducándose, en términos prácticos pero insuficientes, en su derecho a prestar declaración judicial sin la participación del entrevistador (art. 14 LEVG).

Un punto importante, en materia de igualdad ante la ley, fue discutido durante la tramitación de esta materia. En efecto, se consideró integrar dentro del marco de protección de la LEVG, a los menores de edad que hayan sido testigos de los delitos que forman el catálogo de delitos de esta ley. A favor de dicha tesis, se recalcó que no es justificable que se establezcan estatutos de protección diferenciados según la calidad procesal, lo que podría dar lugar a discriminaciones, ya que, si bien los testigos no padecen de revictimización propiamente tal, como menores de edad también deben ser amparados, en circunstancias que la búsqueda final debiera ser brindarles protección cualquiera sea su calidad en el proceso, sin exclusión alguna, y cualquiera sea el delito o intervención que les afecte⁶⁴.

Esto implicó que durante la primera etapa de discusión se ampliara el propósito del proyecto de ley original, ampliando la protección a los menores de edad testigos de delitos sexuales. No obstante, producto de posteriores enmiendas introducidas durante el segundo trámite constitucional, el texto restringió el ámbito de protección, eliminando a los testigos. Sin embargo, no pudiendo desconocerse los efectos adversos que un menor de edad testigo de delitos graves puede sufrir con ocasión de su participación en el proceso penal, ni la necesidad de protección que les corresponde por su condición de vulnerabilidad inherente, se concilió la discusión a

⁶³ *Ibíd.*, p. 114.

⁶⁴ *Id.*

través de la implementación de un protocolo de protección para testigos, que permite que su declaración sea tomada en condiciones de aislamiento, según se trate de niños o niñas o adolescentes (art. 26 LEVG).

3.2.1.3. Catálogo de delitos.

La iniciativa fijaba su objetivo original en prevenir la victimización secundaria sobre los menores de edad que fueran presuntas víctimas de delitos sexuales. Según da cuenta el Mensaje, son los delitos de índole sexual los que suelen dejar daños permanentes en el desarrollo emocional, conductual, físico, social y cognitivo de los NNA, siendo en la mayoría de los casos de difícil reparación.

Sin embargo, el catálogo de delitos primitivo omitía todo un universo de delitos que, por sus circunstancias particulares, hacen proclives a los NNA a verse expuestos igualmente a espacios reiterados de agresión y victimización secundaria (v. gr.: violencia intrafamiliar, el maltrato infantil por personas ajenas a su núcleo familiar u otros delitos que se vinculan con la vulneración de la indemnidad sexual de los menores, como los relativos a la pornografía infantil).

El carácter limitado de ese catálogo daba espacio para especular sobre la existencia de un trato discriminatorio, basado en la naturaleza del delito en el que se han visto involuntariamente involucrados ciertos menores, desviándose de su objetivo principal, el cual es evitar su revictimización desde la base de su dignidad, la igualdad ante la ley y la justicia. Aquello, en opinión de la Excma. Corte Suprema, motiva la necesidad de asegurar un estándar indispensable de igualdad, enfocado en el resguardo de la dignidad de los NNA y no en los delitos que se investigan⁶⁵.

Las críticas señaladas generaron un cambio a la redacción original del artículo 1, construyendo un catálogo de delitos más amplio, concentrado en ilícitos particularmente graves en los que haya sido víctima un NNA:

- Delitos contra la libertad personal.
 - Secuestro calificado (art. 141 incisos 4° y 5°)⁶⁶

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 98

⁶⁶ Llama la atención la incorporación del delito de secuestro. Al respecto, la doctrina mayoritaria estima que, en lo relativo a esta figura, el sujeto pasivo sólo puede ser una persona mayor de edad. *Cfr.* ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Santiago,

- Sustracción de menores (art. 142)
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
 - Violación propia e impropia (arts. 361 y 362)
 - Estupro (art. 363)
 - Sodomía (art. 365)
 - Abuso sexual agravado (art. 365 bis)
 - Abuso sexual propio (arts. 366 y 366 bis)
 - Abuso sexual impropio (art. 366 quáter)
 - Producción de material pornográfico con participación de menores (art. 366 quinquies)
 - Favorecimiento de la prostitución infantil (art. 367)
 - Favorecimiento de la prostitución impropio (art. 367 ter)
 - Violación con homicidio (art. 372 bis)
 - Comercialización, difusión y adquisición maliciosa de material pornográfico infantil (art. 374 bis)
 - Almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 374 bis)
- Delitos contra las personas.
 - Parricidio (art. 390)
 - Homicidio (art. 391)
 - Castración (art. 395)
 - Lesiones graves gravísimas (art. 397 N° 1)
 - Trata de personas (arts. 411 bis, ter y quáter)
- Delitos contra la propiedad.
 - Robo con homicidio/violación (art. 433 N° 1)

3.2.1.4. El entrevistador especializado.

Con la entrada en vigencia de la LEVG, comenzará a participar dentro del procedimiento penal la figura del entrevistador especializado. Este profesional es el

Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 203 - GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 389 - POLITTOF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 202.

principal actor encomendado a facilitar la participación voluntaria del menor en la entrevista videograbada y en la declaración judicial; siendo este, por regla general, el único al que se le permitirá interactuar directamente con menor durante la celebración de ambas intervenciones.

Según dispone el artículo 19 de la ley, para poder acreditarse como tal se debe cumplir con dos requisitos copulativos: (i) formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a NNA, según disponga el reglamento; y (ii) poseer una acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y DD.HH.

Adicionalmente, para asegurar la permanente disponibilidad de estos profesionales, la ley exige a la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, el Ministerio Público y jueces y funcionarios del Poder Judicial, que cuenten permanentemente con entrevistadores idóneos para tales funciones, teniendo en consideración sus conocimientos, experiencia, motivación y, si corresponde, su conducta funcionaria previa. Estas instituciones deberán garantizar que sus entrevistadores puedan llevar a cabo sus funciones de forma exclusiva o preferente y generar las condiciones necesarias para otorgarles una formación continua, evaluación y seguimiento.

La designación del entrevistador variará según la etapa en la que este deba participar. En la entrevista investigativa, este será designado por el fiscal, siempre en observancia de los principios orientadores de esta ley (art. 6). Incluso, cabe la posibilidad de que el fiscal que lleva la investigación se autodesigne como entrevistador, pues, si bien la disposición del artículo 6 no regula expresamente dicha facultad, al realizar una interpretación armónica con el inciso tercero del artículo 15 de la ley, así como su historia fidedigna, se debe entender que esta opción no está prohibida.

No será necesario que el entrevistador - cuando no sea el mismo fiscal - sea dirigido o asistido remotamente por el fiscal a cargo de la investigación, lo cual se condice con los requisitos de formación del entrevistador, quien deberá ser competente y entrenado específicamente para la realización de entrevistas adaptadas a menores de edad, otorgándole autonomía para dirigirla según las

necesidades y características que presente el NNA en esta instancia. Igualmente, deberá entenderse que, de contarse con los medios necesarios para la comunicación remota con el entrevistador, el fiscal podrá efectuar preguntas a través del entrevistador, siempre que ello no implique una comunicación directa con el menor.

Por su parte, en cuanto al entrevistador que participará en la declaración judicial, su designación queda a manos del juez de garantía durante la celebración de la audiencia de preparación del juicio oral, debiendo escuchar previamente a los intervinientes al respecto. En este sentido, debemos recordar que quien dirige en forma exclusiva, directa y excluyente el procedimiento judicial es el juez, tarea que no admite la interferencia de ninguna otra autoridad. Por ello, la designación del entrevistador será facultad exclusiva del juez de garantía, solo pudiendo ser modificada por el tribunal oral en lo penal que continúe con la siguiente etapa del juicio oral, para designar a un entrevistador habilitado que sea funcionario del Poder Judicial o un juez del mismo tribunal.

En este mismo orden de ideas, la declaración judicial será controlada, dirigida y supervisada exclusivamente por el juez presidente del tribunal oral o el juez de garantía, en su caso. Durante la discusión legislativa, la Corte Suprema fue categórica en plantear que el entrevistador judicial fuera siempre el juez presidente del TOP, puesto que el uso de un intermediador entre el tribunal y el menor desconocen que la dirección del juicio oral exige también la observancia a la inmediatez de la prueba ante el tribunal, lo que se transgrede en todo caso cuando la relación entre ambos debe ser efectuada de manera remota, sin contacto directo con el menor y a través de un intermediador. En este sentido, el Excelentísimo Tribunal expuso:

“La dirección del procedimiento el Constituyente se la entrega exclusivamente al juez, por lo cual el examen de quienes deponen en estrados se realiza en su presencia y con la participación de los intervinientes. En el caso que estos últimos no puedan efectuar la entrevista de los testigos o peritos, es el magistrado el llamado a hacerlo, igualmente es la autoridad judicial quien resuelve todo cuestionamiento al interrogatorio, por lo que no resulta apropiada el establecimiento

*de la figura del entrevistador y la regulación como la hace el proyecto de la entrevista judicial.*⁶⁷

Para conciliar dichas críticas, la LEVG limita la participación del entrevistador, quien asistirá al tribunal en la toma de la declaración judicial, adaptando las preguntas del tribunal a un lenguaje adecuado al desarrollo evolutivo del menor deponente. Sin embargo, aquello que la ley denomina como “asistencia”, le otorga al entrevistador cierta autonomía para transmitir la pregunta en un lenguaje apropiado a las características del menor, sin requerir confirmación del tribunal o de los intervinientes. Como advierte Duce, esta modalidad del teléfono puede ser conflictiva para la defensa del imputado, pues su desarrollo impone sobre las preguntas de la defensa un doble filtro que dificulta la interrogación al testigo, existiendo mayores posibilidades de que las preguntas originales se diluyan, perdiendo el efecto deseado por quien la realiza, lo que puede generar graves tensiones frente al derecho a contraexaminar la prueba o sobre la fidelidad del relato⁶⁸. De ello se advierte que toda pregunta emanada directamente del entrevistador o que cambie significativamente la pregunta, junto con su respuesta, tendrá que ser excluida por el tribunal por constituir prueba ilícita.

Para otorgar mayores garantías, la ley enfatiza en el deber del presidente del tribunal o del juez de garantía, en su caso, para velar por que el entrevistador desarrolle su tarea de forma neutral e imparcial, cautelando especialmente que este haga las preguntas conforme a los límites que dispone la ley. Una forma más concreta que establece la ley para velar por la imparcialidad del entrevistador se manifiesta en el inciso tercero del artículo 15, el cual dispone una prohibición absoluta sobre los fiscales o abogados asistentes de fiscal del Ministerio Público, quienes no podrán ejercer dicho cargo en ningún caso. De forma similar, cuando se trate de funcionarios de Policía de Investigaciones o Carabineros, no podrán tomar

⁶⁷ BCN. Historia de la ley... Ob. cit., p. 196

⁶⁸ Cfr. DUCE, Mauricio. Proyecto de ley que regula la declaración de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal: algunas luces y muchas sombras. *El Mercurio Legal*, EMOL [En línea]. 03/Abril/2017. [Consulta: 03/Julio/2018] Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2017/04/03/Proyecto-de-ley-que-regula-la-declaracion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-el-proceso-penal-algunas-luces-y-muchas-sombras.aspx>>

el cargo de entrevistador si hubieren participado en alguna diligencia investigativa distinta a la entrevista investigativa videograbada.

La LEVG mantiene abierta la posibilidad de que el entrevistador que hubiere realizado la entrevista investigativa pueda continuar en la declaración judicial, si ello redundara positivamente en el interés superior del menor. Sin embargo, la continuidad del mismo entrevistador apareja amenazas contra la objetividad e imparcialidad de la declaración judicial, en el sentido de que el primer entrevistador ya puede haber generado sesgos contra el imputado. Por lo demás, no parece equitativo para la defensa que, en el marco del contrainterrogatorio, las preguntas a la víctima sean formuladas por un funcionario de las instituciones de policías, quienes, como auxiliares del Ministerio Público en la investigación penal, pueden poseer sesgos personales o motivaciones profesionales que los incentive a corroborar los hechos de la acusación. Incluso se puede prever que la participación del mismo entrevistador en ambas intervenciones podría ejercer presión sobre el menor para que este declare de la misma forma en que lo haya hecho en la primera entrevista.

Por último, un aspecto relevante que no fue incluido dentro de la regulación se refiere al género que debe poseer el entrevistador. Esto no es trivial, pues en muchos casos este factor puede ser fundamental para disminuir la sensación de ansiedad o miedos que pueda sufrir el menor, máxime cuando el género del entrevistador sea el mismo que el del presunto autor del hecho delictivo que denuncia. Por tanto, para asegurar correctamente el objetivo de reducción de victimización secundaria, el fiscal o el juez respectivo, al designar al entrevistador, deberán tener en especial consideración los antecedentes del hecho denunciado, así como las preferencias del menor en cuanto al género del entrevistador designado en su causa. De no seguirse esta recomendación, se vulnerarían gravemente los principios orientadores de esta ley, así como los derechos fundamentales del menor víctima.

3.2.1.5. La sala especial.

El recinto donde se efectúe la entrevista videograbada, deberá estar ambientado de modo que pueda garantizar un ambiente cálido y acogedor para los NNA, con implementos adecuados en atención a su edad y etapa evolutiva. De acuerdo con el artículo 21, en relación al artículo 20 de la LEVG, dichas salas deberán reunir las condiciones necesarias que:

- a) Protejan la privacidad de la interacción del NNA.
- b) Resguarden la seguridad del NNA.
- c) Permitan controlar la presencia de los participantes.
- d) Sean tecnológicamente adecuadas para videografiar el relato del menor y, en el caso de la declaración judicial, que permitan su reproducción inmediata y su intercomunicación.

En cuanto a las personas que podrán observar la entrevista investigativa, entendemos que, al no haber mención expresa en la ley, será facultad del fiscal autorizar la presencia de otros interesados, siempre en resguardo de la privacidad y seguridad del menor. De este modo, de contar la sala con un sistema de circuito cerrado podrían presenciar la audiencia los representantes legales del menor, el abogado querellante, funcionarios de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), el curador ad litem u otras personas expresamente autorizadas por el fiscal. En este mismo orden de ideas, en los casos en que el imputado ya ha sido determinado o formalizado, podría permitirse su presencia a través de su abogado defensor y, eventualmente, con algún perito de la defensa, lo que permitiría superar ciertas barreras impuestas al acceso a la prueba.

En relación a la declaración judicial, obviamente, se exige que esta sea tomada en una sala distinta a aquella en que se realice la audiencia, que cumpla con los requisitos mencionados y que cuente obligatoriamente con un sistema especial de circuito cerrado, que permita la intercomunicación inmediata con la sala de audiencia.

Esta sala logra cumplir con el objetivo de extraer al menor de la audiencia y evitar la confrontación con el imputado, sin embargo, esta extracción atenta contra la inmediatez de la prueba y las facultades generales del tribunal para evaluarla,

pues, según se desprende del artículo 13 de la ley, respecto al objeto de la declaración judicial, en la sala “solo estarán presentes el entrevistador y el NNA”, lo que se impone como una prohibición absoluta sobre el tribunal, al quien le estará vedado presenciar personalmente la declaración judicial. Al respecto, sólo será posible que el respectivo tribunal pueda participar presencialmente en la declaración si es que se hubiere designado como entrevistador a uno de los jueces que lo integran.

3.2.1.6. Medidas de protección a favor de los NNA.

A) La reserva del contenido de la entrevista investigativa videograbada y la declaración judicial.

El resguardo de la dignidad de los menores víctimas amparados por esta ley se presenta como un principio fundamental al que todos los actores del proceso penal deben atender en todo momento. Es por esto que la ley, en su artículo 23, se refiere a la reserva del contenido de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial.

Respecto al registro de la entrevista investigativa videograbada, rige una prohibición de carácter relativo, en el sentido de que solo podrán acceder a él los intervinientes del proceso, las policías cuando deban cumplir con una diligencia específica, los jueces de familia cuando corresponda y los peritos de las partes con la finalidad de elaborar sus informes respectivos.

Tanto los intervinientes, las policías y los peritos podrán requerir la entrega de una copia del registro audiovisual de entrevista - solicitud a la cual el fiscal no se podrá negar, salvo que se hubiere decretado la reserva absoluta conforme al artículo 182 CPP – pero sólo cuando previamente se hubieren distorsionado aquellos elementos que permitan identificar al NNA, sin que ello afecte a la calidad del registro para su correcta comprensión. Por su parte, estos mismos actores podrán acceder al registro íntegro y fidedigno de la entrevista, sin las distorsiones, mediante su exhibición en dependencias del Ministerio Público.

Antes de continuar con la descripción de esta norma, es necesario detenernos en este punto. A nuestro juicio resulta dudosa la formulación de esta prohibición en

lo relativo al acceso de los peritos de las partes. Ello debido a que se pone en riesgo la eficacia del peritaje si es que este se hace sobre la base de un video distorsionado, lo que impediría conocer ciertas características gestuales del menor, en especial sobre aquellos gestos faciales propios del lenguaje no verbal (microexpresiones, la dirección de la mirada, gestos labiales, dilatación de la pupila, etc.) que permitirían determinar ciertos rasgos propios del engaño.

Si bien la ley intenta hacerse cargo de esta preocupación, a través de la posibilidad de acceder al registro íntegro en dependencias del Ministerio Público, la prevención sigue vigente, pues podría incidir negativamente contra la celeridad de los peritajes, ya que implicaría coordinar con el fiscal, quienes tienen una carga excesiva de causas, pudiendo darse la situación de que otorguen el acceso por un tiempo limitado y en plazos extendidos. Por lo demás, el trabajo de los peritos puede exigir que deban hacer una intervención del registro (ampliar detalles o acentuar el audio), lo que será complejo realizar en los equipos institucionales, que difícilmente poseerán la capacidad de procesamiento o el software adecuado para ejecutar dichas tareas⁶⁹.

Si bien la protección a la intimidad se mantiene como un fin manifiestamente positivo, estimamos innecesaria la regulación referida, por lo menos en relación a los peritos, pues entendemos que la intimidad del menor ya se encuentra suficientemente protegida con el deber general de reserva, lo que además se ve reforzado con el establecimiento de un nuevo tipo penal en la parte final del artículo en comento, que sanciona con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, “al que fotografíe, filme, transmita, comparta, difunda, transfiera, exhiba, o de cualquier otra forma copie o reproduzca el contenido de la entrevista investigativa videograbada o declaración judicial o su registro, sea total o parcialmente, o maliciosamente difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia.”

Por otro lado, este artículo hace referencia a la presencia de terceros ajenos al juicio, los que no podrán presenciar la declaración judicial o la exhibición de la

⁶⁹ Cfr. BCN. Historia de la ley.... Ob. cit., p. 503 y 505.

entrevista videograbada en la audiencia, salvo que el tribunal, por razones fundadas, autorice su ingreso a la sala. Asimismo, los medios de comunicación y las personas que presencien el juicio oral estarán sujetos al tipo penal mencionado en el párrafo anterior, lo cual no obsta a que puedan informar sobre el proceso y los presuntos responsables del hecho investigado.

Por último, respecto a la declaración judicial, la LEVG establece una prohibición absoluta al acceso de su registro audiovisual, la cual se extiende sobre toda persona, es decir, nadie podrá acceder al video. Sin embargo, esta prohibición se alza relativamente respecto al audio de dicha intervención, del cual únicamente los intervinientes podrán obtener copia fidedigna.

B) Medidas generales de protección.

La norma del artículo 24 LEVG establece ciertas medidas generales de protección a la integridad e intimidad del menor, las cuales deberán ser adoptadas por el tribunal o el juez de garantía, en su caso, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes. Estas medidas de resguardo se plantean como excepciones al principio de publicidad del juicio oral, similares a las planteadas por el artículo 289 CPP, las que esta vez se fundan en el resguardo del interés superior del menor. Estas medidas durarán el tiempo que el tribunal disponga en la resolución que las adopte, pudiendo renovarlas cuantas veces sea necesario. Estas son:

- a) Supresión de las actas de audiencias cualquier información que permita identificar directa o indirectamente al menor.
- b) Prohibir a los intervinientes que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social relativas a la identidad de la víctima y su declaración. Esta prohibición no impide que se pueda informar acerca del desarrollo de la causa o sobre los supuestos responsables del hecho punible, en concordancia con el artículo 23.
- c) Prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la sala de audiencia.

- d) Resguardar la privacidad del NNA que concurra a declarar, y evitar que tenga contacto con los demás asistentes a la audiencia, especialmente durante el ingreso y salida del recinto donde funcione el tribunal.

Asimismo, la parte final del artículo 24 extiende la obligación de resguardo al Ministerio Público, quien, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá adoptar todas las medidas que sean procedentes para conferir al NNA la debida protección. Este inciso no hace una referencia explícita a que medidas dispone el fiscal para proteger a la víctima, por lo que debemos entender que podrán ser cualquiera de las dispuesta en este mismo artículo y, además, las medidas generales de protección a los víctimas, en función del mandato constitucional del artículo 83 CPR⁷⁰.

C) Medidas especiales de protección al NNA víctima.

Como una reafirmación de la primacía del interés superior del menor y la protección contra posibles peligros para el ofendido, el artículo 25 de la ley se encarga de establecer ciertas medidas de protección que podrán ser solicitadas al juez de garantía, en cualquier etapa del procedimiento e incluso antes de la formalización, ya sea por el fiscal, el querellante, el curador ad litem o la misma víctima. Estas son:

- a) Prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éstos permanezcan, visiten o concurren habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
- b) El abandono del presunto agresor del hogar que le sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido, cuando corresponda.

⁷⁰ Entre estas comprendemos las de la letra a) del art. 109 CPP, el derecho de toda víctima a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; los incisos primero y segundo letra b) del art. 78 CPP, que consagra el deber del Ministerio Público de adoptar medidas o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de delitos y sus familias frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

- c) Confiar el cuidado del niño, niña o adolescente a una persona de su confianza, y que, a juicio del tribunal, reúna las condiciones necesarias para resguardar su integridad física y psíquica.

Las medidas de protección de los literales a) y b) se presentan como restricciones a la libertad personal del presunto autor del hecho, en la misma línea que aquellas dispuestas en el artículo 15 de la ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar⁷¹, las que podrán decretarse en una audiencia en la que no se encuentre la defensa, es decir, sin legítimo contradictor y sin un previo emplazamiento del imputado, lo que plantea serios obstáculos al debido proceso. De todos modos, la idoneidad de esta norma encuentra su justificación en la norma constitucional de la letra b) del artículo 19 N° 7.

Por último, este artículo establece el deber que corresponde al tribunal respectivo a remitir de manera inmediata copia íntegra de los antecedentes que tuvo en consideración para acoger la medida de protección al juzgado con competencia en materias de familia, para que este de inicio a los procesos pertinentes para resguardar el interés superior del menor víctima.

D) Protección especial para la declaración judicial de menores de edad.

Como ya hemos prevenido, durante la discusión legislativa se planteó la posibilidad de ampliar el ámbito de protección a los testigos menores de edad que hayan presenciado la comisión de alguno de los delitos que integran el catálogo de protección de esta ley. Sin embargo, esta iniciativa fue descartada para no desvirtuar la idea matriz del proyecto de ley, evitando posibles discusiones acerca de la constitucionalidad de la norma o sobre la existencia de posibles discriminaciones arbitrarias sobre los menores de edad que sean sindicados como responsables de delitos.

De todos modos, en aplicación de la garantía de igualdad ante la ley y el interés superior de los menores (en especial a no someterlo ante tratos crueles o

⁷¹ El artículo 15 de la ley sobre violencia intrafamiliar señala: *“En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley N° 19.968 y las aludidas en el artículo 7° de esta ley”.*

denigrantes), es que esta ley obliga al tribunal o al juez de garantía, en su caso, a decretar que la declaración judicial de los niños y niñas (menores de 14) sea tomada en una sala especial, que cuente con un sistema interconectado de comunicación que permita que el juez lo interrogue presencialmente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Asimismo, cuando el testigo sea un adolescente, el tribunal podrá considerar sus circunstancias personales y psicológicas, para adoptar medidas de protección especiales que tengan por objeto impedir que el adolescente tenga contacto directo con los intervinientes o el público, como por ejemplo con la utilización de una sala especial, en los términos señalados en el párrafo anterior.

3.2.2. LA DENUNCIA.

La denuncia del delito supone para el NNA el primer contacto con el sistema procesal penal, etapa que inicia una serie de relaciones con la administración de justicia, la que comúnmente fija su objetivo en la búsqueda de la verdad sin tomar en consideración las necesidades de la víctima, constituyéndose como una de las primeras fuentes generadoras de victimización secundaria, a través del actuar desmedido de funcionarios que presionan al menor para obtener un relato completo, la falta de privacidad al efectuar la denuncia, la falta de información u orientación entregada a la víctima y la existencia de dilaciones innecesarias en su atención.

La manifestación de cualquiera de aquellos factores genera en el menor un severo menoscabo, capaz de intensificar gravemente la sensación de indefensión, humillación y ansiedad, e incluso disminuyen su capacidad para aportar un testimonio exacto. Por estas razones, la protocolización de esta primera etapa debe procurar evitar que la denuncia se convierta en un interrogatorio.

Por otro lado, la existencia de distintas instituciones competentes para recibir la denuncia plantea una de las primeras dificultades para conseguir el objetivo de reducir la victimización secundaria, pues, según señaló el INDH, implica a su vez la existencia de protocolos diferenciados según la institución que la reciba. Incluso, dentro de una misma institución los protocolos de atención varían, ya que las pautas de entrevistas no resultan ser estandarizadas ni consensuadas entre los diversos

operadores, por lo que cada uno pregunta desde su saber y necesidad de conocimiento⁷².

Bajo esta premisa, el inciso primero del artículo 4, ratifica la aplicación de la norma general para formular denuncias (art. 173 CPP). Es decir, la denuncia podrá ser interpuesta por cualquier persona, directamente ante el Ministerio Público o ante funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones o cualquier tribunal con competencia en lo penal. Sin embargo, su aplicación está expuesta a algunas modificaciones que tienen por objeto velar por la celeridad de los procedimientos y la participación voluntaria del menor, junto con su privacidad y seguridad. Además, se regulan las condiciones en que un adulto puede acompañar al menor víctima, a fin de garantizar que su intervención no contamine o reemplace la declaración voluntaria del menor, según veremos a continuación.

3.2.2.1. Recepción de la denuncia.

El funcionario encargado de recibir la denuncia podrá consultar al NNA los datos necesarios para su identificación, pero no podrá forzarlo a entregar esta información si el menor no quisiera hacerlo o solo lo hiciera parcialmente. A continuación, el funcionario deberá escuchar y registrar íntegramente todas las manifestaciones verbales y conductuales que el menor, espontánea y voluntariamente, realice.

Adicionalmente, la ley impone sobre el funcionario que recibe la denuncia la prohibición absoluta de exponer al NNA a preguntas que busquen esclarecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes.

Vale advertir que dicha prohibición fue particularmente criticada por el Ministerio Público, argumentando que puede ser complejo y hasta perjudicial plantear una prohibición absoluta a la facultad de interrogar al menor que se presente a denunciar sin la compañía de un adulto, pues ello podría impedir recabar antecedentes básicos del hecho y, en consecuencia, entorpecer el acceso oportuno a todos los antecedentes necesarios para adoptar las decisiones procesales dentro de su ámbito de competencia, instruir diligencias de investigación y poder evaluar

⁷² *Ibíd.*, p. 146

la situación de riesgo del menor, retardándose la posibilidad de disponer o solicitar medidas protección a favor del NNA⁷³.

Por otro lado, si bien no es señalado explícitamente por la ley, a nuestro juicio, la limitación que recae sobre el funcionario debería interpretarse también como una prohibición de emitir opiniones sobre el hecho, las personas involucradas o su admisibilidad procesal, debido a que estas podrían desincentivar que la víctima continúe con la acción o disminuir su participación en el proceso judicial.

Por su parte, el inciso quinto del artículo 4 regula la participación de un adulto de confianza del menor, que lo acompañe a interponer la denuncia. Con esto, la ley busca prevenir la contaminación del relato del menor, puesto que existen casos en que la denuncia es impulsada por un adulto, quien intenta satisfacer pretensiones propias contra el imputado; o bien, situaciones en que un menor desarrollo cognitivo del NNA – o la ansiedad que le pueda causar la entrevista -, disminuyen su habilidad para verbalizar los hechos, lo que instará al adulto acompañante a complementar la denuncia del menor, restándole veracidad al relato.

Bajo esos supuestos, el funcionario deberá garantizar y procurar que la presencia del adulto no altere ni entorpezca la participación voluntaria del NNA. Con todo, la ley le otorga la instancia al adulto para exponer acerca del conocimiento que tuviere de los hechos denunciados por el NNA, así como para entregar los datos necesarios para determinar la identidad del menor, participación que deberá realizarse una vez tomada la declaración del NNA, procurando que este no escuche el relato ni las preguntas que se le realicen al adulto.

3.2.2.2. Plazo para comunicar la denuncia al Ministerio Público.

Un aspecto relevante lo constituye la disminución del plazo máximo para comunicar aquellas denuncias que no hubieren sido interpuestas directamente en dependencias del Ministerio Público.

Según dispone el inciso sexto del artículo 4, dicha comunicación deberá ser puesta en conocimiento del fiscal que corresponda, de la forma más rápida posible y por la vía más expedita, plazo que jamás podrá superar las 8 horas desde la

⁷³ *Ibíd.*, p. 226

recepción de la denuncia. Esta regla disminuye el plazo para comunicar la denuncia que asiste a las personas sujetas a obligación de denuncia, prescrita en el artículo 176 del CPP, según el cual, esta debe remitirse dentro de las 24 horas siguientes al momento en que tomen conocimiento del hecho criminal.

El uso de la expresión “*de la forma más rápida posible y por la vía más expedita*” permite la utilización de todo el espectro de medios comunicacionales que entrega la tecnología actual, a fin de alcanzar la forma de comunicación más fluida que se disponga, requisito indispensable para una correcta disminución del factor tiempo como generador de revictimización.

Paralelamente, la LEVG considera mecanismos especiales de derivación y comunicación entre los sistemas procesales de familia y penal, en aquellos casos en que, con ocasión de una pericia ordenada en el curso de un procedimiento penal distinto, el NNA señale antecedentes que hicieren presumible la comisión de algún delito contemplado en el catálogo del artículo 1. Ante esto, el perito deberá ceñirse a lo señalado para la recepción de denuncias del artículo 4°, disponiendo, sin embargo, de un plazo máximo de 24 horas para poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público.

En el caso de que la pericia hubiere sido ordenada por un tribunal con competencia en materias de familia, el perito deberá remitir a dicho tribunal los antecedentes que haya recopilado, dentro del plazo máximo de 24 horas. El tribunal, con el mérito de la comunicación, deberá ordenar remitir copia de los antecedentes de la causa al Ministerio Público, en un plazo no especificado, pero en concordancia al espíritu de la ley, entendemos que deberá ser de la forma más rápida posible y por la vía más expedita.

Cabe hacer presente que durante la discusión se consultó por las consecuencias jurídicas que surgirían si no se cumplen con los plazos de derivación. Aunque no se plasmó una solución a esta prevención en la ley, en su historia fidedigna se resuelve la cuestión, siendo procedente la responsabilidad administrativa del funcionario a cargo de la derivación, pero sin que ello genere

vicios sobre el valor probatorio de la entrevista videograbada realizada fuera de los plazos máximos de derivación⁷⁴.

3.2.2.3. Otras diligencias de investigación y adopción de medidas de protección y asistencia al NNA víctima o testigo.

Una vez que la denuncia ha sido recibida y puesta en conocimiento del Ministerio Público, este tendrá un plazo de 24 horas para determinar las diligencias de investigación a realizar y, conjuntamente, deberá adoptar las medidas de protección dispuestas en el artículo 25 LEVG⁷⁵, las que podrán ser complementadas con las medidas generales de protección de víctimas y testigos que puede adoptar autónomamente el Ministerio Público.

Por último, el inciso final del artículo 4 dispone una nueva obligación para el Ministerio Público, la que, de *lege lata*, no existía previamente. Según esta, en aquellas situaciones en que el fiscal detectare antecedentes de grave de vulneración de derechos del NNA, que sean atribuibles a acciones u omisiones de su padre, madre o de ambos, o de la persona que lo tenga a su cuidado u otra persona que viva con él o ella, el fiscal deberá informar al juzgado de familia competente o al juez de garantía, en su caso, con el fin de requerir la adopción de medidas de protección necesarias para otorgar la debida protección al NNA.

3.2.3. LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA.

La LEVG regula entre sus artículos 5 al 12, los principales aspectos y alcances de la entrevista investigativa videograbada. A través de estos ocho artículos, se determina el objeto de la entrevista, la designación del entrevistador, la oportunidad para su realización y directrices para su desarrollo, la posibilidad de suspenderla, la eventual celebración de una segunda entrevista videograbada, la procedencia de otras diligencias investigativas que supongan la presencia del NNA, el ejercicio del derecho a participación voluntaria del menor y la prohibición de referirse al contenido de la entrevista que pesa sobre los testigos del juicio oral.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 227.

⁷⁵ *Supra* pp. 59 – 60.,

3.2.3.1. Objeto de la entrevista investigativa videograbada.

El objeto de la entrevista investigativa videograbada será “disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, procurando, por esta vía, evitar la exposición reiterada e injustificada del menor a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal.”

La entrevista investigativa será la primera diligencia investigativa del procedimiento penal y, como tal, guiará en gran medida el ejercicio de la actividad persecutora del Ministerio Público. Su correcta realización será fundamental para reunir antecedentes objetivos, precisos y relevantes para determinar la existencia del hecho investigado y la participación o culpabilidad del presunto autor, junto con ser el momento idóneo para recabar la información que permita al fiscal de cargo tomar las medidas de protección necesarias para proteger efectivamente al NNA de nuevas victimizaciones o futuras represalias.

Su videograbación permitirá preservar su contenido y conservar íntegramente el relato del menor, en conjunto con las emociones y actitudes que este despliegue durante esta diligencia. Además, su registro servirá como herramienta esencial para corroborar si el actuar del entrevistador se ajusta a las metodologías y técnicas de entrevistas exigidas por el Ministerio de Justicia o si su desarrollo se adecua a las necesidades particulares del NNA, según lo que su desarrollo evolutivo y demás características personales demanden.

A su vez, la videograbación permitirá conservar el relato primitivo del menor, lo cual evitaría su posterior contaminación o eventuales retractaciones. Por lo demás, su registro disminuye la innecesaria reiteración de entrevistas, las que podrían causar inconsistencias en sus relatos o mayores posibilidades de que terceras personas guíen, dirijan o induzcan al menor a dar una determinada declaración.

3.2.3.2. Oportunidad de la entrevista investigativa videograbada.

La entrevista investigativa videograbada deberá celebrarse en el tiempo más próximo a la denuncia, a menos que el NNA no se encuentre disponible o en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella.

Para calificar si la indisponibilidad del menor es justificada, la ley recurre a los profesionales de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos (UAVT), quienes deberán realizar esta evaluación en el menor tiempo posible, resguardando las condiciones que garanticen la menor interacción presencial del menor. Asimismo, en el desarrollo de esta evaluación se prohíbe la formulación de preguntas que tengan por objeto indagar en el hecho investigado o en la determinación de sus partícipes.

En lo concerniente al plazo requerido para celebrar la entrevista investigativa, nos parece relevante remarcar que, en la redacción original de este artículo, el legislador exigía que la entrevista fuera realizada dentro de un plazo máximo de 72 horas, contadas desde la recepción de la denuncia. Sin embargo, el Ministerio Público cuestionó dicha redacción, observando que daría espacio a cuestionamientos sobre el valor jurídico de las declaraciones tomadas con posterioridad al cumplimiento del plazo. Asimismo, la determinación y extensión del plazo impuesto desconoce el comportamiento habitual de las víctimas de este tipo de delitos que, muchas veces, son capaces de develar o entregar información relevante de manera tardía. A todo ello, se suma que la imposición de un plazo perentorio para llevar a cabo una diligencia investigativa es contraria a las facultades constitucionales del Ministerio Público, quien detenta la dirección exclusiva de la investigación y la protección de las víctimas⁷⁶.

En nuestra opinión, la actual regulación del plazo parece adaptarse de mejor manera al mandato de interés superior, pues fija un margen más amplio para celebrarla, el cual deberá ser dispuesto en atención a las necesidades personales y desarrollo evolutivo del menor que en cada caso de trate. En muchas ocasiones, la magnitud del daño causado por el delito vuelve esencial la concesión de un

⁷⁶ BCN. Historia... Ob. cit., p. 115

periodo de acondicionamiento y preparación indeterminado, que le permitan al menor alcanzar la disponibilidad emocional necesaria para realizar la entrevista.

A propósito de la evaluación del profesional de la UAVT, se planteó la duda de los efectos que podría tener en la investigación penal una eventual evaluación negativa, es decir, la constatación de que el menor no se encuentra en condiciones de declarar. Al respecto, el abogado de la Fundación Amparo y Justicia, mencionó que la evaluación dice relación con el momento en que se llevará a cabo la entrevista videograbada y no si ésta efectivamente se realizará, por tanto, si en la oportunidad particular en que se haga la evaluación, el menor se encuentra con un impacto o trauma de tal entidad que le impedirá entregar un relato apropiado, o se determina que la diligencia podría ser victimizante, dicha actuación podría postergarse⁷⁷.

En este mismo orden de ideas, se puede prever que dicha evaluación podría entorpecer la exigencia de celeridad de los procedimientos y, además, fomentar la aparición de factores revictimizadores, al someter a los menores al contacto con múltiples funcionarios. Ahondando en este punto, la sola etapa investigativa consideraría hasta tres eventuales entrevistas investigativas: la primera, aquella exigida por el artículo 7º, la cual no podrá ser omitida bajo ninguna circunstancia; la segunda, si el fiscal estima insuficiente la información recopilada en la primera; y una tercera, si el afectado quiere hacerlo de manera voluntaria⁷⁸. El punto es, que en todas las entrevistas, el menor será sometido a la evaluación de la UAVT, lo que evidentemente aumenta las posibilidades de victimización y hace más lento todo el procedimiento. Por ello, una medida adecuada para subsanar lo planteado pasa por requerir la continuidad del evaluador de la UAVT, a fin de permitir que los lazos de confianza generados con el menor puedan facilitar la celeridad de la evaluación y asegurar el debido resguardo de su dignidad e intimidad durante la etapa investigativa.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 673

⁷⁸ *Infra* p. 61

3.2.3.3. Desarrollo y suspensión de la entrevista investigativa videograbada.

La entrevista investigativa deberá ser realizada en una de las salas especiales que regula esta ley, sin que sea necesario que cuente con los medios tecnológicos necesarios para contar con comunicación remota con el exterior. En ella, solo estarán presentes el entrevistador y el NNA.

Adicionalmente, dado al actual multiculturalismo existente en nuestro país, la autorización de la presencia de un traductor o intérprete resulta fundamental para facilitar la comunicación con el menor y evitar la doble victimización. Por ello, siempre que esa posible, el NNA debería ser entrevistado en su lengua materna o en el idioma de su preferencia si es bilingüe. En caso de entrevistas a personas de otras etnias, la inclusión de profesionales que, además, posean conocimientos sobre la religión, cultura, costumbres y creencias del entrevistado, permitirá comprender de mejor manera el relato y su vocabulario, e incluso facilitarán la detección de otros aspectos que pudieran incidir en su participación o en el desarrollo de la entrevista.

Accesorio a lo anterior, el Ministerio Público propuso que esta norma previera la posibilidad de que el entrevistado pueda ser acompañado, en la sala de entrevistas, por un animal especialmente entrenado para asistir a NNA en estas diligencias⁷⁹. Si bien esta propuesta podría afectar negativamente la concentración del menor, su inclusión permitiría disminuir sustancialmente los niveles de ansiedad que este podría presentar. Con todo, la Comisión estimó que dicha consideración tiene un carácter reglamentario que podrá ser regulado por los protocolos interinstitucionales que regirán el detalle de esta materia, dejando abierta la posibilidad de utilizar este método de asistencia de ser necesario. De todos modos, técnicas como estas pueden ser justificadas en el interés superior del menor y en el inciso final del artículo 7, que permite al fiscal adoptar las medidas de protección pertinentes que propendan a la participación voluntaria del NNA en la investigación.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 236

Por último, el artículo 9 permite al fiscal, a sugerencia del entrevistador, suspender el desarrollo de la entrevista por el tiempo mínimo necesario cuando surjan motivos que impidan al NNA continuar con dicha diligencia, lo que reafirma la tendencia del legislador de no rigidizar los términos a fin de adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses de los NNA según su disponibilidad emocional y desarrollo evolutivo.

3.2.3.4. Realización de otras entrevistas investigativas videograbadas.

Los incisos primero y segundo del artículo 10 de la norma, incorporan excepcionalmente en la etapa investigativa, la posibilidad de realizar una segunda entrevista investigativa, siempre que se reúnan ciertas condiciones que establezcan un piso aceptable, de acuerdo con el estándar de la ley. Según este artículo, el fiscal podrá disponer, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, que se proceda a una segunda entrevista investigativa, cuando se cumplan con tres requisitos copulativos:

- i) que surjan nuevos hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista investigativa videograbada, que modifiquen lo expuesto en ella y puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación;
- ii) que se deje constancia en la carpeta investigativa de la decisión del fiscal y de los hechos y antecedentes que se tuvieron en cuenta para adoptarla; y
- iii) que la decisión se someta a la aprobación del Fiscal Regional respectivo.

La Defensoría Penal Pública advirtió un problema con esta disposición, debido a que le entrega al fiscal la decisión de proceder con la segunda entrevista videograbada, y que, por lo tanto, si el fiscal decide que necesita realizar la segunda entrevista, la cual tiene el carácter de única, la defensa y los otros intervinientes,

quedarán impedidos de solicitar una nueva entrevista, apareciendo una especie de preclusión⁸⁰.

Adicionalmente, ante la denegación que haga el fiscal a la solicitud de celebrar una segunda entrevista investigativa hecha por la defensa o los demás otros intervinientes, se deberá estar a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 183 CPP, el cual permite reclamar antes las autoridades del Ministerio Público dentro del plazo de cinco días contados desde el rechazo de la solicitud, o desde el vencimiento de los 10 días que tiene el fiscal para pronunciarse respecto a esta, a fin de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la segunda entrevista. O bien, se podrá optar por reiterar la solicitud ante el juez de garantía en la oportunidad de reapertura de la investigación del artículo 257 CPP, es decir, dentro de los 10 días siguientes al cierre de la investigación.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 10, en reconocimiento del derecho a ser oído, de su autonomía progresiva y a su participación voluntaria, posibilita la celebración de nuevas entrevistas investigativas, cuando el NNA libre y espontáneamente lo solicite. Sobre esta posibilidad no se impone un límite de entrevistas, al contrario de lo dispuesto respecto a la segunda entrevista investigativa solicitada por el fiscal, entregándole a la víctima el derecho a declarar tantas veces como quiera, resguardando siempre que la nueva entrevista no le signifique mayores perjuicios y que se encuentre apto para rendirla.

Finalmente, el inciso final de este artículo dispone que la nueva entrevista investigativa videograbada deberá ser realizada por el mismo entrevistador que hubiere participado en la entrevista original y sólo excepcionalmente, en caso que éste se encontrare impedido por causa debidamente justificada, el fiscal designará un nuevo entrevistador.

3.2.3.5. Realización de otras diligencias investigativas.

En lo que respecta a la etapa investigativa, la LEVG concede al fiscal la facultad excepcional para realizar diligencias investigativas, distintas a la entrevista videograbada, que requieran la participación presencial del NNA, tales como ruedas

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 584.

de reconocimiento, reconocimientos fotográficos, peritajes de credibilidad o cualquier informe medico pericial. El artículo 11 reconoce su procedencia en la medida que sean “absolutamente necesarias”, debiendo dejarse constancia en la carpeta investigativa de los motivos que justifican su procedencia.

En lo atinente a la realización de informes periciales de naturaleza médico legal, se repite la prohibición de realizar al menor preguntas indagatorias que tengan por objeto dilucidar la participación criminal u obtener un relato del suceso que busque establecer la ocurrencia de los hechos.

Adicionalmente, cuando el fiscal ordenare la realización de algún peritaje de carácter psicológico, su decisión deberá ajustarse a las instrucciones generales dictadas por el Fiscal Nacional del Ministerio Público. Al respecto, podemos advertir que esta disposición tiene por objeto limitar la posibilidad de realizar peritajes y contraperitajes, sin eliminar completamente su procedencia, soslayando la posibilidad de engendrar problemas de orden constitucional respecto a la autonomía del Ministerio Público y a la igualdad de armas que resguarda a la defensa del imputado.

3.2.3.6. Prohibición de referirse al contenido de la entrevista investigativa videograbada.

En concordancia al inciso primero del artículo 334 CPP⁸¹, el artículo 12 de la LEVG establece una prohibición de referirse al contenido de la entrevista investigativa que pesa sobre los testigos citados a declarar en el juicio oral. El objetivo de esta norma se enfoca en impedir que el contenido de la entrevista videograbada sea utilizado dentro del juicio a través de testimonios de oídas, buscando potenciar la cantidad de pruebas que pueda presentar alguno de los intervinientes o reemplazar la declaración judicial del menor.

La prohibición se alza respecto a los peritos que hayan tenido acceso al registro o a la celebración de alguno de los testimonios del menor durante la etapa

⁸¹ Art. 334.- 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.

investigativa. Esta norma debe interpretarse en conjunto con el artículo 23 de la ley, la que permite al perito acceder al registro videograbado de la entrevista investigativa, con la finalidad de elaborar sus informes.

3.2.4. LA DECLARACIÓN JUDICIAL.

Dado el panorama general que subyace a la perpetración de delitos sexuales sobre menores de edad, se vuelve imprescindible la procedencia de la declaración judicial dentro del juicio oral, ya que en muchos casos constituye la única prueba disponible para acreditar el delito. En efecto, dadas las características de estos delitos, su acreditación se constituye como una gran desafío para los tribunales de justicia, quienes deberán evaluar la veracidad del relato del menor, en condiciones donde: (i) mayoritariamente el delito es perpetrado desde dentro del núcleo familiar o por cercanos de la víctima; b) el acto cometido en muchos casos no deja evidencias físicas; y c) por lo general, ocurren en lugares privados y alejados de testigos⁸².

3.2.4.1. Objeto y desarrollo de la declaración judicial.

Según da cuenta el artículo 13, la declaración judicial tiene por objetivo que el menor preste testimonio dentro del juicio oral en una sala separada de la que se realice la audiencia, con la sola presencia del entrevistador y el menor⁸³.

Esta será la única instancia judicial en donde el menor rinda su testimonio y la única en que existe la posibilidad para la defensa de examinar y contraexaminar la prueba rendida. Por ello, como es obvio, este testimonio debe ser valorado, respetando plenamente todas las garantías constitucionales de los intervinientes y, sobre todo, se resguarde la eficacia de principios como el contradictorio, la publicidad y oralidad.

La extracción del juicio del menor víctima, se materializa a través de la utilización de salas especiales dotadas de los instrumentos tecnológicos necesarios

⁸² BCN. Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos. [En línea] Santiago, Chile, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015. [Consulta: 25/Octubre/2018] Disponible en: <<https://bit.ly/2qcBAH1>>p. 88

⁸³ De todos modos, en los casos en que existan problemas de comunicación con el menor, el tribunal podrá permitir la presencia de un traductor u otro profesional idóneo.

para videograbarla y, paralelamente, que permitan la reproducción instantánea y comunicación remota con la sala de audiencias. Dentro de esta sala, según dispone el artículo en comento, solo estarán presentes el menor y el entrevistador - salvo excepciones -, el que hará de intermediario entre el juez y el menor para asistir a la toma de declaración.

Por su parte, el artículo 17 de la ley, regula el desarrollo de la declaración judicial. Según este, la intervención se realizará bajo la dirección, control y supervisión del juez presidente del tribunal o del juez de garantía, en su caso. Esta deberá ser realizada de manera continua en un mismo día, pudiendo el tribunal permitir las pausas necesarias para el descanso del menor. Esta posibilidad exige que se tome en consideración el interés superior del menor, tanto para pausar la declaración como para retomarla.

La protección del interés superior del menor imposibilita absolutamente que la declaración del menor víctima pueda ser realizada bajo coacción, situación que desconocería los objetivos declarados de la ley. Por ello, una correcta aplicación de los principios orientadores debe comprender la posibilidad de interrumpir o finalizar su declaración cuando, por motivos graves y calificados, el menor no pueda continuar con ella. En efecto, de una lectura sistemática del artículo 17, en conjunto con el literal b) del artículo 18, que se refiere a la reproducción del registro de la entrevista investigativa en el juicio oral, podemos entender que el tribunal estará facultado para detener la declaración judicial, y reemplazarla por la entrevista investigativa, cuando el menor, “durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufran una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración”.

Así, en aquellos casos excepcionales, la declaración del menor podrá ser reemplazada por el registro audiovisual de la entrevista investigativa, proscribiendo la posibilidad de programar una nueva audiencia para tomar la declaración al menor cuando este se encuentre disponible. A nuestro juicio, consideramos negativa esta medida, pues obstaculiza absolutamente el derecho a ser oído y participación voluntaria del menor, así como sobre los derechos del imputado a contradecir la prueba de cargo y de interrogar a los testigos.

En cuanto a la interrogación del menor, la parte final del artículo 17 proclama que los intervinientes deberán dirigir sus preguntas al juez, quien, a su vez, se las transmitirá al entrevistador. Al respecto, remitimos a lo tratado sobre el entrevistador especializado,

3.2.4.2. Reproducción del registro de la entrevista videograbada en el juicio oral.

El artículo 18 LEVG regula la reproducción de la entrevista investigativa durante el juicio oral, entendiéndose que esta procede bajo ciertas condiciones que hagan estrictamente necesaria su incorporación. Desde este supuesto, debemos desprender que la regla general será la prohibición de su reproducción durante el juicio oral, a fin de no reemplazar la declaración judicial con sus declaraciones previas.

La norma señalada especifica, de manera taxativa, los escenarios que hacen admisible la exhibición de la entrevista, la que, sin embargo, no podrá ser debatida, ordenada o materializada en presencia del NNA. Estos son:

- a) Cuando el NNA hubiere fallecido, o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio.
- b) Cuando el NNA, durante su comparecencia del juicio oral, sufra una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.
- c) Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado.
- d) Cuando se haya citado al entrevistador que haya realizado la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada.

En el caso de la letra c), el mismo artículo exige que, para autorizar la reproducción, el menor debe haber declarado en juicio. Del mismo modo, para poder materializar la exhibición, se dispone como requisito esencial que la participación del menor haya concluido, prohibiendo de manera absoluta que el menor pueda volver a participar en el juicio.

Sobre esta prohibición, podemos presagiar un conflicto sobre derechos fundamentales. Por cuanto, la confrontación entre la declaración judicial y la

entrevista investigativa deberá ser realizada sin contar con la presencia del menor, impidiendo absolutamente que este pueda volver a declarar en el juicio para aclarar sus dichos, aun cuando este voluntariamente decidiera hacerlo. Ello permite argumentar a favor de nuestra posición ya declarada, en el sentido de que medidas como estas, supuestamente respaldadas por el interés superior del menor, imponen limitaciones de corte paternalista, puesto que una vez prestada la declaración, se les cierran las posibilidades de acceso a la justicia y de ser oído. Por supuesto, esta medida no solo impone vulneraciones contra los derechos del menor, pues significará para la defensa la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación, en infracción de garantías que regulan el debido proceso.

Por último, respecto a la citación del entrevistador investigativo de la letra d), la prohibición de referirse al contenido de la entrevista rige plenamente, debiendo limitarse únicamente a informar al tribunal sobre la metodología y técnica empleada para realizar la entrevista.

3.2.4.3. Declaración judicial voluntaria de los adolescentes.

Una manifestación del derecho a participación voluntaria se encuentra en la posibilidad que se les otorga a los adolescentes a manifestar su intención de declarar en juicio sin la intervención de un entrevistador especializado.

El artículo 14 establece que cuando así lo declaren libre y voluntariamente, los adolescentes podrán solicitar esta medida especial, mediante la cual podrán prestar “[...] declaración en una sala distinta de aquella en que se encuentren los demás intervinientes, especialmente acondicionada para ello y que cuente con un sistema interconectado de comunicación que permita que el juez lo interroge presencialmente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.”

De todos modos, previo a autorizar la procedencia de la declaración judicial voluntaria, el juez deberá velar por que el adolescente se encuentre en condiciones físicas y psíquicas adecuadas para decretar la medida.

Se puede extraer del análisis de esta discusión, que el derecho de los menores a decidir sobre los asuntos que les concierne se ve en cierta medida limitada, pues

si bien se le permite prescindir de la presencia del intermediador, la ley no prevé la posibilidad de que el adolescente prefiera declarar directamente en la sala de audiencias, confrontando directamente a la defensa y el imputado. Por ello, estimamos esta medida insuficiente para resguardar el derecho a participación voluntaria, presentándose más bien como una medida de protección de carácter tutelar que no se ajusta al reconocimiento del derecho a la autodeterminación y desarrollo progresivo de los menores.

3.2.5. LA DECLARACIÓN JUDICIAL ANTICIPADA.

Por último, una de las medidas de protección de mayor relevancia dentro de la LEVG se refiere a la regulación de la declaración judicial anticipada en la etapa investigativa. Esta institución, que figura como un resabio del antiguo artículo 191 bis CPP, busca otorgarle mayor procedencia a esta modalidad de prueba, facilitando mayor celeridad en intervención judicial del menor, con el objeto de permitir que este se desvincule lo antes posible del proceso penal y, así, otorgarle un pronto acceso al proceso de reparación del delito. Además, se estima que esta forma de declaración fomenta la producción de una prueba de mayor calidad en consideración a que frente a declaraciones tomadas luego de transcurrido un mayor tiempo desde el suceso, el riesgo de pérdida o imprecisiones de los recuerdos del NNA es mucho mayor, así como la posibilidad de retractaciones de los hechos denunciados por presiones del victimario o su núcleo familiar⁸⁴.

La declaración judicial anticipada está planteada en el artículo 16 de la LEVG, la que figura como una excepción a la regla general de rendimiento de la prueba en el marco del juicio oral. En este sentido, según dispone el artículo 296 CPP, la regla general de la prueba que sirve de base a la sentencia es que se rinda durante la misma audiencia del juicio oral, resguardando efectivamente los principios de inmediación y oralidad, así como el derecho de la defensa a contradecir la prueba de cargo.

⁸⁴ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA. Propuestas de Fundación Amparo y Justicia presentadas por articulado de indicación sustitutiva del Ejecutivo. Proyecto de entrevistas videograbadas. [En línea] 04/10/2016. [Consulta: 25/10/2018] Disponible en: <<https://bit.ly/2DdzRK2>> p. 6

Según dispone el artículo citado, la solicitud de la declaración judicial anticipada podrá efectuarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral. Dicha solicitud podrá ser realizada por el fiscal, la víctima, el querellante y el curador ad litem, ante el juez de garantía, ente frente al cual se celebrará la declaración⁸⁵.

Para autorizar su celebración, el juez de garantía deberá citar a todos los intervinientes a una audiencia donde se discutirá su procedencia, debiendo tener en consideración, todos los intervinientes y en especial el juez de garantía, el interés superior del NNA, así como sus circunstancias particulares.

Frente a su acogida, el juez citará a una audiencia para su celebración, notificando a todos los intervinientes y al entrevistador que se haya designado. No será causal de nulidad su celebración en ausencia del imputado válidamente emplazado. Obviamente, la declaración judicial anticipada deberá desarrollarse de acuerdo a los estándares para la declaración judicial en juicio y en respeto de los principios rectores de la LEVG, con la única diferencia de que esta será presidida por el juez de garantía que la hubiere autorizado.

El registro audiovisual de la misma se incorporará en el juicio oral de acuerdo a lo establecido en el artículo 331 CPP (respecto a la reproducción de declaraciones anteriores a la audiencia del juicio oral), no pudiendo llamarse al NNA a declarar nuevamente, sea a través de declaración anticipada o en juicio oral, salvo ciertas excepciones:

- a. Que el NNA, libre y espontáneamente, solicitare declarar nuevamente.
- b. Por petición fundada de alguno de los intervinientes por la existencia de nuevos antecedentes que la justifiquen y que pudieren afectar sustancialmente el resultado del juicio.

En la audiencia de declaración anticipada no podrá exhibirse el registro audiovisual de la entrevista investigativa para complementar o demostrar contradicciones con lo declarado por el menor, sin embargo, podrá consultarse

⁸⁵ A este respecto, se advierte que la norma aumenta la legitimación para solicitar la declaración anticipada, la que, antiguamente, solo se le otorgaba al fiscal. Cfr. Artículo 191 bis CPP (derogado).

acerca de dichos previos solo para dejar constancia de su respuesta. De este modo, toda confrontación que deba hacerse entre la entrevista investigativa y la declaración anticipada será realizada exclusivamente entre el registro de ambas en la audiencia de juicio⁸⁶. Ello porque la discusión sobre la eficacia de la prueba, su contradicción y la valoración de esta, son instancias propias de la audiencia de juicio, no pudiendo ejercerse anticipadamente frente a un tribunal incompetente.

4. CONCLUSIONES.

El derecho internacional de los DD.HH., ha buscado con vehemencia poner énfasis a los derechos de las víctimas, intentado que su participación en el proceso penal no se transforme en nuevos sufrimientos que obstaculicen el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia o al derecho a la reparación. De este modo, se ha resaltado la existencia preocupante de una forma de violencia institucional y social al que son sometidos cuando se ven enfrentados a las instituciones encargadas de la persecución penal, las que, por lo general, han dirigido sus intereses a la conquista de la verdad, transformando a la víctima más bien en un instrumento probatorio del procedimiento, sin preocuparse del derecho que les corresponde a recibir un trato justo y digno.

En específico, la preocupación por disminuir la victimización secundaria ha sido particularmente dirigida a proteger a las víctimas más vulnerables, las que comprenden a todas aquellas personas que, por razones personales, o circunstancias particulares se encuentran especialmente dificultadas para ejercitar con plenitud ante los sistemas de justicia los derechos que les han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico. Así, se ajustan dentro de esta categoría a las mujeres, los pueblos originarios, los migrantes, los adultos mayores, las personas discapacitadas, las minorías sexuales, las personas en condiciones de pobreza, las víctimas de delitos particularmente graves y, sobretodo, los menores de edad.

Por supuesto, los menores de edad han sido una de las preocupaciones fundamentales para el desarrollo de los DD.HH. de los últimos siglos. Aquello se ve reflejado con la gran aceptación que tuvo la Convención sobre los Derechos del

⁸⁶ Cfr. art. 18 LEVG.

Niño, instrumento que ha servido para motivar a los gobiernos de todo el mundo a considerar los derechos y la protección integral de la infancia dentro de los elementos principales de sus reformas legislativas. Con ello, el intenso proceso de adecuación de los mandatos de la Convención influyó al nacimiento de la corriente dogmática conocida como la doctrina de la protección integral.

Con el advenimiento de la doctrina de la protección integral se adoptaron nuevas definiciones de los conceptos plasmados en la Convención. Se elaboraron y perfeccionaron mecanismos para la protección de estos derechos. Eventualmente, gracias al amplio diálogo de los Estados vinculados y especialistas versados en la materia, se incorporaron en la normativa internacional derechos que no figuran en la Convención misma, como el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la protección contra la victimización secundaria. Todo ello ha transformado a la doctrina de la protección integral en un concepto que ha servido para promover la Convención como una doctrina nueva, especializada y abierta a su continuo desarrollo.

Como hemos advertido en esta investigación, dentro del modelo planteado por la doctrina de la protección integral se ha puesto especial acento en el resguardo de los menores víctimas de delitos, sobretodo respecto a aquellos que han sido víctimas de vejámenes particularmente lesivos a su indemnidad sexual y autodeterminación. Ello es un efecto directo de la reivindicación de los menores como sujetos plenos de derecho, así como del redescubrimiento de los derechos de la víctima a participar activamente dentro del procedimiento, a no ser objeto de nuevos sufrimientos y el derecho a la justicia que les corresponde en razón de su dignidad personal.

Así, en lo atinente a la protección contra la victimización secundaria, se han propuesto una diversidad de medidas especiales de resguardo, entre las que se encuentran la extracción del menor ante tribunales de justicia, la no confrontación con el imputado, la utilización de cámaras especiales de entrevistas, la grabación en video de sus intervenciones, la celeridad de los procedimientos y, en especial, la especialización y profesionalización del sistema judicial y sus operados.

En el ámbito nacional, la ley N° 21.057 sobre entrevistas videograbadas, recoge estas preocupaciones y utiliza los lineamientos mencionados para generar un estatuto diferenciado de protección a favor de los menores de edad víctimas de delitos sexuales y otros delitos graves. Por supuesto, su loable objetivo es merecedor de la mayor de las alabanzas, puesto que pocos atentados en contra de la dignidad humana producen un efecto tan nocivo como estos delitos, situación que se agrava exponencialmente cuando precisamente la víctima es un menor de edad, en cuyo caso la fragilidad física e inmadurez psicológica dificultan su capacidad para afrontar el delito y sus consecuencias, así como para reparar el daño causado⁸⁷.

En esta línea, esta ley busca reducir al máximo la participación forzosa del menor víctima dentro del procedimiento penal y prohibir injerencias innecesarias sobre su vida por parte del sistema judicial y sus operadores. Así, uno de los pilares fundamentales de esta ley es la reducción del número de entrevistas, limitándose preferentemente a dos instancias durante el procedimiento penal. En primer lugar, la entrevista investigativa videograbada, la que será dirigida por el Ministerio Público, y en segundo lugar como declaración judicial, ya sea anticipada o dentro del juicio, la que será conducida por el tribunal en lo penal que corresponda.

A su vez, implementa una nueva modalidad para celebrar estas entrevistas y declaraciones, las que deberán ser siempre videograbadas, con el objeto de acudir a su registro audiovisual en vez de requerir nuevas entrevistas del menor. Paralelamente, se introduce la figura del entrevistador especializado, que tendrá como función evitar que el menor tenga contacto directo con los intervinientes procesales, sirviendo como intermediario en la forzosa relación con los menores víctimas. La LEVG contempla que dicho entrevistador debe ser una persona capacitada profesionalmente y acreditada por el Ministerio de Justicia y DD.HH.

Ahora bien, dado que algunas de las medidas de protección creadas por la LEVG pueden limitar el pleno ejercicio de los derechos de los intervinientes procesales, máxime cuando se trata de la participación de la víctima como único testigo del delito; es que se hace necesario examinar la proporcionalidad de estas,

⁸⁷ BCN. Historia.... Ob., cit., p. 3

para reconocer si cumplen con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, en cuanto al número de intervenciones personales del menor, se ha hecho énfasis en lo dañino que puede resultar el exponerlos a un sinnúmero de entrevistas, en condiciones no adecuadas a su edad ni desarrollo progresivo, para obtener en muchos casos la misma información, o peor aun, relatos contradictorios o influenciados por los intereses de los adultos. Las tendencias actuales han ratificado la necesidad de limitar al mínimo las intervenciones del menor, en resguardo de la preeminencia de su interés superior.

Como hemos advertido en nuestra investigación, el principio de proporcionalidad debe ser aplicado cuando una medida resulta restrictiva de algún derecho fundamental. Por ello, la extracción debe ser analizada desde las dos etapas en que está regulada: la etapa investigativa y la judicial.

En cuanto a la extracción del menor durante la etapa investigativa, hemos reconocido que la ley reduce a una entrevista investigativa obligatoria, pudiendo celebrarse una segunda sólo en casos excepcionales. Además se resguarda el derecho del menor a solicitar una nueva, cuando lo manifieste libre y espontáneamente. Con estos antecedentes, podemos argumentar que esta extracción es completamente idónea y necesaria para reducir la victimización secundaria en la etapa investigativa, bajo el entendido de que es esta fase la que mayores perjuicios puede ocasionar sobre el menor, al ser sometido a los intereses particulares del Ministerio Público.

Además, la proporcionalidad de la medida se verá resguardada por el control de admisibilidad frente al Fiscal Regional, quien deberá velar que la segunda entrevista sea fundamental para la correcta investigación y sea realizada resguardando íntegramente los intereses del menor (art. 10). Así, corresponderá en este momento determinar el peso de cada derecho o interés en conflicto, debiendo reconocerse el criterio de precedencia condicionada que permitirá establecer qué interés debe prevalecer en el caso concreto de requerirse una nueva entrevista.

Por el otro lado, en el caso de la extracción de la etapa judicial, la cuestión se complica, pues su aplicación apareja preocupantes limitaciones a la defensa del

imputado, en el sentido de que el debido proceso exige que se garantice el derecho a contradecir la prueba de cargo en todas las etapas del procedimiento y la facultad de tener acceso directo e irrestricto a las pruebas en su contra.

En el marco de la LEVG, la declaración judicial del menor víctima tiene dos manifestaciones: la declaración en juicio y la declaración anticipada. La declaración en juicio será la regla general, en donde el menor deberá prestar su testimonio en una sala especial, distinta de la sala de audiencia, con la sola presencia del entrevistador judicial y el menor. Durante la celebración de la declaración judicial, las preguntas tendrán que ser discutidas por los intervinientes en la sala de audiencias y serán dirigidas al entrevistador por el juez presidente de la sala, quien deberá resguardar que aquel haga las preguntas adaptadas al menor de manera neutral e imparcial.

Estimamos que en esta situación es donde existe mayor riesgo de caer en vulneraciones a la defensa del imputado, debido a que ella significa la mayor cantidad de modificaciones al debido proceso y a los derechos de los intervinientes, entre las que encontramos:

- a. Limitación al derecho a interrogar y contrainterrogar al testigo.
- b. Imposibilidad de confrontar la declaración del testigo con declaraciones anteriores.
- c. Disminución de la facultad del tribunal para dirigir la audiencia.
- d. Restricciones a la inmediación de la prueba.
- e. Barreras sobre derecho a la participación voluntaria del menor.

Por supuesto, la idoneidad de la medida se mantiene manifiesta, pues la finalidad de protección contra la victimización secundaria debe ser primordial en toda etapa del procedimiento. Sin embargo, en el análisis de la necesidad de la medida pareciera atenuarse su suficiencia en algunos de los aspectos mencionados.

En relación al derecho a interrogar al testigo, la solución propuesta por la ley cumple la necesidad de la norma, por cuanto no parecen existir alternativas que permitan plantear las preguntas directamente al menor sin ocasionarle los perjuicios que esta ley intenta extinguir. Por ello, la utilización de un profesional capacitado

que plantee las preguntas al menor en un lenguaje apropiado resulta del todo necesario. De todos modos, podrían efectuarse críticas a la autonomía del entrevistador, por cuanto un mal desarrollo de su tarea puede afectar negativamente al correcto ejercicio de este derecho. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su control de constitucionalidad respecto a la figura del entrevistador, si bien la declaró como proporcional, señaló que se tendrá que “[...] interpretar con extrema precisión y cautela las facultades y operatividad práctica de la figura del entrevistador que introduce el proyecto de ley, puesto que aquél no puede ir más allá de las facultades generales que la Constitución y la ley han entregado a los jueces de la República para el conocimiento de los conflictos de relevancia jurídico-penal que pudieren afectar a niños, niñas o adolescentes.”

En relación al derecho a contradecir la declaración de la víctima con dichos anteriores, recordemos que esta facultad está prohibida durante la declaración del menor, debiendo realizarse toda confrontación entre los registros audiovisuales de la entrevista y la declaración (inciso final del art. 18 LEVG). En particular, esta medida no cumple con la necesidad requerida para ser constitucional, por cuanto existe la alternativa de permitir a los intervinientes plantearle al menor dichas contradicciones directamente en el juicio, resguardando siempre que sean en un lenguaje apropiado, lo que además influiría positivamente en el ejercicio del derecho a ser oído, en el sentido que se le permitiría aclarar suficientemente sus dichos. Por lo demás, aunque esto podría causarle al menor cierto nivel de estrés por sentirse cuestionado en la veracidad de su testimonio, pareciera más importante en este ámbito que se permita el ejercicio del derecho a contradecir la prueba de cargo para evitar condenas de inocentes. Por esto es que la norma analizada no debería considerarse constitucional, por cuanto no es capaz de superar el juicio de necesidad al existir alternativas que resuelven mejor el conflicto.

Por su parte, en lo tocante a la facultad del tribunal para dirigir la audiencia y la prueba, también parecieran existir alternativas a la solución propuesta por la LEVG. En efecto, la dirección del tribunal se ve limitada cuando este no es el que determina autónomamente cómo serán realizadas las preguntas de los intervinientes, restringiendo sus atribuciones a un control posterior sobre la

neutralidad e imparcialidad del entrevistador. Estimamos que una alternativa más válida, que cumple con la necesidad requerida por el juicio de proporcionalidad, hubiese sido el exigir en la integración del tribunal la participación de un juez debidamente capacitado para ejercer el cargo de entrevistador, lo que resguardaría que, en definitiva, fuera el mismo tribunal quien decidiera qué preguntas serán dirigidas al menor y cómo estas serán adaptadas, por añadidura, permitiría asegurar la inmediación de la prueba ante dicho órgano.

De igual forma, en cuanto a la imposibilidad del tribunal y la defensa de examinar directa y personalmente al menor, también se mantiene abierto el debate sobre la proporcionalidad de la medida impuesta, pues obstaculiza la inmediación del tribunal para conocer directamente la prueba y, adicionalmente, para el menor víctima se traduce en un obstáculo al acceso personal ante el tribunal que lleva su causa. Empero, dicho argumento puede ser controvertido citando a la doctrina respecto al uso de la declaración por videoconferencia, debiendo comprenderse que “[...] la inmediación no necesariamente es o debe ser absoluta, porque aunque se trate de un juicio oral, es posible introducir ciertos elementos de prueba por lectura o exhibiéndolos [...], ya que en realidad este principio «apunta a la aprehensión sensorial directa por el juez, de la información que emana de los órganos de prueba». De esta forma, respecto de la percepción directa por parte del juez, «si ésta comprende tanto la inmediata —física— como la mediata —intermediada por un mecanismo audiovisual—, entonces sería dable sostener que la declaración testimonial prestada a través de videoconferencia respeta el principio de inmediación, en la medida que el Tribunal puede mirar y escuchar al declarante».”⁸⁸

Por último, en cuanto a la participación voluntaria del menor, recordemos que una vez el menor haya prestado su declaración en juicio oral, la ley prohíbe que este pueda volver a presentarse a declarar nuevamente, sin excepciones (inciso final, art. 18 LEVG). Esta prohibición se alza como un obstáculo absoluto al derecho a la

⁸⁸ CHAHUÁN, Sabas; TAVOLARI, Raúl en ALBORNOZ, Jorge y MAGDIC, Marko. Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal. **Revista Chilena de Derecho y Tecnología** (Vol. 2 N° 1) [En línea]. Santiago, Chile. Centro de estudios en derecho informático, Universidad de Chile, 2013, pp. 229-260 (p. 239). [Consulta: 30/Octubre/2018] Disponible en: <<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/27012/28940/>>

participación voluntaria del menor, así como a su derecho a ser oído, por cuanto no se le permitirá, ni aun bajo solicitud libre y espontánea, que este pueda acceder al tribunal. Debemos entender esta medida como absolutamente desproporcional, pues vulnera el ejercicio legítimo de garantías fundamentales que se les han reconocido y va directamente en contra de los principios rectores de la protección integral.

En síntesis, respecto a la declaración del menor en juicio, aunque esta medida es idónea constitucionalmente, no puede ser estimada como completamente necesaria, por cuanto existen alternativas en su realización que hubiesen permitido una mejor conciliación entre todos los derechos afectados y los protegidos. En efecto, una solución que satisface el juicio de necesidad hubiese sido exigir que el cargo del entrevistador judicial sea ejecutado por un juez del tribunal respectivo, que permita la contradicción de la prueba de cargo directamente con la víctima y, finalmente, que permita que su declaración pueda ser retomada luego de reconocerse las contradicciones entre sus dichos anteriores, para permitirle ejercitar su derecho a ser oído.

Por el otro lado, en relación a la declaración judicial anticipada, pueden plantearse las mismas críticas previamente señaladas. Sin embargo, frente a este acto procesal no existe una medida alternativa que permita lograr la misma finalidad a un costo menor, sobretodo en lo que se refiere a la dirección del tribunal o al requerir que el mismo juez se constituya como entrevistador. Dado que en la declaración judicial anticipada debe ser rendida ante el juez de garantía, mal podría exigirse que este sea quien tome el cargo de entrevistador, en una sala anexa a la de audiencia, pues ello disminuiría su capacidad para dirigirla. Por esto, en este caso particular, la medida parece cumplir con el requisito de proporcionalidad, pues cumple con el objetivo de disminuir las interacciones del menor y concluir rápidamente su participación en beneficio de comenzar con su proceso de reparación. Sin embargo, las críticas contra el ejercicio del derecho a controvertir la prueba siguen vigentes.

Por su parte, a nuestro juicio resulta particularmente preocupante las prohibiciones al acceso del registro audiovisual que se impone sobre los peritos de

las partes que intervienen en el procedimiento penal. Aunque la protección de la intimidad de los menores víctimas se alza como una preocupación primordial que amerita su más rigurosa tutela, las medidas impuestas por esta ley, en especial en lo relativo a las prohibiciones de acceso al registro audiovisual de la entrevista investigativa, parecen vulnerar la proporcionalidad requerida para afectar el debido proceso y el derecho a la defensa del imputado, pues imponen dificultades prácticas sobre los peritos para acceder íntegramente a la prueba, quienes encontrarán obstáculos para realizar sus informes sobre videos distorsionados, que podrán afectar la comprensión del registro que sirve de base para la realización de los peritajes de credibilidad.

Como hemos planteado en esta memoria, creemos que la intimidad del menor podría ser suficientemente resguardada con la aplicación de esta prohibición sobre los intervinientes del juicio, sin ser necesaria que se imponga sobre los peritos. En este sentido, la prohibición impuesta busca evitar posibles filtraciones del registro audiovisual para evitar la victimización secundaria perpetua que podrían sufrir los menores, en el entendido que resultaría difícil determinar a los responsables de la filtración si se permitiera un acceso irrestricto a todos los intervinientes; sin embargo, esta misma finalidad puede ser alcanzada sin imponerla sobre los peritos, ya que si se les permitiera recibir copias integrales y fidedignas de los registros, se poseería un listado limitado de posibles responsables, que facilitaría sustancialmente la determinación de la responsabilidad penal por la filtración.

Además, la amplitud de procedencia que se le ha concedido a las medidas de protección especiales que restringen el derecho a la libertad personal del supuesto autor, las cuales pueden ser impuestas sin haber sido formalizado, sin previa audiencia ni legítima contradicción aparecen como un adelantamiento de las barreras de punibilidad, por cuanto su uso desmedido podría ser utilizadas como penas anticipadas, en contravención al principio de inocencia.

En suma, la imposibilidad de confrontar y examinar directamente a los testigos, las limitaciones al acceso a copias de la declaración investigativa videograbada, los eventuales problemas de errores de comunicación entre juez-entrevistador-víctima, y la aplicación indiscriminada de este régimen de entrevistas sin necesidad

concreta, se manifiestan como algunas de las modificaciones que si no son aplicadas correctamente, oscurecerán los beneficios de esta ley.

Estas reformas evidencian la existencia de errores conceptuales aun vigentes en la concepción del menor como sujeto pleno de derecho, que lleva a la creación de medidas sobreprotectoras que no solo limitan la posibilidad de defensa del eventual imputado por el crimen que se investigue, sino que vulneran el derecho a ser oído y de participar activamente dentro del proceso del mismo menor que se pretende proteger, lo que redundo negativamente en el pleno ejercicio de su derecho al acceso a la justicia.

Además, la ampliación del marco de protección de este régimen hacia los testigos, pero la exclusión de adolescentes que, siendo imputados, podrían verse en la necesidad de requerir ciertas medidas de protección creadas por esta ley, constituye otro nudo crítico dentro de esta norma.

Todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, especialmente cuando se relacionan con sistemas judiciales no especializados e interactúan con personal no capacitado para atender sus necesidades especiales. Esta interacción puede dañar gravemente el bienestar físico y psicológico del menor, así como su desarrollo e identidad personal, indiferente de la calidad procesal en que se presenten ante tribunales de justicia. La experiencia de verse involucrados en procedimientos investigativos y judiciales puede resultar altamente victimizante, dado que se enfrentan ante rituales burocráticos de difícil comprensión y extensa duración, dirigidos por y para adultos extraños a ellos, que, impasibles, inquietan en sus vidas privadas, los interrogan, contrainterrogan y deliberan a su respecto, indiferentes a sus opiniones y necesidades personales.

No obstante estas críticas, debemos resaltar los aspectos positivos de esta ley, la cual manifiesta una prevalencia favorable de los parámetros internacionales de protección especializada al menor víctima de delitos graves. Por eso, su incorporación en el ordenamiento jurídico chileno es un paso más hacia la tan anhelada creación de un sistema de protección integral y, por ello, se vuelve conveniente explorar los desafíos jurídicos que su implementación impone.

Podemos aseverar que el establecimiento de estos nuevos estándares de atención especializada permitirá alimentar el marco conceptual existente sobre la protección de los menores en el sistema de justicia y, en definitiva, entregarán los conocimientos apropiados para conciliar la protección del interés superior con los principios del debido proceso en sede procesal penal.

A modo de conclusión final, consideramos que para poder consolidar un sistema judicial que garantice el pleno respeto y goce de los derechos inherentes a todos los niños, niñas y adolescentes, su diseño debe estructurarse utilizando un primer criterio diferenciador fundamental: el trato especial que debe brindárseles ha de fundarse siempre en su calidad de menor de edad y la condición de vulnerabilidad inherente a ella. Este trato especial debe ser entregado en forma protección y asistencia que le faciliten al menor el pleno ejercicio de su derechos fundamentales, que sea capaz de incentivar la participación del menor en el procedimiento que le afecta. de manera libre, segura, informada y en igualdad de condiciones con los demás intervinientes del proceso.

Sólo existiendo un estatuto de atención judicial especializado estructurado desde aquella base se darán las condiciones idóneas para crear modelos diferenciados por la forma en que han sido victimizados o por su calidad procesal, sin temor a caer en arbitrios ni vulneraciones graves contra los derechos fundamentales que rigen a los Estados de Derecho.

5. BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional** (Nº 11) [En línea]. México. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, pp. 3 – 14. [Consulta: 03/Octubre/2018]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>>

ALBORNOZ, Jorge y MAGDIC, Marko. Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal. **Revista Chilena de Derecho y Tecnología**

(Vol. 2 N° 1) [En línea]. Santiago, Chile. Centro de estudios en derecho informático, Universidad de Chile, 2013, pp. 229-260 (p. 239). [Consulta: 30/Octubre/2018] Disponible en: [<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/27012/28940/>](https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/27012/28940/)

BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. **Justicia y Derechos del Niño** (N° 1) [En línea]. Santiago, Chile. UNICEF - Ministerio de Justicia, 1999, pp. 9 – 21. [Consulta: 10/Mayo/2018] Disponible en: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_N_1.pdf

BELOFF, Mary. El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado. **Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia**. Argentina. JUFEJUS – ADC – UNICEF, 2009.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). Historia de la Ley N° 21.057. Regula entrevistas grabadas en video, y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. [En línea] [Consulta: 17/Octubre/2018]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/23ggj>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos. [En línea] Santiago, Chile, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015. [Consulta: 25/Octubre/2018] Disponible en: <https://bit.ly/2qcBAH1>

BUAIZ, Yuri. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones [en línea]. Ministerio de Salud – Dirección de Servicios de Salud, Costa Rica. [Consulta: 12/Mayo/2018] Disponible en: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf

CAMPOS GARCÍA, Shirley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. **Revista IIDH** (N° 50) [En línea]. Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, –p. 351 - 377.

[Consulta: 01/Octubre/2018] Disponible en:
<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>>

CILLERO B., Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño** (Nº 1). Santiago, Chile. UNICEF - Ministerio de Justicia, 1999, pp. 45 – 62.

CIDH (Relatoría sobre los derechos de la niñez). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 54/13, 17/Octubre/2013.

CONDE, María de Jesús. El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes. **Revista IIDH** (Nº 50) [En línea]. Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 191-208. [Consulta: 25/Septiembre/2018] Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25534.pdf>>

CONDEMARÍN, Patricia; LARA, María. Estudios sobre la instrumentalización de los peritajes en materia de delitos sexuales en el contexto de la nueva justicia penal chilena: emergencia de nuevos escenarios. Informe final, Defensoría Penal Pública, 2015.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ECOSOC). Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Nueva York. Naciones Unidas, 2005.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº 5 (2003): Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño, CRC/GC/2003/5, 2003.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº 12 (2009): sobre el derecho del niño a ser escuchado. ICRC/CGC/12, 2009.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº 14 (2013): Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una preocupación primordial. CRC/C/GC/14, 2013.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (XVI). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Brasilia, 2008.

DIAZ GARCIA, L. Iván. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** (Nº 36) [En línea]. Valparaíso, Chile. 2011, pp. 167-206. [Consulta: 03/Octubre/2018]. Disponible en: < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n36/a05.pdf> >

DUCE, Mauricio. Proyecto de ley que regula la declaración de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal: algunas luces y muchas sombras. El Mercurio Legal, EMOL [En línea]. 03/Abril/2017. [Consulta: 03/Julio/2018] Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/04/03/Proyecto-de-ley-que-regula-la-declaracion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-el-proceso-penal-algunas-luces-y-muchas-sombras.aspx>>

FISCALIA NACIONAL. Boletín Estadístico III. Trimestre Enero – Septiembre, 2018. [En línea] Ministerio Público de Chile. 12/Octubre/2018 [Consulta: 17/Octubre/2018]. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=35259&pid=218&tid=1&d=1>>

FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA. Propuestas de Fundación Amparo y Justicia presentadas por articulado de indicación sustitutiva del Ejecutivo. Proyecto de entrevistas videograbadas. [En línea] 04/10/2016. [Consulta: 25/10/2018] Disponible en: <<https://bit.ly/2DdzRK2>>

GARCÍA P., Gonzalo, CONTRERAS V., Pablo. Diccionario Constitucional Chileno. **Cuadernos del Tribunal Constitucional Nº 55** [En línea]. Chile, 2014, p. 752. [Consulta: 01/Octubre/2018]. Disponible en: <https://www.venice.coe.int/CoCentre/Garcia-Contreras_Diccionario_Constitutional_chileno.pdf>

Ley Nº 21.057, regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Santiago, Chile. Publicada en el Diario Oficial el 20 de Enero de 2018.

MIRANDA, Mayra. Victimización Secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una aproximación narrativa (Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología,

mención Psicología Clínica Infante Juvenil). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales - Facultad de Medicina, Escuela de Postgrado, 2012.

NOGUEIRA A., Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad. [En línea] [Consulta: 11/Octubre/2018] Disponible en: <<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>>

NOGUEIRA A., Humberto, Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. **Ius et Praxis** (Año 2, Vol. 2) [En línea]. Talca, Chile. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997. [Consulta: 11/Octubre/2018] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203>>

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). Manual de Justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para víctimas de delito y abuso de poder [En línea]. Nueva York. Naciones Unidas, 1999. [Consulta: 11/Julio/2018] Disponible en: <<http://www.worldsocietyofvictimology.org/publications/Handbook%20on%20Justice%20Sp.pdf>>

RIVAS, Emilia. La evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales) [En línea]. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2015. [Consulta: 17/Julio/2018] Disponible en: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf;sequence=1>>

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. El debido proceso legal y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. [En línea] Corte Interamericana de Derechos Humanos. [Consulta: 25/Julio/2018]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>>

ROXÍN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto, 2000.