



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**“CONDENAS PENALES SOBRE LA BASE DE PRUEBA PRECONSTITUIDA
EN LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES”**

Catalina Penélope Muñoz Núñez.
Profesor guía: Juan Sebastián Vera Sánchez
Santiago, Chile 2024.

Preámbulo

El abuso sexual en niños, niñas y adolescentes es un tema tan doloroso como alarmante, es por ello, que esta memoria se elaborará con el objetivo principal de determinar si es posible que la sentencia de una condena penal sobre abuso sexual en los casos de niños, niñas y adolescentes esté fundamentada principalmente sobre prueba preconstituida.

La perspectiva desde la cual se abordará el presente trabajo de investigación es la de los NNA como grupo vulnerable, para ello, en el capítulo primero se desarrollará la regulación tanto nacional como internacional respecto de los NNA en relación con el abuso sexual, con especial énfasis en el Código Penal chileno y cómo este ha ido adoptando estándares internacionales para dar mayor protección a los niños, niñas y adolescentes. Además, de manera introductoria, se abordará aspectos que definen el abuso sexual en los NNA, tanto en términos jurídicos como psicológicos.

Una vez desarrollado lo anterior, se entrará a analizar en el capítulo segundo, las dificultades probatorias generales del abuso sexual infantil, para así, analizar y desarrollar la prueba preconstituida, su naturaleza jurídica y diferencia con la prueba anticipada, la utilidad de la prueba preconstituida para los casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes con el fin de evitar la revictimización, sin dejar de lado, el derecho de defensa del acusado, finalizando dicho capítulo con un breve análisis sobre la valoración de la prueba y en estándar de prueba sobre prueba preconstituida.

Por último, se analizará casos comparados en los que efectivamente se han obtenido condenas penales sobre la base de prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra NNA, cómo en dichos casos se soslayó la delgada línea entre condenar a un acusado de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes sin menoscabar su derecho de defensa.

Una vez desarrollado lo anterior, ya teniendo en consideración todos los elementos necesarios, se evaluará si es posible obtener en nuestra legislación, una condena penal en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes fundamentada en prueba preconstituida.

Índice

Capítulo 1: Introducción. Niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Abuso sexual.

1. Introducción
2. Regulación internacional sobre niños, niñas y adolescentes.
 - 2.1. Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924
 - 2.2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959
 - 2.3. Convención sobre los Derechos del Niño
3. Interés superior del niño
4. Regulación nacional sobre los niños, niñas y adolescentes
 - 4.1. Evolución histórica
 - 4.2. Modificaciones del ordenamiento jurídico chileno para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes acorde a los estándares internacionales.
5. Regularización del abuso sexual contra NNA en el Código Penal Chileno.
 - 5.1. Vulneración de derechos de los NNA
 - 5.2. El abuso sexual infantil
 - 5.2.1. El abuso sexual propio
 - 5.2.2. El abuso sexual impropio
 - 5.3. Ley N°21.160.
 - 5.4. Ley N°21.057

Capítulo 2: Prueba. Dificultades probatorias generales del abuso sexual en NNA.

1. Sistemas de valoración de la prueba en Chile
 - 1.1. Sistema de libre convicción o libre valoración
 - 1.2. Sana crítica
2. Prueba de los delitos sexuales contra NNA
 - 2.1. Medios de prueba
 - 2.1.1. Pericia psicológica y médica
 - 2.1.2. Testimonio o declaración de la víctima
3. Dificultades probatorias generales del abuso sexual infantil.
 - 3.1. Testimonio del NNA

- 3.1.1. Develación
- 3.1.2. Retracción
- 3.2. Peritaje psicológico
- 3.3. Peritaje o informe médico
- 4. Prueba preconstituida.
 - 4.1. Prueba anticipada
 - 4.2. Actos de investigación y actos de prueba
 - 4.3. Beneficios de la prueba preconstituida
 - 4.3.1. Victimización secundaria
- 5. Exigencias probatorias de condena.

Capítulo 3: ¿Es posible fundamentar una sentencia condenatoria sobre la base de prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes?

1. Regulación Española respecto de la aplicación de la prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra NNA.
 - 1.1. Ley Orgánica 8/2021 sobre Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPVI), España.
 - 1.2. Casos Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
 - 1.3. Requisitos jurisprudenciales para aceptar la prueba preconstituida.

2. Examen de factibilidad de obtener una sentencia condenatoria sobre la base de prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes en nuestra legislación.
 - 2.1. Entrevista investigativa.
 - 2.1.1. Eficacia probatoria de la entrevista videograbada.
 - 2.2. Derecho de confrontación

Conclusión

Capítulo I: Introducción. Niños, niñas y adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico y el abuso sexual.

1. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) son un grupo de la población que, por su estado de desarrollo, necesitan de una protección especial¹. Es más, los NNA gozan de todos los derechos que les corresponden a todas las personas, pero la diferencia está en que tienen derechos especiales derivados de su condición, lo que, en la práctica, se traduce en deberes específicos para la familia, sociedad y el Estado².

Asimismo, es importante señalar que “esta protección especial, adaptada y reforzada, que reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los niños (niñas y adolescentes) se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y desafíos para el efectivo ejercicio, la plena vigencia y la defensa de sus derechos”³ en otras palabras, es un grupo de la población que se considera vulnerable a la hora de enfrentarse al acceso a la justicia.

Lo anterior no debe confundirse con que los niños, niñas y adolescentes sean un objeto de protección, sino, que se les debe considerar como lo que son, personas con derechos y dignidad humana, por ende, son sujetos de derecho. Pero no es suficiente que sean reconocidos como tal, sino, que requieren, además, de una protección especial por la dificultad para ejercer estos derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes “*dejar atrás una mirada adultocéntrica es básico para el tratamiento debido de los derechos de niños, niñas y adolescentes...*” (Defensoría de la Niñez, 2019)

Respecto al concepto de vulnerabilidad, la RAE lo define como cualidad de vulnerable, y a la vez, define vulnerable como que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. El diccionario refiere que la expresión de vulnerable se aplica a “la persona, al carácter o al organismo que es débil o que puede ser dañado o afectado

¹ Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC – 17/2002.

³ CIDH 2017.

fácilmente porque no sabe o no puede defenderse: los niños son vulnerables; tiene un carácter de vulnerable”⁴.

Asimismo, Arévalo indica que el concepto de vulnerable se refiere “básicamente, a la aptitud individual psicofísica propia de cada sujeto para prevenir o repeler adecuadamente los efectos de las enfermedades o agresiones físico-morales”.

La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna sostiene que “la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana y recuperarse de los mismos”.⁵

No es sencillo dar con un concepto jurídico de vulnerabilidad, ya que son variados los ámbitos y perspectivas desde donde se puede abarcar la vulnerabilidad, pero un rasgo común de los distintos conceptos de vulnerabilidad es que se produzca un daño. El riesgo a ser dañado es real y actual y todas las personas tenemos una fragilidad que nos expone con más o menos posibilidad de sufrir un daño. Es por ello que tradicionalmente se ha identificado la vulnerabilidad con la ausencia de capacidad, por lo que hemos considerado vulnerables a los niños, niñas y adolescentes, como también a las personas en situación de discapacidad, cuando está afectada a la capacidad de tomar decisiones.

Por otro lado, del mismo concepto, es interesante lo mencionado por Estupiñán-Silva afirmando que la vulnerabilidad en ciencias aplicadas es definida como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso. El término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y duración⁶.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁷ ha sostenido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, debido a los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte

⁴ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992.

⁵ Informe de la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna (2014).

⁶ Estupiñán-Silva, pp. 197, 2014.

⁷ Corte CIDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina.

del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En definitiva, los NNA son un grupo vulnerable, especialmente en el contexto del principio fundamental de acceso a la justicia, es más las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008, que tiene como finalidad asegurar el acceso a la justicia, señala un concepto de las personas en situación de vulnerabilidad:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad 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. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”⁸.

2. Regulación internacional sobre niños, niñas y adolescentes.

1.1 Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924

Tras los horrores de la Primera Guerra Mundial, la inglesa Eglantyne Jebb, fundadora de la Alianza Internacional Save The Children Fund, se dedicó a ayudar y proteger a los niños que habían sido afectados por la gran guerra. Fue el impulso de la inglesa que en la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño se reconoce por primera vez la existencia de derechos específicos para los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, este reconocimiento es desde el punto de vista de la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

Jebb nota y concluye que es fundamental crear un texto en que se reconociera los derechos de los NNA a nivel universal, por lo que se dispuso a redactar el documento que hoy en día es universalmente conocido como la Declaración de Ginebra. Fue en 5 sencillos artículos – que son los que la conforman – en donde se reconocen no solo los derechos de los niños, sino que principalmente los deberes de la sociedad hacia ellos, sin

⁸ Reglas de Brasilia XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008

importar su raza, condición, nacionalidad o creencia, estos son: 1) El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual; 2) El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados; 3) El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; 4) El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación; 5) El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento de deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo⁹.

Es importante destacar respecto de la presente declaración, que si bien no hace una mención expresa al interés superior del niño, la Declaración de Ginebra es reconocida como el primer texto internacional sobre derechos humanos enfocado en niños, niñas y adolescentes, donde visibiliza el respeto a los derechos y dignidad de los NNA.

1.2 Declaración de los Derechos del Niño 1959

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, que reconoce, entre otros, el derecho del niño a la educación, el juego, la atención de la salud y a un entorno que lo apoye. Esta declaración fue muy relevante al ser el primer acuerdo internacional liderado por la ONU sobre los principios fundamentales de los derechos de los niños, perteneciente al “soft law” lo que en Derecho Internacional significa que dicho pacto no tiene fuerza vinculante para los estados que lo firmen, lo que no hacía muy efectiva su aplicación.

Esta declaración consta de 10 principios: 1) el derecho a la igualdad y no discriminación; 2) el derecho de gozar de una protección especial; 3) el derecho a un nombre y nacionalidad desde su nacimiento; 4) el derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social, disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados; 5) derecho a una educación, tratamiento y cuidado especial para niños que física o mentalmente sufran de algún impedimento; 6) derecho al desarrollo de su personalidad, en un ambiente con amor y comprensión, por parte de su familia y de la sociedad; 7) derecho a la educación gratuita y obligatoria en las etapas elementales. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad

⁹Declaración de Ginebra de 1924

de su educación y orientación; 8) el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda; 9) el derecho a ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación; y 10) el derecho a ser protegido contra la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.

A pesar de que la Convención de Ginebra ni la Declaración de Derechos del Niño no tenían el carácter de vinculantes, ambos textos internacionales fueron fundamentales para el desarrollo progresivo hacia al reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la necesidad de que se le impusiera a los Estados el deber de adoptar medidas especiales para la protección y cuidado para ellos. Fueron estos textos internacionales que sirvieron de fuente de inspiración para la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual si tuvo el carácter de vinculante.

1.3 Convención sobre los Derechos del Niño

Uno de los grandes desafíos en materia de regulación sobre niños, niñas y adolescentes es verlos como sujetos de derechos y no como objeto de derecho, así fue como hace casi 35 años, se creó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Mediante su incorporación, los Estados Parte se comprometen a asegurar “que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes”¹⁰. Igualmente, se comprometen a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos”¹¹

Al aprobar esta convención, la comunidad internacional reconoció por primera vez a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como objeto de ellos, recalando la CDN que necesitan una especial atención por el Estado. Además, fue allí donde se definió el periodo que comprende la infancia, determinando que se entiende como niño, todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años, salvo, que hubiera alcanzado la mayoría de edad antes.

¹⁰ Decreto Supremo N°830 de 1990, Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹¹ Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 14 de agosto de 1990, la que se rige principalmente por cuatro principios fundamentales: la no discriminación, el interés superior del niño, su supervivencia, desarrollo y protección, así como también, su participación en las decisiones que les afecten.

En líneas generales, la CDN cambió la perspectiva de la infancia, ya que es a partir de este tratado que los niños, niñas y adolescentes ya no se consideran propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad, sino, que se les reconoce como seres humanos titulares de sus propios derechos. Dentro de los derechos que se les reconocen a los NNA están: el derecho a la identidad y a la familia, el derecho a expresarse libremente y el acceso a la información, el derecho a la protección contra el abuso y la discriminación, derecho a la educación, derecho a una vida segura y sana, derecho a la atención especial en caso de estar impedidos,

3. Interés superior del niño

Cuando hablamos de adolescencia y niñez, inmediatamente pensamos y buscamos salvaguardar qué es lo mejor para el bienestar, tanto físico como espiritual de los niños, niñas y adolescentes, y a raíz de ello, es que nace el concepto de interés superior del niño, el cual, es un principio rector que se debe ser considerado de forma primordial y como principal guía ante cualquier actuación relacionada con niños, niñas y adolescentes.

Fue en 1959 en la Declaración Universal de Derechos del niño, específicamente en el segundo principio donde se puede encontrar la primera mención del interés superior del niño: “Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será al interés superior del niño”¹².

Este principio rector también se encuentra establecido en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, tratado internacional ratificado por Chile el 14 de agosto de 1990, el que señala:

¹² Declaración de los Derechos del Niño, 1959.

1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”¹³.

El interés superior del niño tiene un reconocimiento tanto nacional como internacional el cual se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los NNA y la necesidad de apoyar su desarrollo. En este sentido, no es sólo en los textos internacionales anteriormente aludidos en que se encuentra mencionado, sino que en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por nuestro país en 1972, el cual en el artículo 24.1 señala: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”¹⁴

Además, este principio también lo podemos encontrar en la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como el Pacto de San José de Costa Rica de 1966, ratificado por Chile en 1990, donde al artículo 19 dice: “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”¹⁵. Asimismo, se encuentra mencionado en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,

¹³ Convención sobre Derechos del Niño, 1989

¹⁴ Artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵ Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

así como también, en diversos reglamentos regionales y numerosas normas tanto jurídicas nacionales e internacionales.

A pesar de que señalamos que es un derecho, principio y norma de procedimiento que siempre se debe tener en cuenta, éste suele ser un concepto para muchos, difuso, y a la vez, prácticamente imposible de definir, dado que depende de múltiples factores, los distintos ámbitos en que se aplica, la cantidad de niños, niñas y adolescentes considerados dentro de este grupo, lo que hace que una definición exacta de dicho concepto sea difícil de conseguir.

Dicho lo anterior, la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, señala que el objetivo de dicho concepto es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención (...) La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”¹⁶.

Asimismo, en dicha Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño (CDN) señala que “el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para todos los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: sin una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en

¹⁶ Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, 2013.

la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”¹⁷

Es por lo anterior, que el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales¹⁸. Es la flexibilidad de este concepto la que permitirá su adaptación a la situación particular de cada niño, niña y adolescente.

De esta forma y relación con lo dicho por la CDN, solo para los efectos de la presente memoria, entenderemos el interés superior del niño como un principio fundamental reconocido internacionalmente, el cual establece que todas las decisiones y acciones que involucren a los niños, niñas y adolescentes se les debe dar prioridad máxima a su bienestar y protección. Este principio implica tomar en consideración sus derechos, necesidades, opiniones y desarrollo integral al momento de tomar decisiones que puedan afectarlos, ya sea a nivel individual, familiar, jurídico o estatal, protegiéndolos de cualquier forma de violencia, abuso o discriminación.

En definitiva, el interés superior del niño es el principio rector que debe fundar todas las decisiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, no es simplemente un principio más, sino que es que este principio es de consideración primordial. En efecto,

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

el interés superior del niño debe ser el factor determinante a la hora de tomar una decisión que pueda afectar la vida de los NNA¹⁹. Lo anterior, ha sido recalcado por los órganos que supervisan e interpretan el cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

4. Regulación nacional sobre los niños, niñas y adolescentes

4.1. Evolución histórica

El concepto de derechos del niño, niña y adolescente, como su incorporación al Estado chileno ha sido progresivo desde el siglo pasado, antes de ello, los NNA eran invisibles a la hora de relacionarse con el Estado, ya que no eran considerados sujetos de derechos, lo que significaba que no tenían autonomía ni poder de decisión, ya que eran los padres o representantes legales quienes actuaban por ellos en todas las esferas posibles, limitándolos incluso como personas, ya que recién eran considerados y escuchados cuando alcanzaban la mayoría de edad.

Hasta 1928, no existió en nuestro país una ley sobre protección a la infancia, sólo existía la Ley de Protección a la Infancia Desvalida de 1912, que se ocupaba de los menores abandonados, sin embargo, su aplicación fue limitada, ya que se centró en la reclusión de niños vagos e infractores de ley.

Fue entonces con la Ley N°4.447, promulgada en 1928 que se dictó la Ley de Protección de Menores, la cual sentó las bases del primer sistema de protección de menores de edad, al crear la Dirección General de Protección de Menores (DGPM), los Tribunales Especiales de Menores y los Reformatorios.

Luego, con la dictación de la Ley de Menores N°16.618 de 1967, que comenzaron a abordarse las necesidades de la infancia y de la adolescencia de manera más seria por el Estado, sin embargo, se dictó con una visión adultocéntrica, atendiendo como antes mencionado, a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección y de

¹⁹ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, 2013. Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

beneficencia, a quienes hay que proteger en determinadas necesidades, sin que las disposiciones de dicho cuerpo normativo permitan reconocerlos como personas sujetos de derecho.

A partir de la incorporación de Chile a la Convención de los Derechos del Niño en 1990 y demás tratados internacionales sobre protección a los niños, niñas y adolescentes, fue que nuestro país se vio obligado a realizar modificaciones a la ley interna en materias de infancia, cambiando en primer lugar, la noción que se tenía de ella respecto a ser un objeto de protección a concebirlo “como un sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres”²⁰.

En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico tuvo que ser adecuado en función de los derechos y principios establecidos en favor de los NNA, que sean reconocidos como sujetos de derechos, siendo el principio del interés superior del niño el factor primordial a la hora de la toma de decisiones que puedan afectarlos.

4.2. Modificaciones del ordenamiento jurídico chileno para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes acordes a los estándares internacionales.

Con el fin de cumplir con las obligaciones internacionales que nuestro país ha adquirido, es que a lo largo de los años se han creado distintos procedimientos e instituciones destinados a garantizar de manera efectiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes en distintos ámbitos jurídicos, tales como:

1. En 1998 con la Ley N°19.585, se modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, eliminando la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos, todo ello impulsado por el principio de la no discriminación del artículo 2 de la CDN. En la misma línea, con la Ley N°19.620, relativa a la adopción de niños, niñas y adolescentes, reconoce el interés superior del niño como principio rector en todo el procedimiento de adopción.

²⁰ Domínguez, Fama, y Herrera, 2006.

2. El 2004 con la Ley N°19.968 – modificada en gran parte cuatro años después por la Ley N°20.286– que creó los Tribunales de Familia eliminando los Juzgados de Menores, estableció en el artículo 16 el objeto de garantizar mediante dicho cuerpo legal, el pleno ejercicio y goce de los derechos de los NNA, a la vez reconociendo el interés superior del niño y su derecho a ser oído como los principios rectores que los jueces de familia deben considerar en su toma de decisiones.
3. El año 2005 se establece la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, que tiene por objeto prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de esta, con su última modificación el 2021, busca establecer sanciones más severas para los agresores, además de garantizar la protección a las víctimas.
4. El 2007, con la creación de la Ley N°20.084 que regula la Responsabilidad Penal Adolescente, establece un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes entre 14 y 18 años, el cual busca garantizar sus derechos y promover su reinserción social a través de medidas educativas, preventivas y de rehabilitación.
5. El 2013, con la Ley N°20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, los cuales buscan proteger la integridad del NNA en caso de que sus padres vivan separados, en relación con lo dispuesto en el artículo 18 de la CDN sobre la responsabilidad de padres y madres – o representante legal, en su caso – sobre la crianza y desarrollo de sus hijos y el deber del Estado de entregar herramientas para el desempeño de sus funciones de crianza.
6. Por último, entre aquellas normas relevantes, tenemos la Ley N°21.057 de 2018, que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, la cual establece medidas de protección integral para prevenir la victimización secundaria víctimas de delitos sexuales.
7. Tal como se desarrollará más adelante, con fecha 18 de julio de 2019, se publica la ley N°21.160, la cual declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Esta ley estableció que los delitos de índole sexual perpetrados contra niños, niñas y adolescentes deberán ser considerados como delitos de acción penal pública previa instancia particular,

de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del Código Procesal Penal. Además, estableció una serie de directrices relacionadas con la renovación de la acción civil reparatoria derivada de estos delitos y su procedencia contra el imputado o del responsable del hecho cometido.

Respecto a las modificaciones en el área penal y procesal, es relevante mencionar las normas de nuestro ordenamiento jurídico que se han modificado y creado, con el objetivo de cumplir con el compromiso asumido por el Estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de explotación y abusos sexuales, tal como lo dispone el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entre las modificaciones se encuentran las siguientes:

La Ley N°19.927 que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Esta ley del año 2004, estableció una serie de modificaciones a la regulación sobre los delitos sexuales, incorporando a su vez, nuevas hipótesis delictuales relativas especialmente a la pornografía infantil, entre ellas, tenemos el aumento del límite de edad, de 12 a 14 años, para consentir en la realización de actos de significación sexual, modificando así los tipos penales que contienen la edad del sujeto pasivo en su descripción. Al mismo tiempo, aumentaron las penas de los delitos como violación, abuso sexual, estupro, entre otros.

Por otro lado, se crearon nuevas hipótesis delictivas, entre ellas las que destaca la creación del delito de abuso sexual agravado del artículo 365 bis del Código Penal, que como se verá en el siguiente acápite, establece penas similares a la de los delitos de estupro y violación. Asimismo, se agrega el artículo 366 quater, el hecho de presenciar material de carácter pornográfico, también, se incorpora el artículo 366 quinquies, el cual establece la sanción de presidio menor en su grado máximo a quien hubiere utilizado personas menores de 18 años en la elaboración de material pornográfico; también se agrega el artículo 374 bis, que, en su inciso segundo, crea el delito de adquisición y almacenamiento de material pornográfico infantil²¹

Además, la Ley N°19.927, por medio del artículo 369 del Código Penal, optó por agregar una norma procesal que tiene como objetivo hacer más efectiva la investigación

²¹ POLITOFF, RAMIREZ Y MATUS (2004).

de estos delitos, el cual establece que respecto de los supuestos regulados en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis inciso primero y 374 ter, el tribunal que está conociendo del asunto, podrá autorizar la interceptación o grabación de telecomunicaciones u otras emisiones de carácter tecnológico, como por ejemplo, el empleo de agentes encubiertos y la entrega vigilada.

Por último, cabe mencionar que a lo largo de los años se han creado mecanismos y organismos para dar una mejor protección a los NNA, acorde a lo establecido por la Convención sobre Derechos del Niño y de maces tratados internacionales ratificados por Chile, aún queda mucho camino por recorrer.

5. Regularización del abuso sexual de los NNA en el Código Penal Chileno

5.1. Vulneración de derechos de los NNA

Acorde a la Defensoría de la Niñez, “el concepto de vulneración de derechos corresponde a cualquier transgresión a los derechos de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de nuestra legislación”.²²

También, podemos definir la vulneración de derechos como cualquier situación en la cual los niños, niñas y adolescentes queden expuestos al peligro o a un daño que pueda violar su integridad física o psicológica. En los casos más extremos, la vulneración se presenta por negligencia, maltrato o cualquier tipo de abuso sexual.

Existen distintos casos de vulneración de derechos de los NNA, tales como el abuso sexual, maltrato físico (leve y grave), maltrato psicológico y negligencia y abandono, entre otros.

5.2. El abuso sexual infantil

En el Título VII del Libro II del Código Penal Chileno, sobre “Crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública y la integridad sexual” se

²² ¿Qué se entiende por vulneración de Derechos? Disponible en: https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-vulneracion-de-derechos/. Fecha de consulta: 17/06/2023.

encuentra – entre otros delitos – tipificado la regulación de los delitos sexuales, como la violación (artículos 361 y 362), el estupro y otros delitos sexuales (artículos 363 a 366 quáter), la explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes (artículos 366 quinquies a 367 octies). Es curioso que nuestro Código Penal no utiliza el concepto de abuso sexual, es por ello, que es la doctrina la que se ha encargado de denominarlo de esta forma.

Se puede entender como abuso sexual a toda actitud o comportamiento de connotación sexual que realiza una persona sobre otra distinta del acceso carnal. Tal como lo dispone el artículo 366 ter del Código Penal, el comportamiento sancionado en los delitos que se consideran dentro de la esfera del abuso sexual es cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima aun cuando no hubiere contacto corporal con ella, que no sea constitutivo de violación o estupro.

Ahora bien, en cuanto al concepto de significación sexual, una parte de la doctrina, específicamente Politoff, Matus y Ramírez, entienden que es necesario recurrir al elemento subjetivo del tipo para su precisión, esto es, que ellos han planteado que la significación sexual está dada por el ánimo libidinoso del agresor²³, mientras que otra parte de la doctrina, como Garrido Montt, ha propuesto que al referirse a significación sexual, se deben considerar criterios normativos, considerando las concepciones de cada sociedad y el momento histórico en el que ella se sitúa²⁴.

Respecto de la acción, se exige que exista un grado de contacto corporal con la víctima, ya sea mediante contacto físico en forma de tocamiento, palpación, manoseo, frotación u cualquier otra forma que implique la efectiva aproximación corpórea, incluyendo aquellos contactos que se realicen sobre la vestimenta de la víctima, no requiriéndose que se ejerza sobre el cuerpo desnudo del sujeto pasivo, o mediante la afectación, anal, bucal o vaginal de la persona ofendida, en otras palabras, no es necesario que el contacto sea directo entre víctima y agresor, ya que también se incluye dentro de la hipótesis de abuso sexual, la introducción o frotación de objetos en el cuerpo de la víctima, ya sea anal, bucal o vaginalmente, o se utilizaren animales para ello, tal como lo

²³ Politoff, Matus y Ramírez 2004.

²⁴ Garrido Montt 2010.

establece el artículo 365 bis del Código Penal²⁵. Cabe recalcar que este contacto corporal entre el agresor y la víctima no puede ser acceso carnal, porque en ese caso, estaríamos en la hipótesis de estupro o violación.

Por otro lado, respecto del íter críminis, el abuso sexual es considerado como un delito forma o de mera actividad, ya que la sola realización de un acto con significancia sexual satisface este tipo penal. Eso sí, es importante destacar que este delito no se puede encontrar en frustración, toda vez que es incompatible con la dimensión objetiva del delito en cuestión, pero sí se acepta la tentativa, la cual tiene lugar cuando el agresor da principio a la ejecución de su conducta delictiva por hechos directos, pero en el hecho faltan uno o más para su realización.

Respecto de este delito, es también posible distinguir entre abuso sexual propio e impropio, según si el objeto pasivo es mayor de 14 años o menor de 14 años. Dentro del abuso sexual propio, podemos distinguir una subcategoría, que tiene como fin reconocer la vulnerabilidad de aquellos jóvenes mayores de 14 años o menores de 18 años, que siguen siendo niños cuando el abuso se ejecute bajo ciertas circunstancias que se expondrán más adelante.

Entonces, recapitulando cuando hablamos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, nos referimos a las dos hipótesis de comisión del delito, que involucran a NNA, es decir, el abuso sexual cometido contra NNA menores de 14 años y también contra mayores de 14 años, pero menores de 18 años.

Es relevante esta diferenciación, toda vez que el bien jurídico que se pretende proteger cambia dependiendo de la edad de la víctima, ya que ésta es la que determina cual es el bien jurídico protegido en materia de delitos sexuales.

5.2.1. El abuso sexual propio

El abuso sexual propio, se encuentra tipificado en el artículo 366 del Código Penal, el cual establece lo siguiente:

²⁵ Ibid.

“El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años.”

De esta forma, el abuso sexual propio incluye el abuso sexual cometido contra persona cuya edad supera los 14 años, pero no los 18, el cual deberá ser clasificado como un delito en contra de la libertad o autonomía sexual, bien jurídico que tiene estricta relación con el derecho humano de consentir o rechazar la realización de actos con significancia sexual, de manera tal que su vulneración no tiene que ver con la conducta en sí, sino con la concurrencia de circunstancias que permiten colegir la ausencia de voluntad en alguno de los partícipes del acto, debido al ejercicio de la intimidación, coacción o abuso de una situación de prevalencia.

Además, como vemos en el artículo 366 del Código Penal este tipo de abuso sexual consiste en la realización abusiva de una acción sexual distinta a la penetración carnal. En este delito, el sujeto activo podrá ser cualquier persona, ello se desprende de la expresión “el que” al principio de dicho artículo.

5.2.2. El abuso sexual impropio

El abuso sexual impropio, se encuentra regulado en el artículo 366 bis del Código Penal, el cual establece:

“El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

De esta forma, el abuso sexual impropio, podemos definirlo como un delito contra la indemnidad o intangibilidad sexual, ya que la regulación de este delito tiene como objetivo proteger el derecho de los niños y niñas a desarrollar su sexualidad en circunstancias normales, bajo el razonamiento que una persona menor de 14 años no se encuentra en condiciones de ejercer su sexualidad en forma plena, y por lo tanto, tampoco en condiciones de expresar su voluntad o tener la facultad para hacerlo.

A su vez, este tipo de delito, como sabemos, consiste en la realización abusiva de una acción sexual distinta al acceso carnal en contra de una persona menor de 14 años, sin requerirse la concurrencia de alguna circunstancia comisiva (a diferencia del abuso sexual propio). Además, es completamente irrelevante el consentimiento de la víctima en este caso, toda vez que, jurídicamente no se le reconoce a los NNA menores de 14 años, el derecho de disponer de su sexualidad.

Es importante destacar que la pena establecida para este delito es más alta que la determinada para el abuso sexual propio, ya que esta es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, eso significa, una pena que puede ir desde los tres años un día a los diez años de presidio efectivo, respecto del delito en el grado de consumado.

5.3. Ley 21.160. Declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad.

Con fecha 18 de julio de 2019, fue publicada la Ley 21.160, la cual declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, en otras palabras, la presente ley declara imprescriptible la acción penal respecto de ciertos crímenes y simples delitos de violación, explotación sexual y violación en los casos de haber sido realizados contra menores de edad, los que ahora, con la entrada en vigencia de la presente ley, se considerarán delitos de acción pública previa instancia particular, desde que el ofendido por el delito haya cumplido 18 años de edad, si no se ha ejercido antes la acción penal.

Con esta ley se modificó el Código Penal, introduciendo diversas modificaciones, tales como el artículo 94 bis, en el cual se establece que:

“No prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos descritos y sancionados en los artículos 141, inciso final, y 142, inciso final ambos en relación con la violación; los artículos 150 B y 150 E, ambos en relación con los artículos 361, 362, 365 bis; los artículos 361, 362 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 367, 367 ter, 367 quáter, 367 septies; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433 N°1, en relación con la violación, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima fuere menor de edad.”

Es entonces como la violación propia e impropia, el secuestro con violación, la violación con homicidio, abuso sexual reiterado contra NNA, exposición de NNA a actos de significación sexual, participación en producción de material pornográfico que incluya a menores de 18 años, prostitución de NNA, situaciones de explotación sexual, facilitación, entre otros, son los delitos de índole sexual cometidos contra niños, niñas y adolescentes cuya acción penal no prescribirá.

Además, se modifica el artículo 369 del Código Penal suprimiendo el artículo 369 quáter el cual establecía que, respecto a los delitos indicados, el plazo de prescripción de la acción penal empezaba a correr para el menor de edad que haya sido víctima cuando éste cumpliera 18 años. Sin embargo, para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a su publicación continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal, lo que significa que esta ley no tiene carácter de retroactivo.

5.4. Ley 21.057 Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales

La ley N°21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, fue promulgada el 09 de enero de 2019 y publicada el 20 del mismo año y mes, la presente norma legal, también conocida como “Ley de Entrevistas Videograbadas” busca resguardar los derechos de las víctimas de delitos sexuales que sean menores de 18 años, cuyo objetivo principal es prevenir la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros delitos graves, con el fin de evitar las consecuencias negativas que pudieran sufrir durante su participación en el proceso penal.

Respecto al contenido de la presente Ley, la Fundación Amparo y Justicia, la cual fue una gran impulsora del presente cuerpo legal, concluye que son 8 las temáticas principales de la Ley:

1. Coordinación interinstitucional: Una de las claves fundamentales para la correcta implementación de la Ley es la coordinación interinstitucional entre el Estado y las instituciones del Sistema de Justicia Penal, las que tienen el deber de resguardar la efectiva ejecución de la Ley, es por ello, que a través de mecanismos específicos se busca la coordinación y colaboración entre ellos.
2. Restricción en el número de interacciones: La ley busca restringir la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal, es decir, se busca que el número de interacciones del NNA con el proceso, sean mínimas y siempre voluntarias. Por ejemplo, para que el NNA presente su testimonio, no supone la realización de una única entrevista, sino que se dispone de dos instancias en que se le podría solicitar al menor dicha entrevista.
3. Incorporación de la Entrevista Investigativa Videograbada: Es una técnica que se incorpora para recoger el relato de los niños, niñas y adolescentes durante la investigación. Esta metodología permitirá a los NNA describir con sus propias palabras y con mayor precisión sus experiencias, lo que idealmente significaría una obtención mejor y mayor de la información para la investigación, con el fin de afectarlos lo menos posible.
4. Uso del registro de la Entrevista Videograbada: No solo se utilizará el registro audiovisual para fines investigativos, sino que también dicho registro podrá ser exhibido en el juicio oral, siempre que el tribunal verifique la concurrencia de causales específicas, constituyendo un medio de prueba nuevo que la magistratura tendrá a su disposición.
5. Entrevistador especializado: No cualquier funcionario podrá realizar estas entrevistas, debe ser un entrevistador acreditado, que cuente con formación especializada podrá realizar las preguntas al niño, niña y adolescente, sea en la entrevista investigativa o durante su declaración en juicio.

6. Declaración judicial: Está es la instancia en que el NNA entrega su testimonio durante el juicio en una sala especial y en el que sólo estará presente con el entrevistador. Los intervinientes en el proceso dirigirán sus preguntas al juez y éste las transmitirá al entrevistador. Es rol del entrevistador adecuar las preguntas a un modo y lenguaje que sea comprensible para el NNA.
7. Salas especiales: Tal como antes mencionado, la entrevista investigativa y la declaración judicial será realizada en las salas especiales, estas son acondicionadas para que los niños, niñas y adolescentes entreguen sus testimonios en condiciones de seguridad y privacidad.
8. Proceso de formación de entrevistadores: Este proceso se compone de un curso inicial de formación especializada y un programa de formación continua, de tal forma que los entrevistadores contarán con un sistema permanente de capacitación, seguimiento y evaluación, además de retroalimentación experta, todo con la finalidad de que los entrevistadores mantengan sus conocimientos y habilidades en el tiempo.

La obtención de los testimonios de las víctimas en la investigación penal de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes es fundamental debido a la falta de indicios físicos que caracteriza a gran parte de estos crímenes.

Como antes mencionaba, la presente ley regula la realización de la entrevista investigativa videograbada y la declaración judicial con el objeto de prevenir la victimización secundaria. Entonces esta ley establece y regula dos procedimientos fundamentales dentro del marco de la investigación y juzgamiento de determinados delitos.

La entrevista investigativa videograbada es parte de una metodología del ámbito de la psicología del testimonio y forense, cuyos objetivos son “el primero, generar información detallada, precisa y de calidad, a la vez que, previene la victimización

secundaria de la niña, niño o adolescente participante en ella”²⁶. Esta entrevista es la interacción verbal que un especialista tiene con el niño, niña o adolescente vinculado a una denuncia penal por determinados delitos que habría sido víctima. Esta entrevista realizada durante la etapa de investigación tiene como objetivo recabar información lo más objetiva y completa posible por parte del menor de edad, que permita establecer la ocurrencia o no de los hechos denunciados y la eventual participación criminal en los mismos²⁷.

Tal como su nombre lo dice, es una entrevista videograbada por lo que queda un registro audiovisual único de la misma el cual permite su reproducción, y por ende, el acceso posterior a la información contenida en ella, tanto respecto del contexto en que fue recogida y el tenor de las preguntas formuladas, cuanto de las respuestas entregadas por el entrevistado, permitiendo apreciar el lenguaje verbal como no verbal del NNA.

Por otro lado, otra de las novedades incluidas en la presente ley es la declaración judicial, y consiste en el testimonio del NNA que puede dar directamente en el juicio oral o de modo anticipado en los casos previstos en la ley en el artículo 13, y cumpliendo los requisitos de los artículos 20 y 21, estos son, que se deba desarrollar en una sala especialmente, en donde solo está presente el entrevistador especializado – que en este caso actúa como intermediario – y el niño, niña o adolescente. Esta sala está acondicionada para recibir el relato de la víctima, que resguarde su privacidad y seguridad, procurando su aislamiento del resto de los participantes. Además, cuenta con un sistema de intercomunicación, reproducción de imagen y sonido.

A diferencia de la entrevista videograbada, no se trata de una entrevista de investigación sino de un medio de prueba que se rinde en la fase de juzgamiento, por lo que su propósito es servir de antecedente para que el tribunal respectivo funde en ellos una decisión jurisdiccional de absolución o de condena.

²⁶ ITURRA, Carlos y ROSATI, Nora. “Implementación ley de entrevistas videograbadas. Ley 21.057” Academia Judicial de Chile. Pág. 14

²⁷ Ibid. P.10.

Capítulo 2: Prueba. Dificultades probatorias generales del abuso sexual en NNA. Valoración de la prueba

En primer lugar, el concepto de “prueba” no solo lo utilizamos en el mundo del derecho, sino que en realidad es un concepto que tiene diversos sentidos en distintos contextos, es decir, es una palabra polisémica que puede tener distintos significados en diferentes contextos, puede referirse a un examen académico, a la evidencia que respalda una afirmación, a la acción de comprobar algo, entre otros.

Tal como lo plantea el profesor Coloma²⁸, existen distintos sentidos de la palabra prueba, unas como fuente de imágenes sensoriales (o experiencias) que se sitúan en la base de argumentos cuyas pretensiones son las de fijar conductas jurídicamente relevantes; otras como actividad (mental o discursiva) que explora, construye y/o controla relaciones posibles entre “pruebas” en el primer sentido y conjeturas sobre conductas jurídicamente relevantes, con miras a que estas últimas suspendan su estatus de provisionalidad tendiendo, ya sea a su confirmación o refutación; también entiende la prueba como un hecho probado, como estatus atribuido a una conjetura sobre conductas jurídicamente relevantes, en la medida que se reconoce que un estándar de prueba fue superado. Entre otros sentidos que no agotan los usos de la palabra prueba en contextos jurídicos.

En un sentido general, probar es decir la verdad sobre una proposición, pero en lenguaje jurídico la palabra prueba tiene un significado más restringido, ya que ésta ha sido entendida como el mecanismo a través del cual se intenta determinar la ocurrencia o no ocurrencia de los hechos objeto del proceso²⁹, también ha sido definida como la demostración, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho que ha sido controvertido y que es fundamento del derecho que se pretende³⁰. Por otro lado, Horvitz y López afirman que la prueba es una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos o fuentes de prueba de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías³¹.

²⁸ COLOMA CORREA, Rodrigo. “La prueba y sus significados”, Pág. 431.

²⁹ TARUFFO, M (2002). “La prueba de los hechos”. Pág. 21.

³⁰ CASARINO VITERBO, Mario. Pág. 45.

³¹ HORVITZ y LÓPEZ. Pág. 65.

Dicho lo anterior, y frente a estas distintas definiciones de prueba, entenderemos por concepto de prueba como la demostración de la verdad en juicio a través de los medios de prueba que la ley establece sobre la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.

Es interesante destacar lo mencionado por Horvitz y López³² respecto del concepto de prueba, ya que, dentro de él implícitamente se extrae que la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar, ya que el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basa la acusación y la defensa.

El sistema procesal penal chileno como bien sabemos es de índole acusatorio, son las partes acusadoras (fiscal y querellante, en su caso) quienes deben aportar las pruebas al Tribunal que conocerá del Juicio Oral, para los efectos de lograr desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza todo imputado, acorde al artículo 4° del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), a un nivel o estándar más allá de toda duda razonable. Es de esta actividad probatoria que el juez deberá realizar un proceso de valoración de la prueba donde estas serán valoradas *a priori*, libremente, ya que no existe una preferencia legal de algún medio por sobre otro (Art. 295 CPP)³³.

Normativamente, el artículo 297 del CPP, estipula que los tribunales apreciaran la prueba con libertad. A diferencia del sistema de prueba legal o tasada que existía hasta la Reforma Procesal Penal, la que se caracterizaba por una basta regulación legislativa sobre qué medios de prueba eran admisibles y la valoración de los mismos, con una escasa intervención o aporte del juez en dicha ponderación. Actualmente, el sistema probatorio de libre valoración de la prueba implica que las pruebas valen según el grado de convicción que generen en el sentenciador.

1. Sistemas de valoración de la prueba en Chile

1.1. Sistema de libre convicción o libre valoración

³² HORVITZ y LÓPEZ. Op.Cit., p.66.

³³ Art. 295 CPP: “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

Como antes mencionado, el artículo 297 del CPP establece la libertad como sistema de valoración de la prueba, pero con una limitante, que no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Este sistema se caracteriza por la carencia de normas jurídicas que predeterminen el resultado de la valoración³⁴, lo que trae como problema, que este sistema radica en que la ausencia de reglas deriva en la presencia de criterios indeterminados, discrecionales y flexibles, que dependen de la libre convicción de quien valora³⁵.

1.2. Sistema de la sana crítica

Este sistema ha sido adoptado en diversos procedimientos y a pesar de que no se encuentra explícitamente mencionado en el artículo antes citado, es el sistema elegido por los sentenciadores ya que es el sistema de valoración imperante al momento de fundamentar las sentencias, ello se desprende de consultar la historia de la ley como la doctrina y la jurisprudencia, y no solo en el ámbito penal, sino que es el sistema general de ponderación de la prueba también en materia laboral y de familia.

Couture fue quien definió la sana crítica como un sistema que “configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba”³⁶.

Por otro lado, Horvitz y López, entienden por sana crítica como aquel sistema que puede ser entendido como aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado.³⁷

2. Prueba de los delitos sexuales contra NNA

³⁴ FERRER, J (2007). “La valoración racional de la prueba”. Pág. 45.

³⁵ TARUFFO, M (2002). Op. Cit., p.387.

³⁶ COUTURE, Eduardo (1958). “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. P.270

³⁷ HORVIT y LÓPEZ. Derecho Procesal Penal Chileno II. Pág. 150

Para el objetivo del presente trabajo, es necesario situar la prueba dentro de nuestro proceso penal, por lo que sucintamente caracterizaré las etapas que forman parte del Procedimiento Ordinario por Crimen o Simple delito de Acción Penal Pública, el cual es el procedimiento general y supletorio, se encuentra regulado en el Libro II del Código Procesal Penal (CPP) el cual consta de 3 etapas:

1. Libro II, Título I. Etapa de Investigación: Esta etapa “consiste, como su nombre lo indica, en la indagación preliminar, por parte del ministerio público y la policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito. Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado”.³⁸
2. Libro II, Título III. Preparación del Juicio Oral: Esta etapa “presupone la formulación de la acusación en contra del imputado. Función principal de esta etapa es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes”.³⁹
3. Libro II, Título III. Juicio Oral: Esta etapa es la última del procedimiento penal, donde los “intervinientes expondrán, a grandes rasgos, sus pretensiones ante los jueces, comenzando con los alegatos de apertura, para que luego se presenten aquellas pruebas fijadas en el auto de apertura del juicio oral y finalizando posteriormente, con los respectivos alegatos de clausura”⁴⁰. En esta etapa, los encargados de conocer y fallar el conflicto serán los tres jueces del Tribunal Oral en lo Penal, donde una de las mayores tareas de ellos es la valoración de la prueba y la posterior fundamentación y dictación de la sentencia.

Como lo mencionamos al principio del presente capítulo y desde un punto de vista epistemológico, probar es decir la verdad sobre una preposición, por ende, el objeto del proceso es la verdad y “ello no puede ser de otra manera, puesto que ese objetivo es

³⁸ HORVITZ, M., y LÓPEZ, J. (2010) *Derecho Procesal Penal Chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, pp, 443-444.

³⁹ *Ibíd.* p. 444.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 444.

estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta”⁴¹. Ahora bien, acorde a lo señalado por MICHELE TARUFFO, hay una vinculación funcional entre la prueba y la verdad de los hechos de la causa⁴² y esta relación conceptual puede generar confusiones si no se tiene claridad sobre la “verdad de los hechos”, ello, por lo difícil que es alcanzar la verdad absoluta en el proceso.

Para resolver el conflicto anterior, la doctrina ha tendido a diferenciar la “verdad formal” (o “judicial o “procesal), “que sería la establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios”⁴³ de la “verdad material” entendida como una verdad empírica y absoluta, es la que existe fuera del proceso y es obtenida por medios distintos a las pruebas judiciales⁴⁴. Para TARUFFO, esta distinción es inaceptable, toda vez que, “es insostenible la idea de una verdad judicial sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas”⁴⁵. A partir de ello entonces, podemos entender que existe una vinculación entre la verdad absoluta y aquella que se alcanza a través del proceso judicial, por ende, los conceptos no son ajenos entre sí.

Teniendo en cuenta esta idea, sabemos que en el contexto de la prueba en el procesal penal es difícil alcanzar una verdad absoluta debido a límites tanto legales como prácticos, pero ello no impide que el proceso no sea un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad, por ende, podemos afirmar que el juicio oral es una herramienta epistémica, un medio para llegar a la verdad a partir de una presentación de hechos e hipótesis. Ahora bien, “debido a que la verdad de una hipótesis no puede ser demostrada con certeza, sino solo corroborada en menor o mayor medida, se necesita que el derecho defina el umbral de corroboración suficiente para que esté justificado declarar probado un enunciado factivo”⁴⁶ En otras palabras, es necesario determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada una hipótesis y en nuestra legislación, dicho grado es definido mediante el estándar de prueba.

⁴¹ FERRER, Jordi (2017). “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”.p.13.

⁴² TARUFFO, Michele (2002). “La prueba de los Hechos”, Segunda Edición. España: Editorial Trotta, 2005, p. 23.

⁴³ *Ibíd.*, p.24.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ ACCATINO, Daniela (2010) “El modelo de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad” p. 139.

A continuación, me referiré brevemente al estándar de prueba en nuestra legislación, el cual será desarrollado en el apartado.

El sistema de justicia penal en Chile establece un requisito epistémico en relación con la presentación de pruebas. Para que se dicte una condena, es necesario que el tribunal haya alcanzado una convicción y que el acusado haya tenido una participación considerada culpable y penalizada por ley. Esta exigencia probatoria se encuentra consagrada en el artículo 340 del Código Procesal Penal, donde nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiese cometido el hecho punible objeto de la acusación, estándar que está estrechamente relacionado con la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile, específicamente la garantía del debido proceso y la presunción de inocencia⁴⁷.

Gascón, define el estándar de prueba como “aquella herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho”⁴⁸ y proceso penal recoge el estándar de prueba más elevado, ya que, exige para condenar que el tribunal adquiriera una convicción más allá de toda duda razonable, respecto de la prueba de la culpabilidad. Esto significa que aun cuando la hipótesis de culpabilidad resulte más probada que la hipótesis de inocencia, se requiere un esfuerzo adicional de parte de la acusación para satisfacer dicho estándar. “A menudo, la exigencia del estándar ha sido representada en términos matemáticos, señalando que el nivel de convicción que debe adquirir el tribunal debe estar entre un 90% y un 95% para condenar”⁴⁹

2.1. Medios de prueba

Los medios de prueba son “aquellos instrumentos o causas procesales de los que sirven las partes para introducir los hechos de la realidad en el proceso y trasladarlos a presencia judicial”⁵⁰, a su vez, también pueden ser definidos como “los arbitrios, instrumentos o elementos de que se vale el legislador para acreditar los hechos y

⁴⁷ FERNÁNDEZ CARTER, C. Pág. 277.

⁴⁸ GASCÓN, M. P. 128.

⁴⁹ LAUDAN, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar” p. 98.

⁵⁰ SANDOVAL, E. Pág.

circunstancias necesarias para el establecimiento de los delitos y de sus autores, cómplices o encubridores”⁵¹

Dentro de los distintos medios de prueba que ofrece nuestro sistema procesal penal, los que cobran importancia en el ámbito de delitos sexuales son la prueba pericial y el testimonio de la víctima, al respecto, es dable señalar que debido a las dificultades probatorias que enfrentan este tipo de delitos “no suelen concurrir como elementos de prueba personal y directa más que las declaraciones del propio imputado – normalmente emitidas en sentido exculpatario – y las manifestaciones exclusivas de la víctima – de contenido incriminatorio – ⁵² He ahí la importancia del testimonio de la víctima en el ámbito de este tipo de delitos debido a la escasez probatoria, lo que hace particularmente vulnerables a las víctimas “aumentando la posibilidad de impunidad de tales hechos”⁵³

En otras palabras, cuando no contamos con indicios físicos u objetivos (tales como lesiones o elementos biológicos) o no existen testigos del hecho, son dos las fuentes en la que el juzgador cuenta para valorar la ocurrencia de los hechos denunciados, los peritajes y la declaración o testimonio de la víctima.

2.1.1. Pericia psicológica y médica

Desde el punto de vista del derecho probatorio y del procedimiento propiamente tal, el perito no es parte del juicio, ni testigo, sino que es un tercero extraño que presta colaboración o auxilio al tribunal, sobre materias específicas para las cuales se requiere tener conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio.

Para Mario Casarino perito es “toda persona que tiene conocimientos especiales sobre una materia determinada y apta, en consecuencia, para dar su opinión autorizada sobre un hecho o circunstancia contenido en el dominio de su competencia”⁵⁴.

El informe de peritos se encuentra regulado entre los artículos 314 y 322 del Código Procesal Penal, y este medio de prueba “se trata, pues, de una persona con conocimientos especializados, un experto en determinadas materias; de allí que, a

⁵¹ NUÑEZ VÁZQUEZ, J (2009) *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. Revista jurídica de las Américas. Pág. 324.

⁵² Fernández – Figares, M. (2012) *La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena de los delitos de violencia contra la mujer*”. P. 26.

⁵³ VARIOS. *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales*. Pág. 9.

⁵⁴ CASARINO, Mario (2009) *Derecho Procesal Civil, Tomo IV*. Pág. 247.

diferencia del testigo, no declara sobre hechos concretos que le ha tocado percibir u oír, sino sobre los principios y reglas que rigen determinados fenómenos o actividades, cuya comprensión resulta, por lo general, inaccesible al no especialista”⁵⁵. El objetivo del peritaje psicológico es “obtener datos no contaminados sobre los hechos investigados en un proceso penal”⁵⁶

Asimismo, el artículo 314 del Código Procesal Penal establece que “el ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación de juicio oral que éstos fueren citados a declarar en dicho juicio, acompañado los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito”

Mientras que, el informe pericial “es el examen que emite el perito sobre los asuntos sometidos a su conocimiento por las partes o por el tribunal y para la solución de los mismos. La pericia es un informe u opinión autorizada que sirve al juez para resolver en definitiva”.⁵⁷ El cual, para tener validez, debe respetar lo dispuesto en el artículo 315 y 316 sobre el contenido y admisibilidad del informe de peritos.

Como ya antes mencionado, en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, al no contar con indicios físicos o biológicos, y la falta de testigos del hecho delictivo que corroboren la develación del NNA, “la prueba pericial científica cobra una especial relevancia”⁵⁸.

Por otro lado, el peritaje médico o “informe médico-legal sirve para la ilustración y esclarecimiento al tribunal de ciertos hechos, para los cuales se requieren de conocimientos especiales de ciencia médica”⁵⁹. Este peritaje médico es una fuente de prueba que se materializará como medio probatorio cuando el perito produzca el informe que se presentará ante las instancias judiciales o cuando el mismo perito sea citado a

⁵⁵ HORVITZ, M., y LÓPEZ, J (2010) *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II*. Pág. 295.

⁵⁶ MACURÁN NODARSE, Greter (2012) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 72.

⁵⁷ SILVA, Hernán (2012) *Medicina Legal y psiquiátrica forense. Tomo I*. Pág. 28

⁵⁸ VÁSQUEZ-ROJAS (2014) *Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial*. Anuario de Psicología Jurídica. 24(1). Pág. 66

⁵⁹ SILVA, Hernán (2012) *Medicina Legal y psiquiátrica forense. Tomo I*. Pág. 25.

declarar. En nuestra legislación, para que el peritaje médico legal por agresiones sexuales tenga plena validez, es necesario que la agresión sea denunciada ante Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, directamente ante el tribunal competente o en dependencias del Ministerio Público, y con la minuta correspondiente se realizará el peritaje médico legal, si no se ha realizado la denuncia, el examen sólo se realizará con la finalidad de efectuar un diagnóstico y el tratamiento médico correspondiente⁶⁰, situación que a nuestro juicio es altamente cuestionable, toda vez que, es de vital importancia que el peritaje médico se haga lo más pronto posible, tal como lo establece el Servicio Médico Legal “Es importante que el examen médico se realice dentro de las primeras 48 horas desde ocurrida la agresión para que las lesiones no desaparezcan”⁶¹.

2.1.2. Testimonio o declaración la víctima

En primer lugar, la prueba testimonial es definida como “una declaración judicial prestada por una de las partes, o ciertos testigos, a iniciativa de la contraria, de un colitigante o del tribunal, con o sin juramento previo, en la que debe dar cuenta de hechos y circunstancias que conoce y que tienen relación con el objeto del juicio”⁶²

En el mismo sentido, el “testigo es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos o subsiguientes al acontecimiento delictivo”⁶³. Las reglas por las cuales se rigen los testigos se encuentran entre los artículos 298 a 313 del CPP, donde en el artículo 309, se ve reflejado del principio de libertad probatoria que rige desde la reforma procesal del año 2000, que establece que en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. De esta manera, es posible que cualquier persona que haya presenciado o tenga información sobre los hechos delictuales objeto del proceso y de la investigación puedan declarar en juicio.

En más detalle, cabe destacar que los testigos no necesariamente tienen que ser personas ajenas al procedimiento, “pues la calidad de interviniente y testigo no es necesariamente incompatible. Así, la víctima que es interviniente conforme al artículo 12 CPP, puede también tener la calidad de testigo en el procedimiento penal y, con

⁶⁰ MONTOYA, D., DÍAZ, R., REYES, F., ABUSLEME, C., y GARRIDO, J (2004) *Peritaje médico legal en delitos sexuales: una pauta práctica para su correcta realización*. Pp. 56-57.

⁶¹ SERVICIO MÉDICO LEGAL (2017) *Agresiones sexuales*.

⁶² COLOMER, Juan (2000) *Derecho Jurisdiccional III*. Valencia: Tirant Lo Blanch. pág. 52

⁶³ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p. 273.

frecuencia, su testimonio será clave y absolutamente necesario en el juicio”⁶⁴. Es más, acorde al artículo 298 del CPP la víctima tiene la obligación de concurrir al llamamiento judicial para prestar declaración testimonial y decir la verdad sobre los hechos que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración, salvo las excepciones legales al deber de comparecencia o declaración establecidas en los artículos 300, 302 y 303 del mismo cuerpo legal.

Como ya antes mencionado, el testimonio de la víctima goza de gran importancia en el ámbito de prueba de los delitos sexuales, ya que, en la mayoría de los casos no se cuenta con evidencia material que pueda probarlo, así como tampoco con testigos, distintos de la víctima que puedan dar fe de los hechos y del autor.

Por otro lado, a partir del inciso segundo artículo 309 del CPP es posible distinguir entre los testigos presenciales o de referencia, siendo los primeros aquellos que “hubieren presenciado los hechos sobre los cuales declaran testigos presenciales y los de referencia.

Las evaluaciones periciales del testimonio “han destacado por sobre otros métodos desestimados por su bajo valor probatorio, el elevado porcentaje de error, falsos positivos y negativos, e imposibilidad de constituirse en evidencia, como el juicio subjetivo, las técnicas de examinación psico-fisiológica (polígrafo), las técnicas proyectivas y lúdicas (dibujos, uso de muñecos), la sintomatología y el reporte y/u observación de la conducta o signos no verbales”⁶⁵

3. Dificultades probatorias generales del abuso sexual infantil

Sabemos que no es un misterio que los procesos judiciales son creados y diseñados por y para adultos, por lo que se ha normalizado que no haya espacios e instancias pensadas para la intervención de los niños, niñas y adolescentes en dichos procesos, situación que es claramente responsabilidad del Estado, toda vez que, es su deber garantizar el respeto al debido proceso para todos los litigantes, lo que también incluye a los NNA, esto significa entonces, que debemos transitar desde una concepción

⁶⁴ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p. 273.

⁶⁵ HUERTA, S., DUQUE, C., BLANCO, A., ROMO, V., FUENZALIDA, R., LEIVA, A., CAMPLÁ, X., PEREIRA, P., y MUÑOZ, P. (2019) *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales*”. Fiscalía de Chile. P, 63.

adultocéntrica de los procesos judiciales donde participan los NNA hacia un diseño que permita su intervención efectiva con pleno respeto de sus derechos como niños, niñas y adolescentes⁶⁶.

Ahora bien, los delitos sexuales contra NNA son considerados como una de las peores formas de violencia contra la niñez y la adolescencia, al mismo tiempo que unas de las más difíciles de detectar, ya que, muchas veces el delito sólo se descubre una vez que el NNA relata lo sucedido, develación que en muchos casos es tardía y en la que rara vez existen testigos del hecho⁶⁷. Asimismo, lo ha planteado el Ministerio Público: “Entre los delitos que revisten una mayor dificultad probatoria se encuentran, probablemente con mayor presencia, los delitos sexuales. Esta dificultad esta principalmente asociada a que en un porcentaje muy menor de casos existe evidencia física que dé cuenta de la comisión del delito, a que no se cometen en presencia de testigos y, además, una gran mayoría, afectan a víctimas, niños, niñas o adolescentes que, muchas veces, mantienen un vínculo de dependencia o de parentesco con el agresor⁶⁸”

Lamentablemente en nuestro país, acorde al estudio elaborado por la Fundación Amparo y Justicia a partir de los datos solicitados vía Transparencia al Ministerio Público, arrojó resultados preocupantes, desde el año 2006 a 2022, se registró un alza sostenida de la cantidad de denuncias que incluyen a niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos sexuales y violentos, es más, sólo durante el año 2022 estas denuncias aumentaron en un 42% en comparación al año 2021, registrándose ante las autoridades competentes 39.933 denuncias de delitos sexuales y otros delitos graves contra de NNA. Adicionalmente, el número de formalizaciones de los casos han aumentado en comparación al año anterior, pero el porcentaje sigue manteniéndose cercanos al 20% de las denuncias ingresadas anualmente⁶⁹. También, es posible verificar que, respecto de los casos concluidos, entre el año 2016 y 2022, la gran mayoría de los casos toma una salida alternativa, es más, el año 2022 éstas alcanzaron el 66,8%.

⁶⁶ CONTRERAS, Nicolás (2021). Pág. 137.

⁶⁷ CARVACHO, ORTÚZAR, SANTIBAÑEZ y VELÁSQUEZ. “Las víctimas NNA de delitos sexuales frente al sistema de justicia penal”, pág. 48.

⁶⁸ FISCALÍA NACIONAL DE CHILE (201), PÁG. 5.

⁶⁹ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2023). Estudio de fundación amparo y justicia. *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros graves: ingreso de denuncias y respuestas del sistema de justicia penal*. Pág. 17.

Es entonces que, por su propia naturaleza, el abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes presenta características que hacen difícil su constatación, toda vez que, y como ya antes mencionado, estos hechos delictivos suelen acontecer en la intimidad lo que hace poco probable que haya testigos directos de los hechos, y en muchas ocasiones es el testimonio o el propio cuerpo de la víctima la prueba más importante.

3.1. Testimonio del NNA

Sabemos que la memoria es frágil, sobre todo para niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de abuso sexual, es más y desde una perspectiva judicial, “se señala también como los problemas más importantes del testimonio del niño es la tardanza en denunciar los hechos, la falta de memoria, la coerción y la sugestión”⁷⁰.

Es entonces que Murillo y Vergara plantean que es indispensable conocer los principales elementos psicológicos del testimonio, los cuales se distinguen en tres principales: la percepción, la memoria y la deposición o develación.

La percepción sensible de la cosa o del hecho, difiere según los individuos y las condiciones en cuales se encuentran, además, las víctimas y los testigos se hallan en una condición negativa desfavorable, muy distinta a la de un observador. Por ejemplo, la percepción de un hecho es diferente si el agresor es un familiar cercano al niño, niña o adolescente.

Por otro lado, “la memoria es un complejo proceso que comprende varias operaciones. En primer lugar, la conservación de las impresiones sensibles; después, la reproducción de los recuerdos, su evocación y su localización en el tiempo. Por ello, puede ocurrir que un NNA no pueda entregar un relato íntegro sobre los hechos de los cuales se presta testimonio, pero sí conserve detalles del lugar en que sucedieron los hechos, sensaciones corporales experimentadas, etcétera.”⁷¹.

Es importante destacar la huella mnésica⁷² que puede afectar también el testimonio del NNA, “la huella mnésica de la víctima adquiere un especial protagonismo

⁷⁰ MACURÁN NODARSE, Greter (20122) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 51

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 55.

⁷²La huella mnémica es un concepto usado por Freud, para dar cuenta de la forma en que se inscriben ciertos acontecimientos en la memoria. Huella mnémicas, son las que “aparecen en la mente, más o menos creíbles, según su vinculación con los deseos, su grado de aceptabilidad, su coherencia. El sujeto olvida hechos esenciales de su propia historia, recuerda en forma distorsionada, incluso “evoca” hechos que nunca ocurrieron. Blanck-Cerejido Fanny (2006) *La memoria en el diván* Acta poét. Vol.27 N°2. Ciudad de México. Oct/nov. 2006.

en este tipo de delito, pero este testimonio es fácil de contaminar en víctimas vulnerables por razón de su edad, capacidad intelectual o equilibrio emocional”⁷³. Además, el hecho de someter al niño, niña o adolescente a distintas evaluaciones o entrevistas, le suponen una reexperimentación continuada de emociones negativas, siendo uno de los principales factores de la victimización secundaria, sumado al hecho de que, si se pone en duda su testimonio, la retractación de la víctima será segura.

Mientras que la deposición o comunicación de los recuerdos a la autoridad, se trata esencialmente de obtener del testigo el saber máximo, al mismo tiempo, lo más exacto posible. En la deposición, intervienen dos factores principales: la capacidad de expresar con mayor o menor claridad las percepciones reales recibidas; y, el otro, la voluntad por parte del NNA de reproducirlas fiel y francamente.

3.1.1. Develación

La develación es el “proceso por el cual el abuso sexual es conocido por personas ajenas a la situación abusiva (personas distintas del agresor y la víctima), siendo la primera instancia en que está situación es descubierta o divulgada. Este proceso tiene dos caras centrales, siendo posible la propia develación por parte del niño o adolescente, y la otra, la detección por parte de adultos”⁷⁴ Pese a lo mencionado por la autora, ella señala que en la práctica es complejo distinguir cómo ocurre la develación, ya que generalmente la víctima y su familia recuerdan solo la última vez que el NNA develó, es decir, aquel relato que llevó a la denuncia o a la búsqueda de tratamiento para la víctima.

Por otro lado, y lo más común es que la develación sea tardía, y existen dos categorías en que podemos clasificar la falta de develación, primero, la edad y características personales de la víctima y segundo, el tipo de relación entre la víctima y la persona agresora.⁷⁵

Ahora bien, es importante destacar el momento de la develación “es necesario considerar la etapa del desarrollo de cada niño, niña y adolescente”⁷⁶, ya que, en relación

⁷³ ECHEBURÚA, E., y SUBIJANA, I. *Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados*. Pág. 23.

⁷⁴ CAPELLA, Claudia. (2010) *Develación del abuso sexual en niños y adolescentes: Un artículo de revisión*. Revista Chilena de psiquiatría y neurología de la infancia y adolescencia. pág. 46.

⁷⁵ SAVE THE CHILDREN. “*La revelación de la violencia sexual contra la infancia*. Pág. 4.

⁷⁶ MURILLO, J., y VERGARA, P (2022) *Manual psicossociológico sobre abuso sexual infantil*. Pág. 53.

con la edad de la víctima, distintas investigaciones han mostrado que los niños y niñas en edad preescolar sería más frecuente que revelaran un abuso sexual de manera accidental, mientras que los niños y niñas de mayor edad es más probable que la revelación sea motivada e intencional, es decir, una revelación más consciente. En cuanto a los y las adolescentes, “la realidad nos dice que muchos retrasan su revelación dado que podrían ser más conscientes de los costes y beneficios que supondrían revelar el abuso que sufren, el miedo a que se les culpe de no haberlo revelado antes, de haberlo consentido o de no ser capaces de pararlo”.⁷⁷

Por otro lado, respecto de la relación entre la víctima y la persona agresora, este es un factor determinante que marca a la víctima del hecho de contar o no su victimización sexual, tal como lo plantea la fundación Save The Children, “en los casos de violencia crónica, se pueden dar distintas fases (impotencia, mantenimiento del secreto, acomodación, revelación y retractación) que la víctima atraviesa mientras dura el abuso intrafamiliar”⁷⁸. Por otro lado, tenemos la asimetría de poder, ya que, “quien ofende impone una ley de no revelación del abuso a través del chantaje y la manipulación afectiva, las amenazas y/o el maltrato, responsabilizándola de la ruptura del equilibrio familiar si se hace público”⁷⁹. Asimismo, los sentimientos de vergüenza, culpa, indefensión y el sentimiento de abandono que le provoca la conducta sexual de una persona adulta en la que el NNA confía, la educación de la obediencia, entre otros factores, contribuyen a que la víctima mantenga lo sucedido en secreto.

Otro factor importante para considerar es la duración del abuso sexual, ya que, “cuanto más tiempo se prolongue la violencia sexual en el tiempo, más reticentes serán las víctimas para revelarlo”⁸⁰. Sumado al miedo de no ser creído, tanto dentro del propio hogar como también posteriormente, así como el miedo a no recibir la ayuda adecuada tras su revelación.

3.1.2. Retracción

Debemos tener en cuenta que en el proceso de que un niño, niña o adolescente decide revelar las agresiones que ha sufrido, sobre todo en el ámbito de la intimidad, se

⁷⁷ Op. Cit. Pág. 4.

⁷⁸ *Ibid.* Pág. 5

⁷⁹ *Ibid.* Pág. 5.

⁸⁰ MURILLO, J., y VERGARA, P (2022) *Manual psicossociolegal sobre abuso sexual infantil*. Pág. 6.

tiende a producir lo que se conoce como retractación, que, acorde al IIN es el “comportamiento de niños, niñas o adolescentes que habiendo denunciado un acto abusivo o de maltrato en cualquiera de sus formas, cambian dicho relato al momento de levantamiento de un testimonio formal”⁸¹. La retractación es un mecanismo emocional de defensa de los NNA que han sufrido maltratos, sean estos breves o prolongados.

En mayor detalle y en términos psicodinámicos, el hecho de retractarse sería “la mejor defensa posible ante la angustia movilizadora y la ansiedad generada. Retractarse sería la emergencia esperada de un NNA que recibe de su supuesto entorno adulto protector, una respuesta vulnerada de derechos. Es decir, si al momento del primer relato, que por cierto es el que SIEMPRE debe tomarse como el más válido, el niño recibe descreimiento, desconfianza, un entorno familiar que se destruye, un sostén económico que entra en crisis, u otras respuestas que vayan en la línea de cuestionar su relato u olvidarse de su afectación, el NNA cargará el terrible y revictimizante peso de la culpa, pues toda esa movilización, parece surgir por causa de su acción de decir”⁸²

La retractación de las víctimas aparece como una problemática que dificulta la intervención judicial en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, ya que los procesos penales suelen estancarse luego de la retractación del NNA.

Tanto la develación, la posible variabilidad del testimonio, como la retractación, son hechos que dificultan la actividad probatoria y la constatación del delito, pero no son los únicos, toda vez que, acorde a lo analizado por la Fundación Amparo y Justicia, respecto de las entrevistas realizadas a los NNA que han develado ser víctimas de un ataque sexual “se observa que la mayoría de éstas (63,98%) demoran entre un mes y un año en ser ejecutadas, existiendo así un importante porcentaje que supera el estándar de 45 días establecido por el Ministerio Público para su concreción”⁸³. Sin considerar la cifra negra de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes que por diversos motivos nunca son denunciados.

⁸¹ OEA. “La retractación de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial. Sensibilizar Instituciones para no Revictimizar” Pág. 1

⁸² *Ibíd.* Pág. 5 (el resaltado es mío).

⁸³ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2023). Estudio de fundación amparo y justicia. *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros graves: ingreso de denuncias y respuestas del sistema de justicia penal.* Pág. 21

Es allí donde estamos dejando de lado a los niños, niñas y adolescentes víctimas de ataques sexuales, es deber del Estado y de sus organismos acelerar la obtención de prueba, testimonios o relatos de las víctimas en la investigación penal de los delitos sexuales contra los NNA, ello es “fundamental debido a la falta de indicios físicos que caracteriza a gran parte de estos crímenes”⁸⁴. Es por ello, que la forma de obtener y preservar los relatos y pruebas – cuando la víctima esté en condiciones de hacerlo voluntariamente– , es crítico tanto para el proceso de la investigación como para la persecución penal, “a su vez, realizar la diligencia lo antes posible es clave dados los efectos adversos que puede tener el paso del tiempo en el recuerdo de los hechos abusivos, tanto por la posibilidad del olvido y/o contaminación, como por la de que las víctimas se retracten de la denuncia”⁸⁵.

Para finalizar, es normal que existan dudas respecto de la credibilidad y validez del testimonio infantil, debido a las dificultades probatorias ya mencionadas, pero, la literatura ha demostrado que “el niño es tan creíble como el adulto cuando emite su testimonio con confianza, y esto se produce gracias a dos factores: el factor de honradez, que explica que el niño será más creído en aquellos temas en los que se cree que no podría ser capaz de inventarlos o de mentir; y el factor de capacidad, que eleva la credibilidad si el niño consigue emitir un testimonio coherente y con un lenguaje narrativo potente”⁸⁶. Testimonio que por lo general se da en la fase de la develación del hecho delictivo, y acorde a lo planteado por IIN⁸⁷ “al momento del primer relato, que por cierto es el que SIEMPRE debe tomarse como el más válido”⁸⁸.

3.2. Peritaje psicológico

A pesar de ser uno de los medios de prueba más comunes dentro de este tipo de delitos, no está exento de críticas, toda vez que “no pocas veces el perito consigue reunir la información suficiente para describir el contexto psicológico en el que su evaluado se ha desarrollado, incurriendo incluso en notorias contradicciones o falencias de

⁸⁴ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2022) *Cobertura y tiempos de respuesta en la realización de Entrevistas Investigativas Videogradas y tomas de declaración a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros delitos graves*. Pág. 1

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ MACURÁN NODARSE, Greter (2012) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 51-52.

⁸⁷ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Organismo especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia.

⁸⁸ OEA. “*La retractación de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial. Sensibilizar Instituciones para no Re victimizar*” Pág. 5.

información, que en muchos casos son sólo descubiertas en el juicio y que por su peso en la investigación del delito pueden restar toda validez al peritaje forense”⁸⁹.

Además, por lo general los peritajes y acorde a lo establecido en el artículo 314 del CPP antes citado, son realizados por expertos de confianza del Ministerio Público, donde a mi parecer, los informes pueden no ser completamente imparciales, toda vez que, “puede existir poca disposición a la evaluación; para la que se dispone de un tiempo acotado durante el cual no siempre es posible obtener información de todos los elementos implicados y cuyos resultados probablemente estarán bajo una presión social importante”⁹⁰ sumado a que “en sistemas legales como el chileno, donde los peritos pertenecen a partes contrarias, la toma de partido se convierte en un problema muy relevante”.⁹¹

Además, y acorde a lo mencionado por Macurán, plantea que el psicólogo que declara tiene dos opciones de caminos a seguir, el de abogado o el de educador imparcial, donde la diferencia estaría dada por la actitud de imparcialidad del evaluador ante el caso particular. Esta imparcialidad se muestra en la medida en que el psicólogo no esté dispuesto a realizar un estudio o informe deliberadamente sesgado a favor de una de las partes.

A partir de lo anterior y siguiendo lo mencionado por Echeburúa y Subijana, “no existe un perfil psicopatológico único vinculado al abuso sexual infantil, por lo que resulta arriesgado acreditar una supuesta experiencia de victimización sexual solo a partir de indicadores clínicos”⁹².

3.3. Peritaje o informe médico

Lamentablemente las pruebas alcanzadas a partir del peritaje medicolegal son de difícil obtención y poseen una débil fuerza probatoria, toda vez que, el valor de las evidencias obtenidas a través de este peritaje pierde valor de forma considerable luego de las 72 horas siguientes a la agresión.

Ello significa entonces, la necesidad de obtener este tipo de pruebas lo antes posible para disminuir la posibilidad de deterioro de la prueba biológica, lo que en el caso

⁸⁹ MACURÁN NODARSE, Greter (20122) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 117.

⁹⁰ MACURÁN NODARSE, Greter (20122) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 71.

⁹¹ MACURÁN NODARSE, Greter (20122) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Pág. 85.

⁹² ECHEBURÚA E., y SUBIJANA I. (2018) Pág. 22.

de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, como ya mencionado anteriormente, se dará en un número muy menor de casos, porque como ya se ha señalado, los agresores sexuales en la mayoría de los casos son personas que se encuentran en el círculo cercano del NNA, dificultando así, la pronta develación y denuncia del hecho, y en consecuencia, la oportuna obtención de dichas pruebas.

4. Prueba preconstituida

En primer lugar, existe dificultad a la hora de definir el concepto de prueba preconstituida debido a que primero, hay una falta de precepto específico que tenga su definición, y segundo, existe un manejo indistinto e impreciso de los conceptos de prueba preconstituida y prueba anticipada, llegando incluso a emplearse como sinónimos.

En primer lugar, el “primer antecedente de la prueba preconstituida lo encontramos en la obra de Bentham⁹³, quien fabricó el término “preconstituida”, al referirse a que ésta no alcanzaba a ser un medio de prueba, debido a que, luego de la revisión judicial, ella sólo podría probar que algo puede ser bueno o malo, completo o incompleto”⁹⁴ donde la utilidad de este tipo de prueba radica en que “ha sido hecha con arreglo a ciertas formas legales para ser empleada eventualmente con el carácter de prueba jurídica”⁹⁵.

Por otro lado, Ducci, define la prueba preconstituida como la que “nacieron antes de que haya discusión sobre el hecho controvertido, como el instrumento en que se otorga un acto jurídico.”⁹⁶

Asimismo, se ha entendido la prueba preconstituida como “aquella preexistente al proceso, aunque puede requerir para su plena efectividad algún tipo de práctica en el acto del juicio. En el orden penal, por ejemplo, sería una prueba preconstituida el test de alcoholemia, aunque precisaría la ratificación en el acto del juicio por parte de los agentes que la practicaron”⁹⁷

⁹³ El primer antecedente de la prueba preconstituida se encuentra en la obra de Bentham, titulada “Tratado de Prueba Judicial”, publicada el año 1823.

⁹⁴ GONZÁLEZ, LARA (2023) Pág. 7503.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ DUCCI CLARO, C. (2010) *Derecho Civil. Parte General*. Pág.406.

⁹⁷ VALMAÑA, A (2012) *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada*. InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Volumen 2. Pág. 13

En la misma línea, el profesor español José Vicente Gimeno Sendra, define la prueba preconstituida de la siguiente forma “prueba documental que puede practicar el Juez de Instrucción y su personal colaborador (Policía Judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización del juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la posibilidad de contradicción, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art. 730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena”⁹⁸

Para efectos de la presente memoria entenderemos por prueba preconstituida, la definición elaborada por Jamardo: “se entiende por prueba preconstituida aquella que, como consecuencia de su propia naturaleza, no puede ser practicada en la sesión de juicio oral, sino que se corresponde con aquellos actos que han de ser practicados de forma previa –principalmente en la fase de instrucción, si bien es posible su preexistencia previa al inicio del proceso – sin que exista la posibilidad, dada la naturaleza propia del medio de prueba, de reproducirlos de forme exacta en el juicio oral. Estos actos, diligencias de investigación, son susceptibles de alcanzar valor probatorio siempre que se cumplan los requisitos y garantías tanto legales como constitucionales”⁹⁹. Es allí, por tanto, donde se concibe la llamada prueba preconstituida, que, al ser una prueba recopilada en la fase de investigación el proceso penal y sin ser una prueba practicada en el juicio oral, podrá tenerse presente como prueba a la hora de fundamentar una sentencia de condena.

Si bien, el concepto de prueba preconstituida guarda relación con el proceso civil, en los últimos años ha sido acuñada por el proceso penal, especialmente por los beneficios que presenta para las víctimas en los casos de delitos sexuales contra personas vulnerables, es claro lo que caracteriza a este tipo de prueba, y en base a ello podemos señalar que es la prueba que existe incluso antes de que se dé inicio a un juicio o durante la fase de investigación, ergo, antes de que se dicte el auto de apertura del juicio oral.

⁹⁸ GIMENO SANDRA (2010) *La prueba preconstituida de la Policía Judicial*. Pág. 38.

⁹⁹ JAMARDO LORENZO, Andrea, *La preconstitución de la prueba en el proceso penal (pre-constituted evidence in the criminal proceedings)*. Pág. 58

4.1. Concepto prueba anticipada

Por otro lado, respecto de la prueba anticipada está fue definida por Díaz como “aquella rendida en una fase anterior a la oportunidad establecida ordinariamente para ello, ya sea dentro o fuera del juicio actual”¹⁰⁰. Asimismo, “la prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, motivado por la imposibilidad material de practicarlas en este acto”¹⁰¹.

La prueba anticipada es de carácter excepcional en el proceso penal, ello se encuentra regulado en el artículo 296 del CPP, el cual señala que la prueba que hubiere de servir de base para sentencia deberá rendirse durante el juicio oral. Es decir, nuestro código permite la rendición de prueba anticipada sólo respecto de la prueba testimonial, de testigos y peritos y solo respecto de circunstancias especiales y, en general, el fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la imposibilidad de rendir prueba en el lugar y momento que debe realizarse el juicio oral, o la probabilidad de que eso sea imposible.

4.2. Actos de investigación y actos de prueba

Ahora bien, para entender la naturaleza jurídica de la prueba preconstituida como de la prueba anticipada, es dable aclarar la diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba, los primeros “son aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento”¹⁰², en pocas palabras, los actos de investigación tienen como finalidad determinar la existencia o inexistencia de hechos que revisten el carácter de delito para continuar con el procedimiento penal.

¹⁰⁰ DÍAZ, P (2006) *La Prueba Anticipada En El Proceso Civil*. Lexis Nexis Pág. 13

¹⁰¹ MIRANDA, M (1997) Pág. 318.

¹⁰² HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p, 68

Mientras que los “actos de prueba son, en cambio, todos aquellos actos realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y el juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho.”¹⁰³ Es decir, tienen el objeto de convencer al sentenciador sobre la realidad de los hechos que son objeto del litigio y, por lo tanto, servir de base para la dictación de la sentencia definitiva.

Las principales diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba pueden ser las siguientes acorde con HORVITZ y LÓPEZ:

1. Oportunidad: Los actos de investigación sólo pueden ser realizados durante la etapa de investigación, mientras que los actos de prueba – por regla general – sólo pueden ser realizados durante la etapa intermedia
2. Sujeto: Los actos de investigación son, los actos realizados por el ministerio público y la policía, acorde a lo dispuesto en el artículo 180 del CPP: “Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

Respecto de los actos de prueba, la regla general es “que ellos sólo pueden ser realizados por las partes, y no por el tribunal”.¹⁰⁴

3. Finalidad: La finalidad de los actos de investigación y la de los actos de prueba está determinada por la finalidad de cada una de las etapas dentro de las cuales se producen. De esta manera, los actos de investigación – que son desarrollados en una etapa preparatoria del proceso penal – tienen por objeto reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una acusación. Mientras que los actos de prueba tienen como finalidad debilitar la convicción del tribunal del juicio oral en torno a las proposiciones fácticas hechas valer por las partes con el objeto de provocar la decisión de absolución o de condena.¹⁰⁵

¹⁰³ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p, 68.

¹⁰⁴ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p, 75.

¹⁰⁵ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p, 76.

No obstante, la diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba ambos comparten un elemento en común que según Horvitz y López (2008) que es la manera de procesar los elementos probatorios, ya que los actos de investigación tienen por objeto obtener estos elementos, los actos de prueba tienen por objeto incorporarlos al debate contradictorio con el fin de formar la convicción del tribunal que decide sobre la absolución o la condena.

Sabemos que en nuestra tradición jurídica procesal penal no es indiferente la forma en que se obtienen y se incorporan los elementos de prueba, ya que en un Estado democrático es “precisamente esta actividad la que crea mayor riesgo de violación a los derechos fundamentales de las personas. La reconocida tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal surge de la constatación de que los medios generalmente considerados más eficientes para investigar los delitos son precisamente los que afectan en mayor medida los derechos fundamentales”¹⁰⁶.

Es por lo anterior, que la actividad de investigación en el proceso penal se encuentra con ciertos límites formales que vienen impuestos por el respeto a los derechos y garantías individuales ante la persecución penal pública. Es aquí donde nace el conflicto de la prueba preconstituida en comparación con la prueba anticipada, toda vez que, y como ya antes expuesto, la prueba preconstituida puede ser entendida en el proceso como un límite formal para el establecimiento de la verdad, un arma de doble filo entre el objeto del proceso y las garantías individuales.

Ahora bien, cabe destacar que los actos de investigación son potenciales actos de prueba y pueden convertirse en ellos cuando se producen las pruebas preconstituidas y prueba anticipada, que es una de las similitudes de este tipo de prueba. Pero es importante distinguir que la prueba preconstituida es una prueba que ha sido obtenida incluso antes de que se inicie la investigación formalizada de los hechos que revisten el carácter de delito, ya que es imposible que se logren reproducir en el momento de la apertura del juicio oral, “la prueba preconstituida es una prueba documental sobre hechos irrepetibles imposibles de trasladar, por medios de prueba ordinaria, al juicio oral”¹⁰⁷ porque fueron hechas o recogidas con antelación y se presentan en el momento del juicio oral, por ser un tipo de prueba que debe practicarse sin demora alguna, por ejemplo, el peritaje médico

¹⁰⁶ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. p, 77.

¹⁰⁷ GIMENO SANDRA (2010) *La prueba preconstituida de la Policía Judicial*. Pág. 37.

que da cuenta que un NNA fue víctima de abuso sexual, peritaje que sabemos que es de difícil obtención por la prontitud en que éste debe ser realizado.

Es entonces, que la gran diferencia entre la prueba preconstituida y la prueba anticipada es la excepcionalidad temporal del momento en que se tuvo conocimiento de esta prueba y cómo esta se incorporará como medio de prueba en el proceso. De forma muy precisa, afirmar que la declaración de un NNA víctima de violencia sexual, en la fase de investigación puede configurarse como prueba preconstituida, supone admitir que la declaración, por naturaleza, resulta irreproducible. En cambio, si la admitimos como prueba anticipada, ello conlleva a enfocar su irreproducibilidad a las circunstancias de la declaración, siendo, en este caso, la presencia de una víctima especialmente vulnerable.

4.3. Beneficios de la prueba preconstituida

La prueba preconstituida para los casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, acorde a lo planteado por González, Muñoz, Sotoca y Manzanero, es una fórmula jurídica que en los casos de víctimas especialmente vulnerables, como lo son los NNA tiene dos objetivos fundamentales: por un lado proteger el testimonio de la víctima (indicio cognitivo) del deterioro derivado de múltiples e inadecuados abordajes, y por otro, evitar la revictimización provocada por el sistema policial y de justicia.

Es más, “El principal factor de riesgo en este sentido sería la sobreexposición de la persona en situación de vulnerabilidad a distintas evaluaciones-entrevistas que pueden producir, por un lado, la continua re-experimentación de emociones negativas asociadas a la vivencia traumática; y por otro, la sensación de descrédito, principalmente si sus declaraciones son fuertemente cuestionadas por la defensa del acusado, que afectará su autoestima y favorecerá el mantenimiento o desarrollo de sentimientos de culpa”.¹⁰⁸

En nuestro país, la victimización secundaria ha ido adquiriendo cada vez mayor preocupación, ello es un reflejo de la implementación de la Ley N°21.057, que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo para los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. El propósito de la legislación es prevenir

¹⁰⁸ GONZALEZ, J., MANZANERO, A., MUÑOZ, J., y SOTOCA, A (2013) *Propuesta de protocolo para la condición de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*. Papeles del Psicólogo. Vol. 34(3), pp 231.

situaciones de victimización secundaria que afecten directamente al sistema protección que derivan de este tipo de delitos¹⁰⁹.

4.3.1. Victimización secundaria

No es un misterio que los delitos sexuales generan en los niños, niñas y adolescente consecuencias emocionales y sociales adversas a corto, mediano y largo plazo, entre las que se encuentra “manifestaciones tanto de sintomatología internalizadora (como la depresión, la ansiedad y el estrés postraumático) como los problemas de conducta¹¹⁰

El concepto de victimización secundaria es mencionado en el artículo linciso segundo de la Ley N°21.057, indicando que, mediante la prevención de la victimización secundaria, se busca evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los NNA con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento. En segundo lugar, el mismo cuerpo legal, en el artículo 3 al mencionar los principios rectores de dicha ley, señala en la letra d) a la prevención de la victimización secundaria como un principio rector, indicando que las personas que intervengan en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica, así como la privacidad de los menores de edad.

Es entonces que para entender de qué hablamos cuando nos referimos a la victimización secundaria, hay que primero distinguirla de la victimización primaria. Este tipo de victimización es la que hablamos cuando nos referimos a las consecuencias o efectos directos del delito, la víctima o el sujeto pasivo del delito, a propósito del hecho delictual la víctima puede sufrir tanto consecuencias físicas, como lo serían las lesiones producto de una agresión, consecuencias patrimoniales y consecuencias psicológicas. La victimización primaria puede darse en cualquier tipo de delito.

Por tanto, la victimización secundaria, tal como lo señala Duce, la víctima de un delito se ve afectada en un doble orden, de manera primaria, por las consecuencias

¹⁰⁹ MURILLO, José., y VERGARA, Paula (2022), pág. 60.

¹¹⁰ BRAVO, C., y GUERRA, C (2014), pp 72-73.

directas del hecho delictual y en segundo orden, la víctima también se verá afectada cuando entre en contacto con el sistema penal. De acuerdo con el autor, esa segunda afectación se produce por las expectativas que tiene la víctima de un resultado favorable que en la mayoría de los casos no se alcanza y también por entrar en contacto con funcionarios judiciales, abogados y ritualidades del proceso que le son ajenas y desconocidas¹¹¹

De acuerdo con la Comisión Técnica de Garantías de Derechos de NNA en Procesos Judiciales, la victimización secundaria “hace referencia a la inadecuada atención que recibe la víctima una vez que entra en contacto con el sistema de justicia. Se le considera una reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima re-experimenta una nueva violación a sus derechos cuando la policía, las instituciones sociales y gubernamentales intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima a nivel económico, social, físico y psicológico. También se ha afirmado que este tipo de victimizaciones ocurre cuando los otros (que no han sido víctimas) responden de forma negativa a las víctimas, por su orientación sexual, condición racial, étnica o religiosa”¹¹²

Por otro lado, respecto de la victimización primaria en niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, los efectos o consecuencias directas del ataque son múltiples, más allá de las lesiones físicas que puedan presentarse, la afectación psicológica es significativa, “la gravedad de las consecuencias dependerá de diversas circunstancias, dentro de las que se destaca la duración, la existencia de penetración, las heridas, utilización de armas intimidatorias, el miedo a morir durante la agresión, el que sea realizado en grupo, etc. Pero existen otras que están ligadas a la víctima y que tienen que ver con su estado psicológico previo, la salud en general y su adaptación al entorno”¹¹³.

Estas consecuencias directas sufridas por los NNA víctimas de delitos sexuales son graves y generan un gran impacto en la persona, ya que no sólo estamos hablando de lesiones físicas de mayor o menor gravedad que puedan ser tratadas, sino que también hay afectaciones a nivel emocional y psicológico que pueden tener repercusiones durante el resto de su vida, y si pensamos que además son niños, niñas y adolescentes los que

¹¹¹ DUCE, M., y RIEGO, C (1994) *La Víctima en el Proceso Penal chileno y la Seguridad Ciudadana*. p.153-154.

¹¹² Consejo Nacional de La Infancia, Informe Final de la Comisión Técnica de garantías de derechos de NNA en procesos judiciales. Pág. 19

¹¹³ FERNANDEZ-BALLESTEROS (2005) pp. 104.

están sufriendo estas repercusiones, personas que aún no han alcanzado su desarrollo tanto físico como psicológico, que su cerebro aún no se termina de desarrollar, creo que en la realidad, no somos capaces de dimensionar el daño que el abuso sexual puede causar en ellos.

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

En cuanto a la manifestación de la victimización secundaria en niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales, se revela de diversas formas y también en diversas etapas del procedimiento, desde la denuncia hasta la sentencia.

Esta victimización secundaria se produce por diversos factores, el desconocimiento de parte de las autoridades, policías e intervinientes respecto del fenómeno del abuso sexual y de los derechos de las víctimas, la congestión e ineficiencia judicial que favorece procesos largos que no entregan una respuesta oportuna a las víctimas, el hecho también de que los fines del proceso sean diferentes a los intereses de las víctimas. Es más, muchas veces el interés por la persecución penal y castigo del imputado pasa a llevar los derechos e intereses de la víctima, sin considerar que muchas veces las víctimas de agresiones sexuales son discriminadas y culpabilizadas.

Para Castañer y Griesbach (2009), algunas de las causas que influyen en la victimización secundaria son:

- Los niños son sometidos a un proceso que dura varios meses, y sus participaciones son sesiones largas durante las cuales con frecuencia no se permiten descansos.

- Las jornadas suelen implicar largas esperas y tiempos muertos entre diligencias.
- Deben dar su testimonio varias veces en diversas instancias del proceso.
- Quienes toman el testimonio de un niño en el Ministerio Público por lo general no poseen entrenamiento ni especialización en el trato a niños.
- La infraestructura y los espacios en los que se desarrollará la participación del niño por lo general son inapropiados e intimidantes
- Muchas de las diligencias son formuladas y exigidas como trámite, sin adecuar el proceso a las necesidades de un niño para hacerlo eficiente y expedito.
- El niño no recibe información en el ministerio público sobre el proceso ni sobre sus derechos.

Al mismo tiempo, Rozanski señala que existen malas prácticas en los intervinientes del proceso penal, transformando en un calvario el realizar la denuncia, ya que muchas veces son derivados por la policía a la fiscalía, por la fiscalía a la policía, etc., indica además que muchas veces el personal encargado de recibir las declaraciones de NNA no está capacitado y existe un desconocimiento del fenómeno del abuso sexual¹¹⁴.

Es más, de acuerdo con UNICEF (2016), uno de los factores más revictimizantes es la multiplicidad de declaraciones o relatos que debe realizar el NNA y resulta ser una de las principales causas de victimización secundaria.

En la práctica, es un largo camino el que el niño, niña o adolescente víctima de la agresión sexual debe transitar desde la develación del hecho, y tras la develación del hecho el NNA debe volver a relatar los mismos hechos en incontables oportunidades, ya que en general el NNA ingresa al sistema procesal penal mediante la denuncia hecha tras la develación ante las policías o ante el Ministerio Público. Es más, antes de la entrada en vigencia de la Ley N°21.057, no existía una norma específica en relación a la denuncia en este tipo de delitos, lo que se hacía ante una denuncia de este tipo, es que el funcionario policial debía simplemente limitarse a consignar en el parte los datos de la víctima y las circunstancias del hecho, sin tomarle declaración.

¹¹⁴ ROZANSKI, C. (2010) “Denunciar o silenciar” *el abuso sexual infantil*. P, 154.

De acuerdo a UNICEF Chile (2016) generalmente en este tipo de delitos las denuncias son realizadas en Carabineros, en comisarias o retenes por un adulto responsable, que muchas veces van acompañados del NNA que hizo la develación, además, mencionan que muchas veces tras la toma de la denuncia deben realizarse otras diligencias instruidas por el fiscal, como la derivación de la víctima a constatar lesiones a un centro de salud. Cabe agregar que, de acuerdo con el instructivo 914/2015 de la Fiscalía Nacional, el fiscal le corresponde participar personalmente en la toma de declaración de la víctima sin perjuicio de la posibilidad de derivar dicha diligencia a profesionales especializados del Ministerio Público, lo que significa que en la práctica, estas declaraciones son tomadas por los abogados asistentes del fiscal, quienes dependiendo de la fiscalía local a la que pertenezcan, tendrán mayor o menor especialización.

Es dable considerar además, que también el NNA, dependiendo del tiempo que ha transcurrido entre los hechos, la develación y la denuncia, será derivado a un establecimiento de salud donde le realizarán exámenes físicos y donde nuevamente se le preguntará qué le ha pasado y probablemente deba relatarlo nuevamente al momento de que se le realicen los peritajes psicológicos, lo cual implica para el NNA, revivir nuevamente el hecho con las consecuencias tanto emocionales y psicológicas que esto puede derivar. Es más, acorde a la Fundación Amparo y Justicia (2023) “En cuanto a los plazos de ejecución de las entrevistas realizadas, se observa que la mayoría de éstas (63,98%) demoran entre un mes y un año en ser ejecutadas, existiendo así un importante porcentaje que supera el estándar de 45 días establecido por el Ministerio Público para su concreción”¹¹⁵

Es por lo anterior que, respecto de los beneficios de la prueba preconstituida, parte de la doctrina afirma que “La opción jurídica de la prueba preconstituida parece un recurso adecuado que contribuiría a minimizar los efectos secundarios derivados del paso de las víctimas de especial vulnerabilidad en el proceso penal, integrando las exigencias psicológicas con los imperativos jurídicos”.¹¹⁶

¹¹⁵ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2023) Pág. 21

¹¹⁶ GONZALEZ, J., MANZANERO, A., MUÑOZ, J., y SOTOCA, A (2013) *Propuesta de protocolo para la condición de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*. Papeles del Psicólogo. Vol. 34(3), pp 231

5. Exigencias probatorias de condena

Una de las exigencias del debido proceso es que los sujetos tengan la posibilidad de demostrar la veracidad o falsedad de los hechos que son objeto del proceso y en ese sentido Ferrer señala que “el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho”.¹¹⁷

Conforme a lo mencionado al comienzo del presente capítulo, en sede criminal el estándar de prueba es más alto que el exigido en sede civil, y ello es, entre otras razones, porque “se quiere mostrar que es preferible que existan inocentes culpables, que condenados inocentes. Es decir, con esta exigencia se quiere reducir al mínimo el margen de error, sobre todo en relación con sentencias condenatorias”¹¹⁸.

Sabemos que nuestro sistema procesal penal incorpora esta exigencia epistémica en el ejercicio probatorio, el cual requiere para la condena, que el tribunal haya logrado una convicción más allá de toda duda razonable, de que el hecho punible ha sido cometido, y que en él el acusado ha tenido una participación culpable y penada por ley. Exigencia probatoria que se encuentra estrictamente vinculada con la garantía del debido proceso, la presunción de inocencia y la protección de los derechos fundamentales del individuo.

El estándar de prueba es un criterio para establecer cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho o cuando se justificaría tener por probada una hipótesis. Así, determinado este grado de confirmación, es cuando el juez o los jueces deben decidir si condena o absuelve al imputado, es decir, si aquella hipótesis respecto de los hechos que se discuten en el proceso puede declararse probada. Es decir, los estándares de prueba son herramientas jurídicas a través de las cuales se desarrollan juicios de suficiencia respecto de la prueba y los antecedentes incorporados al proceso¹¹⁹.

Ahora bien, entendemos que en sede criminal el estándar de prueba es: “más allá de toda duda razonable”, pero ¿Qué quiere decir más allá de toda duda razonable? Ferrer, ha

¹¹⁷ FERRER, Jordi (2005). *La valoración racional de la prueba*.

¹¹⁸ VERA SÁNCHEZ, Juan. (2022) *Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales*. Pág. 184.

¹¹⁹ EZURMENDIA, GONZÁLEZ Y VALENZUELA (2021) *La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa*. Pág. 891.

señalado que es insoslayable perfilar el estándar de prueba penal que nos rige, pues el artículo 340 del CPP contiene un estándar poroso y vacío de contenido. Es por ello, que ha desarrollado que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; 2) Deben de haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*¹²⁰. Misma línea en la que se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2021, ROL 3721-2021, considerando décimo.

Este estándar de convicción requerido para condenar penalmente a un individuo exige a lo menos, en teoría de una abundante actividad probatoria. No obstante, la naturaleza de ciertos delitos hace especialmente difícil dicha actividad probatoria, en tanto en los mismos suelen verificarse en circunstancias que no existen testigos directos, y la prueba pericial resulta en algunos casos imposible, o a lo menos insuficiente. Y este, como ya mencionado es el caso de los delitos sexuales.

Ahora bien, ¿Cuál es la exigencia probatoria en este tipo de delitos? La Corte de Apelaciones de San Miguel Rol de ingreso N°1231-2019, acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado Alberto Alfonso Aranda Molina, como autor de delito sexual contra menor de 14 años de edad, en grado consumado y reiterado y como autor de delito de violación de menor de 14 años de edad en grado consumado.

En la sentencia en cuestión, la Corte establece en el considerando Octavo y Noveno lo siguiente: “Octavo: Que, como se sabe, para que una decisión jurisdiccional que se le exige un estándar como el de más allá de toda duda razonable, es necesario que, de los elementos probatorios de que se parte, sólo pueda obtenerse – razonablemente – la conclusión a la que se llegó, y no otra, en ello la sentencia tiene que presentarse frente al mundo – frente al imputado, la víctima y la sociedad – como quien ve un interlocutor a quien hay que darle razones aceptables y razonables para persuadirlo acerca de la validez de su decisión, en el marco, eso sí, del estándar probatorio que nuestro legislador definió.

¹²⁰ Op.Cit., p. 37.

Lo anterior, no se precia en la especie, por cuanto la sentencia, si bien transcribe y reitera la prueba, es más bien escueta en dar sus razones de por qué dio por verdaderos los hechos de la acusación, y en especial descarto las dudas que iban surgiendo del proceso.

Noveno: Que de lo que se viene diciendo solo cabe concluir que en la sentencia se ha argumentado de manera insuficiente en torno a las razones que llevaron a dar al tribunal por acreditado el presupuesto factico de la acusación – la menos en el extremo de la conducción –, y, en especial ha resultado insuficiente la exposición del razonamiento lógico que permitiera excluir – o desvirtuar – las razonables dudas que fluyen de la prueba de cargo y descargo...”

Parte importante de la sentencia se vincula con el valor probatorio de la declaración de las víctimas (la única prueba directa de los hechos), y el grado de convicción que el tribunal pueda adquirir a partir de ella, el cual la Corte consideró que no podía estimarse alto.

De la presente sentencia, es posible identificar entonces, que a partir de la prueba presentada y la valoración que se le da a esta, no debe haber espacio para que tanto los sentenciadores como la ciudadanía en sí tenga duda alguna de que el condenado cometió el delito del cual se le acusa. En otras palabras, la argumentación debe ser tal, que sea posible dar por verdaderos los hechos de la acusación.

En otro sentido y en concordancia con lo expuesto por Ferrer, el Profesor Vera plantea que “la jurisprudencia ha reconocido el carácter poroso y vacío del estándar de prueba, cuyas opiniones doctrinarias convergen solo en que es altamente exigente, aunque ha reconocido que el estándar de la duda razonable expresa una necesidad de tener por acreditado el hecho con una probabilidad inductiva muy alta (...) es difícil trazar un límite de lo probado o no probado más allá de toda duda razonable, cuestión que contrasta con la bivalencia propia de la decisión jurisdiccional en sede penal, donde un acusado solo puede ser absuelto o condenado. De esta perspectiva, los esfuerzos de la probabilidad lógica siempre deberán asumir que el estándar de la duda razonable es un concepto difuso”¹²¹

¹²¹ Op.Cit., p. 192.

Al mismo tiempo, la Corte Suprema indica que se ha satisfecho el estándar de prueba: “Toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados”¹²².

En la misma línea, la Corte Suprema también ha dicho que “toda sentencia criminal debe exponer razonadamente los fundamentos en que se apoya, justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de estos por acreditados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis (...) desde los inicios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, que la nueva legislación procesal penal ha intensificado las exigencias de justificación de la declaración de los hechos que se tienen por probados en las sentencias definitivas, imponiendo a los jueces un trabajo cuidadoso en la elaboración de sus fallos”

Finalmente, y a modo de conclusión del presente acápite, si bien los sentenciadores tienen la libertad para apreciar la prueba, esta libertad va estrictamente relacionada con el hecho de que deben argumentar lógicamente y razonablemente todas sus decisiones, hacerse cargo de la prueba producida, incluso de la desestimada, señalando y justificando a la vez cada uno de los hechos y circunstancias de la litis.

¹²² Sentencia de la Corte Suprema, 16 de marzo de 2017, rol 2985-2017, considerando séptimo.

Capítulo 3: ¿Es posible fundamentar una sentencia condenatoria sobre la base de prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes?

No es nueva la práctica de la prueba preconstituida en los casos de abuso sexual de NNA, sobre todo la práctica de la prueba testifical de menores de edad durante la etapa de investigación del delito. Por ejemplo, en Italia, el artículo 392.1 bis de su CPP prevé un incidente probatorio para anticipar el testimonio de víctimas menores de 16 años que hayan padecido un delito de carácter sexual, pudiéndose practicar fuera de la sede del tribunal y documentarse mediante grabación de imagen y sonido.

En la misma línea, en el derecho Español, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 8/2021 sobre Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI), regula la prueba preconstituida, estableciéndola como obligatoria cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Así también, en Perú el año 2015 entró en vigencia la Ley N°30364, ley que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y el grupo familiar, en el artículo 19 específicamente estipula que la declaración de la víctima sea niño, niña, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que tiene la calidad de prueba preconstituida.

1. Regulación Española respecto de la aplicación de la prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra NNA.

A continuación, abordaré la Ley Orgánica Española 8/2021 sobre Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI), con el fin de comentar la sentencia del Tribunal Supremo Español N.º de recurso 158/2020 y 19/2019, donde en ambos casos se obtuvo una condena penal sobre la base de prueba preconstituida.

1.1. Ley Orgánica 8/2021 sobre Protección Integral de la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI), España.

Con fecha 04 de junio de 2021, se aprobó en España la Ley Orgánica 8/2021, sobre protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIVI), la cual modificó la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM) en materia de prueba preconstituida, estableciéndola como obligatoria cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La aprobación de esta Ley Orgánica significa un gran avance en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes en España, siendo 10 sus grandes aportaciones:

1. Protección integral frente a la violencia
2. Enfoque preventivo
3. El principio del buen trato
4. Refuerzo del derecho de ser escuchado
5. Figuras clave: coordinadores de bienestar y delegado de protección
6. Prohibición de prácticas que atentaban contra la integridad de los niños y niñas
7. Creación de la conferencia sectorial
8. Registros unificados
9. Prueba preconstituida
10. Ampliación de los plazos de prescripción.

A continuación, me referiré brevemente a los puntos 4 y 9. En primer lugar, respecto del punto 4 sobre el refuerzo del derecho de ser escuchado, sabemos que no se puede proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia sin escucharlos, por ello, es que se introdujo 3 subpuntos claves en esta materia, permite que el niño o niña pueda denunciar sin necesidad de estar acompañado por su tutor, que en caso de que no coincida la opinión de los niños con las de sus tutores, se da más valor a la opinión del NNA, toda vez que, se considera que puede haber un conflicto de intereses entre dichas opiniones y por tanto, es necesario el nombramiento de un Defensor Judicial que defienda los intereses del niño, y finalmente, se busca reforzar los mecanismos de denuncia en centros de protección.

Respecto del punto 9, sobre la prueba preconstituida, está se admite con el objetivo de evitar la revictimización de los niños y niñas víctimas de violencia en los procesos

judiciales, estableciendo la ley la obligatoriedad de realizar la prueba preconstituida cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad con necesidad de especial protección. Convirtiéndose de esta forma excepcional su declaración en juicio.

En mayor detalle, el artículo 449 bis de la LECRIM¹²³ (modificado con la entrada en vigencia de la LOPIVI) regula la prueba preconstituida como un instrumento adecuado para garantizar que los niños y niñas son escuchados y evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Es en esos supuestos, que la declaración de ellos se dará en la fase de instrucción¹²⁴ y se reproducirá dicha declaración en el juicio oral, con el fin de que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral no afecten la calidad del relato, así como la victimización secundaria en las víctimas especialmente vulnerables.

Ahora bien, respecto de la valoración de la prueba que la LECRIM le da a la prueba preconstituida se encuentra tipificado en el artículo 730.2: “A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis”.

En la misma línea, el artículo 449 ter de la LECRIM¹²⁵ dispone que para que la prueba preconstituida despliegue todos sus efectos, deberá practicarse con todas las garantías de una prueba en el juicio oral, sin transgredir el principio de contradicción.

¹²³ Art. 449 bis LECRIM: “Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo.

La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida. En caso de incomparecencia injustificada del defensor o de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, ese estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.

¹²⁴ Es el equivalente a nuestra fase de investigación.

¹²⁵ Art. 449 ter LECRIM: Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo anterior. Este proceso se realizará con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinaria e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las

1.2. Casos Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

A continuación, expondré dos casos en los cuales se condenaron a los acusados de abuso sexual a menor de 14 años. Lo relevante de estos casos es que en ambos la declaración de las menores se realizó en la fase de instrucción, ergo, en la fase de investigación del procedimiento, declaraciones que tienen el carácter de prueba preconstituida en dicho ordenamiento jurídico, permitiendo como ya antes mencionado, la reproducción de la videograbación en el juicio oral.

Tribunal Supremo. Sala Penal. Sede Madrid. N.º de recurso:158/2020.

El Juzgado de Instrucción de Tarragona condenó a Luis Pablo por delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años. El condenado mantuvo una relación sentimental con la Sra. Teodora, desde el año 2007 al año 2013, donde ambos residieron en la misma vivienda en la ciudad de Tarragona, España, vivienda en la cual compartían con Alejandra, nacida el 2003 hija de la Sra. Teodora y con el hijo en común Cecilio, nacido el año 2008.

Durante el año 2008 y 2003, cuando Alejandra tenía entre 5 y 10 años, el acusado, en numerosas ocasiones, realizó tocamientos por distintas partes del cuerpo de Alejandra, incluida su zona genital y en algunas ocasiones le introdujo los dedos dentro de la vagina. Tales hechos se produjeron casi siempre en el domicilio familiar, o bien, por la noche cuando se iban a la cama, o cuando la Sra. Teodora no estaba en el domicilio.

Hechos como los descritos ocurrieron numerosas ocasiones a lo largo del periodo antes referido, unas 2 o 3 veces por semana.

La pareja finalizó su relación el año 2013 y no fue hasta el año 2017, cuando la niña le contó los hechos que Luis Pablo -al que consideraba como su padre - a su prima, y que, por indicación de ella, se los contó a su madre.

circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve.

Luis Pablo, fue condenado como autor penalmente responsable del delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años. Una vez notificada dicha sentencia, los abogados de Luis Pablo interpusieron un recurso de casación por infracción de ley e infracción del precepto constitucional, por vulneración del derecho constitucional a un procedimiento con las debidas garantías. Son 3 los principales argumentos del recurrente, primero – y que es el de nuestro interés – que se recogió en la fase de instrucción la declaración de la víctima, en presencia del letrado de la defensa y en presencia de dos peritos psicólogos.

La Sala sentenciadora, afirmó que en numerosas ocasiones las dificultades suscitadas por la declaración de los menores de edad en aquellos procedimientos penales en los que tienen la condición de testigos y de víctimas de actos contra su propia indemnidad o libertad sexual, existiendo una doctrina jurisprudencial consolidada en España que se sintetiza en la necesidad de preservar la integridad psíquica del menor sin perjudicar los derechos de defensa del acusado.

Es más, esta sentencia del Tribunal Supremo afirma en los fundamentos de derecho, párrafo A.1 (en relación que el testimonio de Alejandra se realizó como prueba preconstituida en la fase de instrucción) “Los supuestos que permiten prescindir de dicha declaración en el juicio concurren cuando existan razones fundadas y explícitas para apreciar un posible riesgo para la integridad psíquica de los menores en caso de comparecer (...) valorando el Tribunal sentenciador las circunstancias concurrentes, singularmente la edad de los menores. (...) Pero en estos casos, debe salvaguardarse el derecho de defensa del acusado, sustituyendo la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción, en cuyo desarrollo se ha preservado el derecho de la defensa a formular a los menores, directa o indirectamente, cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias”.

Es más, en el párrafo A.3 afirma que “debe destacarse que la declaración testifical de la víctima fue reclamada como medio probatorio por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular por ella misma ejercida, solicitándose expresamente que se practicara mediante el visionado de la prueba preconstituida en la fase de instrucción” solicitud que fue aceptada por la defensa y por ende aprobada por el tribunal.

El segundo argumento del recurrente dice relación con el monto del importe indemnizatorio al que se condenó al acusado y el tercer argumento dice relación con la dilación del proceso, que entre que los hechos tuvieron lugar y la dictación de la sentencia pasaron 5 años. Ambos argumentos fueron desestimados por el Tribunal.

Lo relevante del presente caso estudiado es la importancia, relevancia y valoración que el tribunal da respecto de la prueba preconstituida, es decir, de la declaración de Alejandra en la fase sumarial del procedimiento, y cómo fue esta prueba - la reproducción de la videograbación de la declaración de la niña - el principal argumento para condenar a Luis como autor del delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años.

Tribunal Supremo. Sala Penal. Sede Madrid. N.º de recurso:19/2019

El presente caso, El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Córdoba, condenó a Rodrigo por abuso sexual continuado contra su nieta Petra de 5 años al momento del inicio de los hechos que revisten el carácter de delito.

En el año 2008, Petra residía con su madre Margarita, la pareja de su madre, su hermano y su abuelo Rodrigo, el cual esperaba que todos se encuentren dormidos en el hogar, para dirigirse a la cama de la niña, con la excusa que le iba a hacer masajes, le quitaba el pijama, su ropa interior y tras besarle los pezones y tocarle los genitales, le introducía los dedos en la vagina.

Dicho comportamiento continuó hasta junio del 2011, cuando una noche, Margarita oyó los pasos de su padre Rodrigo en el segundo piso de la casa (donde se encontraba la habitación de Petra), por lo que Margarita subió al cuarto de su hija, a la que vio tumbada boca abajo, llorando, por lo que le preguntó a su hija que le ocurría, a lo que ella le cuenta a su madre el abuso que estaba sufriendo por parte de su abuelo.

Petra, durante los años en que su abuelo le estuvo realizando los tocamientos antes descritos, nunca se había atrevido a contárselo a su madre, por miedo a que su abuelo, que había demostrado con otros familiares ser violento, agrediese a uno de ellos.

En diciembre del 2013, Petra, que ya contaba con 15 años de edad, acudió acompañada de su madre al centro de salud, donde solicitó ayuda psicológica, relatando

lo que le había sucedido con su abuelo. Además, Petra había comentado lo sucedido al trabajador social del IES (lugar donde Petra estudiaba), quien elaboró un informe, que fue remitido al Servicio de Prevención y Apoyo de la Familia de la Delegación Provincial de la Conserjería de Igualdad y Bienestar Social de Córdoba. Tras ello, Margarita presentó la denuncia, no habiéndolo hecho antes ante la insistencia de su hija para que no lo hiciera.

El 11 de abril del 2014, se toma la declaración de la menor con el carácter de prueba preconstituida, declaración la cual el acusado y su defensa fueron citados a dicha diligencia, conocían la existencia del proceso y la celebración de esta, además de su condición de imputado, y no comparecieron. A lo que el tribunal califica que “se ha estimado procedente la práctica de la prueba preconstituida ante la previsión de imposibilitar de practicar una prueba testifical en el juicio, con el fin de evitar riesgos de victimización secundaria y cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores (...) ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en el juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción de la causa”.

En la misma línea, el tribunal supremo valora la prueba preconstituida afirmando que “las manifestaciones verbales de los menores pueden llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena...”.

El tribunal condenó a Rodrigo como autor del delito de abuso sexual continuado sobre persona menor de trece años, prevaleciéndose de la relación de parentesco con la víctima. Contra dicha sentencia, la defensa del acusado presentó recurso de casación, principalmente alegando que la única prueba de cargo existente es la declaración de la menor y que la reproducción de la prueba preconstituida no es la forma regular prevista porque fue practicada sin contradicción, y sin la presencia de la defensa del acusado, siendo por tanto insuficiente para considerar enervado la presunción de inocencia.

Asimismo, destaca en este fallo la valoración testifical de la víctima, la pericia psicológica y la pericial forense que confirman los hechos narrados, sobre todo, el tribunal supremo da gran relevancia al informe del trabajador social del colegio de Petra, en lo que afirma, que esa credibilidad contribuye, también, el trabajador social que tiene conocimiento de los hechos a partir de la manifestación de la menor sobre el miedo que

sentía al cruzarse con un varón, por lo que la dejó explayarse hasta que le manifestó la agresión sexual “(...) Contactó con la madre para comunicarla de la conveniencia de la denuncia y ésta refirió en su declaración haber sido víctima también de los abusos de su padre (...) son circunstancias que permiten dar contenido a la conducta de la víctima, y su madre, que no denunciaron los hechos y que se mostraron reticentes a declarar y a comparecer en el juicio exponiendo su deseo de rehacer sus vidas olvidando los hechos acaecidos, que el forense, en su informe, sitúa en el ámbito de la victimización derivada del delito y el tratamiento procesal”

Es destacable del presente fallo, la valoración que se le da a la declaración de Petra, como también, que en el hecho de la denuncia se haya acompañado el informe realizado por el trabajador social, informe el cual también tiene el carácter de prueba preconstituida, toda vez que, y tal como antes mencionado, este fue elaborado antes de la presentación de la denuncia, informe que fue valorado por el Tribunal Supremo en conjunto con la declaración de la menor.

Ahora bien, es interesante que en ambos casos la declaración de las niñas fue clave a la hora de condenar a los acusados, especialmente considerando que ambas declaraciones fueron incorporadas al juicio oral como prueba preconstituida a través de la reproducción de dichas videograbaciones, donde podemos ver que acorde a la legislación española dicha reproducción es completamente válida, siempre y cuando, no se vean afectados los derechos del imputado, que para no afectarlos, la defensa tiene la posibilidad de dirigir preguntas al entrevistador mientras realiza la entrevista al NNA.

1.3. Requisitos jurisprudenciales para aceptar la prueba preconstituida

Existe reiterada jurisprudencia en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo Español sobre los requisitos para la validez de las declaraciones realizadas en la fase de sumario como prueba preconstituida en los casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. La regla general establece que sólo las pruebas en fase oral se podrán considerar como pruebas vinculantes a los órganos de justicia penal. En consecuencia, para que se admita la prueba preconstituida, la jurisprudencia establece la

necesidad de cumplir con los siguientes requisitos: materiales, subjetivos, objetivos y formales.

Los requisitos materiales implican que la prueba preconstituida debe ser presentada debido a la imposibilidad de reproducirla durante la audiencia de juicio oral. Respecto de la imposibilidad, el Tribunal Supremo ha establecido que se “justificaría la prueba preconstituida en los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales con el fin de evitar los riesgos de su victimización secundaria”¹²⁶.

El siguiente requisito para que la prueba preconstituida sea válida es la intervención necesaria del Juez de Instrucción, que acorde al artículo 777 LECRIM, las diligencias de investigación destinadas a convertirse en pruebas preconstituidas deberán “documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes”.

El tercer requisito consiste en que toda prueba preconstituida debe cumplir con el principio de contradicción. Y finalmente, se debe cumplir con los requisitos formales, que se refiere a la necesidad de introducir el contenido de la prueba preconstituida al Juicio Oral a través de la reproducción de las grabaciones hechas en el sumario o en la lectura del acta, así garantizando que se cumpla el principio de contradicción, inmediación y también el de publicidad.

Resulta notable cómo la normativa española referente a la valoración y aplicación de la prueba preconstituida en casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes en gran parte logra equilibrar el interés superior del niño con el derecho de defensa del acusado, principalmente los derechos de inmediación y contradicción, ya que, tal como establece el artículo 449 ter LECRIM, las partes tienen la posibilidad de trasladar al especialista que está tomando el testimonio de la víctima, las preguntas que estimen oportunas, previo control de su pertinencia y utilidad.

¹²⁶ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 579/2019, 26 de noviembre de 2019. Recurso 2104/2018.

En un análisis más detenido, la jurisprudencia y doctrina española indican de manera clara la recomendación de emplear la prueba preconstituida, especialmente cuando esta prueba se materializa en la declaración de la víctima. El objeto es eludir el riesgo de contaminación del testimonio debido al paso del tiempo, riesgo que afecta en particular a los relatos de los niños y niñas de corta edad.

En resumen, la prueba preconstituida impide la alteración del material probatorio, y al mismo tiempo, asegura desde un primer momento un testimonio particularmente frágil, como es el de los niños. Porque como sabemos, en ese tipo de delitos, la declaración del NNA es en la gran mayoría de los casos la única prueba directa sobre los hechos, pues las demás pruebas suelen limitarse a relatar lo que el niño, niña o adolescente ha narrado. Esto se realiza respetando plenamente el principio de contradicción, lo que a su vez facilita una tutela más efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, enfoque que se alinea con las normativas nacionales y los acuerdos internacionales.

2. Examen de factibilidad de obtener una sentencia condenatoria sobre la base de prueba preconstituida en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes en nuestra legislación

Sabemos que los delitos sexuales enfrentan especiales desafíos en su tratamiento procesal penal, atendido su modo de ejecución que suele excluir la presencia de testigos, y que en consecuencia dificulta la actividad probatoria. Ante ello, se identifica al menos a priori una tensión entre el principio del debido proceso y la presunción de inocencia de la que se beneficia el imputado, por una parte, y consideraciones como el derecho a la justicia de las víctimas y la necesidad de evitar la impunidad, por otra.

Estos desafíos han sido analizados desde diversas perspectivas. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “[e]n lo que respecta casos de alegada violencia sexual, la Corte ha señalado que las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, y por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental

sobre el hecho”¹²⁷ En la misma línea, la Corte Interamericana también ha reconocido que “en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima (...) ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes”¹²⁸

Es clara las dificultades probatorias de los delitos sexuales, y es en ese sentido que parte de la doctrina ha propuesto “flexibilizar” o “relajar” las exigencias probatorias en los casos de violencia sexual, con el objeto de evitar la impunidad. Se ha sostenido que no es posible rebajar las exigencias del estándar de presunción de inocencia, pues hacerlo supondría desnaturalizar el derecho fundamental¹²⁹, tratándose de un derecho absoluto que “no es modulable ni matizable, ni puede someterse a una ponderación con otros intereses en conflicto, pues ello supondría la destrucción del derecho”¹³⁰.

Parte de la doctrina penal, ha buscado consolidar la relevancia de la declaración de la víctima como un medio de prueba fundamental. Sin embargo, también ha reconocido que, por sí sola, esta declaración no puede ser suficiente para alcanzar el estándar epistémico requerido. En consecuencia, dicha parte de la doctrina ha puesto énfasis en la forma correcta de examinar la corroboración del testimonio, indicando que el concepto de corroboración debe vincularse a datos periféricos de los hechos delictivos que la víctima haya emitido en su declaración y ello no debe interpretarse como una exigencia de evidencia adicional que pruebe el delito.

En la misma línea, respecto al testimonio de la víctima, la Corte de Apelaciones de Santiago causa Rol 4583-2021 en el considerando quinto ha señalado: “En ese sentido, se estima que ante la posibilidad de que el testimonio de la víctima no se ajuste a la realidad son de especial utilidad los informes u opiniones periciales psicológicas relativas al análisis de su testimonio y en este caso a la dinámica familiar en que se encontraban insertos (...) Un segundo requisito importante, a la hora de valorar las declaraciones de los niños víctimas de abusos sexuales, se traduce en que este relato, debe haberse mantenido firme a lo largo del proceso, lo que implica que sus dichos no se han de

¹²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERCHOS HUAMNOS, *Caso Espinoza González vs. Perú*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. P, 57.

¹²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERCHOS HUAMNOS, *Caso Espinoza González vs. Perú*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. P, 58.

¹²⁹ RAMIREZ ORTIZ, José Luis (2020) *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, p, 226.

¹³⁰ *Ibid.*, p.244.

modificar sustancialmente, en las distintas ocasiones en las que se haya prestado su testimonio (...). Finalmente, y como último requisito, la declaración debe ser corroborada, a lo menos, por un dato periférico o anexo de carácter objetivo que la reafirme”

La corroboración del testimonio de la víctima se hace especialmente relevante cuando el mismo es entregado por niños, niñas y adolescentes. En estos casos, la corta edad de las víctimas podrá estar asociada, en algunos casos, a una menor exhaustividad en el relato en consonancia con la etapa de desarrollo físico y emocional que se encuentran, y que no por eso, debe ser descartado por el tribunal penal. Son aquellos los desafíos especiales que presentan los delitos sexuales y que deben ser enfrentados por nuestros tribunales, a fin de lograr un adecuado equilibrio entre las garantías del debido proceso del imputado, y el derecho de las víctimas a obtener justicia.

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

El año 2018, se entró en vigencia la Ley N°21.057 la cual regula en el artículo 16 la prueba anticipada, allí se establece que tanto el fiscal, la víctima, el querellante o el curador ad litem pueden solicitar la rendición de la declaración judicial anticipada, solicitud que podrá realizarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio debiendo plantearse dicha solicitud ante el Juez de Garantía.

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

A primera vista, podemos afirmar que el tratamiento que nuestra legislación otorga a la prueba anticipada en estos casos guarda similitudes con el enfoque que el sistema legal español brinda a la prueba preconstituida en situaciones de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes. En ambos casos, se garantiza el respeto tanto al interés superior del niño como al derecho de defensa del acusado, permitiéndole a los intervinientes estar presente durante la declaración judicial y formular las preguntas que considere pertinentes a través del entrevistador, el cual formulará al NNA las preguntas que dirigen los intervinientes a través del juez presidente o de garantía, según sea el caso, en un lenguaje y modo adecuado a su edad, madurez y condición psíquica. La principal diferencia está, en que el sistema español la realización de la entrevista videograbada es obligatoria en los casos que la víctima sea menor de 14 años; mientras que, en nuestro país, la declaración anticipada del NNA es facultativa, es decir, está debe ser solicitada por las personas establecidas en la ley y puede ser rechazada esta solicitud, ergo, no hay una garantía de que la víctima pueda declarar anticipadamente.

2.1. Entrevista investigativa videograbada (EIV)

Por otro lado, en nuestra legislación contamos con una gran herramienta que, en mi opinión, no recibe el reconocimiento que merece, y está es, la entrevista investigativa videograbada regulada en el artículo quinto de la ley 21.057¹³¹. Esta entrevista tiene como objetivo recopilar información, lo más próxima a la denuncia, proporcionando antecedentes o datos concretos para esclarecer cómo ocurrieron los hechos e identificar sus posibles partícipes, o incluso descartar su ocurrencia. Esta entrevista forma parte de la carpeta del Ministerio Público para todos los efectos establecidos en la legislación procesal. “A su vez, es videograbada, vale decir, se deja obligatoriamente un registro audiovisual único de la misma, que permita y reproducción y, por ende, el acceso posterior a la información contenida en ella, tanto respecto del contexto en que fue recogida y el tenor de las preguntas formuladas, cuanto, de las respuestas entregadas por

¹³¹Artículo 5º Ley N.º.21.057: “Objeto de la entrevista videograbada. La entrevista investigativa videograbada tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, procurando por esa vía, evitar la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal”.

el entrevistado, permitiendo apreciar el lenguaje verbal como no verbal empleado en las mismas”¹³²

La realización de entrevista está sujeta a los objetivos que se propone el Ministerio Público, quien tiene a su cargo esta etapa del procedimiento, la que en la mayor parte de los casos no será judicializada. Es necesario recordar que según la Ley Orgánica Constitucional 19.640 artículo tercero, el Ministerio Público debe investigar “con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

En esta entrevista se busca esclarecer qué ocurrió en palabras de la víctima y quienes podrían haber estado involucrados. Sin embargo, aunque estos sean los fines de la entrevista investigativa, no siempre se logran debido a diversas razones. No obstante, en el evento de que se reúna información útil para investigar será sin duda la herramienta principal para que el fiscal adjunto lleve adelante su tarea indagatoria. Al respecto, cabe tener presente que “estudios de casos en los que las víctimas fueron entrevistadas siguiendo una correcta técnica de entrevista, reportan efectos significativos en los resultados de las investigaciones y en las decisiones que se tomaron durante el proceso penal. Esto se debería a que la entrevista investigativa, como técnica estandarizada, está diseñada para eliminar el uso de preguntas sugestivas y disminuir aquellas que potencialmente podrían afectar la precisión de los relatos entregados por los niños, niñas y adolescentes entrevistados. De esta forma, la calidad de esta entrevista influye en la percepción de los actores del sistema, aumentando su confianza en la fiabilidad o credibilidad de las declaraciones de los niños, niñas y adolescentes”¹³³.

En la historia de la Ley N°21.057 queda registrada la opinión de la abogada María Elena Santibáñez¹³⁴ la cual expuso que la declaración del niño debe ser tomada en el tiempo más cercano a la denuncia, advirtiendo que “el tiempo para los menores es distinto al de los adultos; así, por ejemplo, un año para un menor de 6 años constituye probablemente la tercera parte de su vida desde que tiene recuerdos, de manera que es muchísimo ese lapso es más largo que para un adulto. Así las cosas, si a un adulto se le dificulta recodar lo que ocurrió hace un año, mucho más le cuesta al menor (...) una

¹³² ACADEMIA JUDICIAL CHILE (2019) *Análisis de la Ley 21.057*. Poder Judicial. Pág.66

¹³³ Amparo y justicia 2022, Pág. 72.

¹³⁴ Historia de la Ley N.º 21.057. Primer trámite constitucional. Pág. 12.

declaración más temprana, permite obtener un relato más espontáneo del menor, evitando que dicha narración pueda contaminarse por presiones o por el hecho de declarar muchas veces lo mismo. También se evita que tenga lugar un fenómeno propio de estos delitos asociados a contextos intrafamiliares, en que la cónyuge del agresor u otros familiares cercano a la víctima comienzan a presionarla para que se retracte de su declaración, tomando en consideración que el sujeto se encuentra privado de libertad y se ha visto mermada la economía familiar, lo que lleva, en definitiva, a la retractación de la víctima. Esta situación es muy frecuente en la práctica, sin duda profundiza el daño psicológico del menor víctima.”.

Es por lo mencionado por la abogada, y por lo descrito en el capítulo segundo, que a través de esta técnica se asegura de manera efectiva los derechos de los niños en el proceso penal, incluyendo su derecho a la integridad psicológica y su derecho a ser escuchados. La entrevista investigativa presenta el beneficio fundamental de llevarse a cabo en condiciones que permiten a los niños, niñas y adolescentes ejercer de manera efectiva tanto su derecho a recibir un trato digno y comprensivo como su derecho a participar, derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora surge la pregunta ¿posee la entrevista investigativa algún valor probatorio? Como se explicó anteriormente, su propósito fundamental es de índole investigativa, destinada a esclarecer los hechos que fundamentan la denuncia y determinar si estos constituyen o no un delito, siendo una gran herramienta para corroborar el testimonio, tal como lo define Ramírez, “la corroboración por su parte, considera la fiabilidad del testimonio desde una óptica externa, tomando en cuenta los datos objetivos verificables que le prestan apoyo.”¹³⁵

Así, si seguimos la jurisprudencia de nuestra Corte de Apelaciones en causa Rol 4583-2021 anteriormente citado, distingue 3 requisitos para valorar las declaraciones de los NNA, el primero, la posibilidad de que se realice un informe u opinión psicológica respecto del testimonio de la víctima, el segundo y muy importante, que el relato se mantenga firme a lo largo del tiempo y el tercero, que la declaración sea corroborada por un dato periférico. Por lo que, a mi juicio, la entrevista investigativa videograbada es la

¹³⁵ RAMIREZ ORTIZ, José (2019) *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 156.

prueba preconstituida que permite satisfacer los estándares requeridos por los requisitos segundo y tercero.

2.1.1. Eficacia probatoria de la entrevista investigativa videograbada

Tal como lo plantea GUZMAN FLUJA, existe un problema de eficacia o valor probatorio respecto de la utilización de la prueba recopilada durante la fase de investigación. Estamos frente a una excepción a la formación de la prueba en el juicio oral en relación a todas las garantías que éste conlleva, “de manera que el juez de decisión puede tomar conocimiento de actos de investigación o diligencias de instrucción, para primero, utilizarlos para proceder a verificar qué grado de confirmación o de refutación aportan en relación a la hipótesis de la acusación y de la defensa, y segundo, para ponerlos en la base de la justificación de la decisión sobre el juicio de hecho”¹³⁶.

Ahora bien, el problema nace en que la utilización de estos actos de investigación o de la prueba recopilada en la fase de investigación con valor de cargo de prueba afectan el derecho fundamental a la presunción de inocencia y al derecho de confrontación, por ende, también a los derechos y garantías que este principio asegura. Estando entonces, entre el dilema del delicado equilibrio entre el ejercicio eficaz del *ius puniendi* y la actuación eficaz de los derechos y garantías que asisten al acusado. Por tanto, el mismo autor plantea que el desafío está en “establecer los casos, los límites y los requisitos con los que las diligencias de instrucción pueden alcanzar valor probatorio en el juicio oral”.¹³⁷

La necesidad de la utilización de los actos de investigación se da, tal como lo hemos mencionado, por la irrepeticibilidad o la irreproducibilidad probatoria en el juicio oral, de manera que es necesario acudir al material obtenido durante la investigación para poder probar los hechos. Ahora bien, no podemos hacer vista gorda al hecho de que los actos desarrollados durante la fase de investigación van a servir en un primer momento, para decidir si es posible formular una acusación y entonces, comenzar con el juicio oral, o si no es posible, entonces dictar el sobreseimiento de la causa.

¹³⁶ GUZMÁN FLUJA, Vicente (2005). *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 201.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 195.

Entonces, “surge la necesidad de una precisión importante. Los elementos, datos informaciones, encontrados, recogidos y asegurados durante la instrucción no tienen una vocación vacía, sino una vocación de entrada y utilización en el juicio oral”¹³⁸, precisamente porque lo actuado en la fase de investigación se utiliza en el juicio oral, y es por ello que la ley regula las condiciones y requisitos con los cuales se asegura la regularidad y legalidad de las actuaciones en la fase de investigación. Ahora bien, distinto son los problemas respecto de cómo se obtuvo la fuente de prueba, lo que puede conducir a su ilicitud y a su inutilidad.

Técnicamente para hablar de que estamos en presencia o contamos con una prueba preconstituida debemos analizar el cómo llegamos a ese punto, es decir, primero hay una fuente de investigación (la entrevista investigativa, por ejemplo), que se incorporó a través de un medio de investigación y el producto resultante puede ser: un dato, un elemento, un objeto que resulta relevante para aclarar en el juicio oral la existencia de un delito y su autor. Y ello es así porque el proceso penal tiene una fase de investigación legalmente regulada, la cual impone seguir una serie de reglas determinadas para investigar, para adquirir información, datos, elementos u objeto que puedan esclarecer el delito y su autor. “Por ello, la preconstitución de fuentes de prueba en el proceso penal tiene que ver con el cumplimiento de esas reglas legales, así como con el respeto a las garantías que sean exigibles en cada caso conforme impone el principio del debido proceso, aunque no estén expresamente previstas en la ley”¹³⁹.

En el caso de la entrevista investigativa videograbada, cuya realización es obligatoria conforme al artículo 7 de la Ley N°21.057 y que debe llevarse a cabo en el plazo más cercano posible a la interposición de la denuncia, se trata de un acto de investigación que adquiere el carácter de prueba preconstituida. Que, como ya antes mencionado, la fase de investigación como los actos mismos se encuentran bastamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico, y es por ello que es viable que esta entrevista sea admitida como prueba preconstituida y se incorpore como tal al Juicio Oral mediante la reproducción autorizada por el tribunal, para los fines que las partes estimen necesarios.

2.2. Derecho de confrontación

¹³⁸ Ibid., pp. 206.

¹³⁹ Ibid., pp 288.

En primer lugar, el derecho de confrontación de los testigos y los peritos es considerado como un elemento central del debido proceso en los sistemas procesales contemporáneos y es a la vez, una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados. En otras palabras, es un derecho que consiste en que el acusado debe contar con una oportunidad para interrogar o examinar a los testigos que aportarán información que los perjudica.

Este derecho cumple principalmente dos funciones, la primera, que el acusado tenga una participación activa en el proceso y pueda influir en el proceso de formación de convicción del tribunal; la segunda, es “asegurar una decisión de mejor calidad del juzgador toda vez que la información aportada en el interrogatorio del acusado permitirá contar con más antecedentes y mejorar la evaluación de credibilidad del testigo, favoreciendo una decisión judicial basada en información de mayor calidad”¹⁴⁰.

En los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, el o los jueces se encuentran en un conflicto, ¿qué es lo que debe primar? ¿El derecho de confrontación que tiene el imputado?, es decir, que la víctima sea confrontada por la defensa de acuerdo con las reglas generales del debido proceso penal o, por el contrario, ¿el interés superior del niño?

Nuestra legislación en la declaración judicial del NNA regulada en el artículo 13 de la Ley N°21.057, sabemos que esta se desarrolla en dos ambientes interconectados, donde el entrevistador – un tercero especializado– actúa como un facilitador a las preguntas que dirigen los intervinientes a través del juez presidente o de garantía, según sea el caso, en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica. Por ende, a pesar de que la defensa del imputado no está directamente interrogando a la víctima, sí se está respetando y garantizando el derecho de confrontación que tienen los intervinientes en el proceso.

La ley de EIV ha materializado el principio del interés superior del niño como una obligación de respetar en todas las actuaciones del proceso, la protección y bienestar de este, donde los intervinientes pueden formular las preguntas por medio del entrevistador

¹⁴⁰ DUCE, Mauricio. *El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*. Pág. 123.

que cumple el rol de intermediador que está habilitado para reformular la pregunta en términos que le parezcan adecuados y respetuosos al NNA.

Ahora bien, en el supuesto de que en la EIV sea posible una contradicción, esto es, que se apliquen las técnicas de la declaración judicial antes mencionadas, no habría problema alguno en que realmente se pueda obtener una condena penal sobre la base de la entrevista investigativa videograbada.

Para finalizar el tercer y último capítulo de la presente memoria, sabemos que no es pacífico en la doctrina la definición tanto de prueba preconstituida como de prueba anticipada, y se observa especialmente en la tendencia a utilizar ambos términos como sinónimos. Esta falta de consenso se evidencia concretamente en la forma en que nuestra legislación aborda la declaración anticipada de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en comparación con la legislación española que trata de manera casi idéntica la declaración o entrevistas de menores de 14 años también víctimas de delitos contra la indemnidad sexual. Aunque el tratamiento otorgado es igual en ambas jurisdicciones, en nuestra legislación se utiliza la denominación de prueba anticipada, mientras que en el país europeo se emplea el término de preconstituida.

En nuestra legislación procesal penal, el artículo 296 del CPP, dispone que la prueba que sirva de base a la sentencia definitiva debe rendirse durante la audiencia de juicio oral “salvas, las excepciones legales. Ellas están constituidas por la llamada “prueba anticipada” o “prueba preconstituida”¹⁴¹. Tal como lo plantea Horvitz y López, hay excepciones legales dentro de nuestra legislación en las que la posibilidad de que la base de la sentencia sea una prueba preconstituida, siempre y cuando, se respeten los derechos de defensa del acusado, principalmente en el caso de que la prueba sea la declaración del NNA como prueba anticipada, debe respetarse el principio de contradicción.

No obstante, afirmar que la rendición de prueba sólo tiene lugar en el juicio oral no implica desconocer que existe una actividad anterior al proceso, que comienza en el mismo en que se inicia la investigación, y que consiste en las actuaciones que la ley autoriza a la policía y al ministerio público para la obtención de elementos de prueba que

¹⁴¹ HORVITZ M., y LÓPEZ, J (2008) *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*, p. 457.

se incorporarán posteriormente al proceso a través de los medios de prueba, tal como lo es la entrevista investigativa dentro de la investigación de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, y no ello significa que simplemente la entrevista investigativa videograbada sólo tenga como objeto la obtención de información, sino, que es una herramienta tremendamente útil a la hora de corroborar la declaración del NNA, herramienta que es una prueba preconstituida.

Es entonces, que es factible la utilización de la prueba preconstituida para obtener una sentencia condenatoria en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes, si se implementan las técnicas de la declaración judicial en la entrevista investigativa videograbada, pero mientras ello no suceda, la EIV es extremadamente útil, no como base de la sentencia, sino, como una prueba que permite reforzar y corroborar por ejemplo, el testimonio de la víctima, que como ya lo hemos mencionado, los delitos sexuales son los que revisten una mayor dificultad probatoria, por el hecho de que dichos delitos suelen cometerse en la intimidad, hace poco probable que hayan testigos del hecho, donde el testimonio de la víctima es la prueba más importante.

Conclusiones.

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo de la población que debe reconocérseles como tal, personas con derecho y dignidad humana. Sin embargo, debido a su situación de vulnerabilidad, requieren de una especial protección dada la dificultad que enfrentan para ejercer plenamente los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico.

Hace más de 50 años, se estableció una regulación internacional sobre los derechos de los NNA con el objetivo principal de resguardar su bienestar. De este marco normativo surge el concepto de interés superior del niño en 1959, que consagra la idea de que los niños, niñas y adolescentes deben recibir una protección especial para su desarrollo físico, mental, moral y espiritual.

Los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes se consideran entre las formas más atroces de violencia hacia este grupo, y a su vez, son de los más difíciles de detectar. En muchos casos, el delito se descubre una vez que el NNA relata lo sucedido, siendo a la vez este tipo de delitos lo que presentan una considerable dificultad probatoria, atribuible principalmente a la falta de evidencia física en la gran mayoría de los casos y a la falta de testigos directos que den cuenta de la comisión del delito, donde en muchas ocasiones el testimonio o el cuerpo de la víctima se convierte en la prueba más significativa.

Más declaraciones no implican mejores declaraciones, más bien implican mayor posibilidad de contradicciones y de incorporación de elementos ajenos a los hechos en realidad ocurridos. Es por ello y en virtud del interés superior del niño, que diversas legislaciones internacionales han adoptado gradualmente sus sistemas procesales para hacer el proceso de los NNA más llevadero y así evitar la victimización secundaria.

En consideración del interés superior del niño, es que ha cobrado relevancia la institución de la prueba preconstituída, buscando fundamentalmente proteger el testimonio de la víctima de posibles deterioros o contaminación producto de los múltiples

e inadecuados abordajes y por otro, evitar la revictimización provocada por el sistema policial y judicial.

A pesar de que no es pacífica la definición exacta tanto de la prueba preconstituida como la prueba anticipada y el hecho de que se tiendan a usar como sinónimos, ambas comparten el objetivo de permitir que los NNA proporcionen su testimonio lo antes posible y, por ende, no cabe duda de que tanto la prueba anticipada como la preconstituida, son mucho más favorables para el niño, niña o adolescente que no deberá esperar al juicio oral para dar su testimonio, el cual puede ocurrir meses o años después de la denuncia.

Una justicia lenta no es justicia, y es precisamente por ello que, se debe permitir al Juez de Garantía asegurar la satisfacción de estas víctimas en su expectativa de hallar una respuesta de la ley ante los atropellos sufridos, dejando inmediata constancia de los hechos acontecidos, sin temer que, el paso del tiempo vaya a borrar detalles fundamentales de lo ocurrido y poner a disposición del juzgador, aquellos detalles que solo deberían servir para – con la denuncia, los indicios y el resto de las diligencias prácticas – continuar el procedimiento y que este culmine con una eventual condena.

Bibliografía

1. ACCATINO, D (2010). *El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad*. Legal Publishing, Santiago.
2. ACCATINO, D. (2011). *Certezas, Dudas y Propuestas en torno al Estándar de la Prueba Penal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII, pp.483-511.
3. ACOSTA, R., ULLOA, A. (2022). *Taking Oral Evidence in Chile from Child Victims in Priority Groups: Challenges for the Practice and Training of Justice Professionals*. Journal of Police and Criminal Psychology.
4. ALONSO GARCÍA, Carlos. (2022). *La prueba del abuso sexual infantil. Posibilidades y límites*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, pp.177-204.
5. ANDERSON, Terence., SCHUM, David., y TWINNING, William (2016). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
6. ARÉVALO, Jorge. (2015). *La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad*. Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México.Nº36, pp-61-88.
7. BAROCELLI, Sergio. (2018). *La tutela de la vulnerabilidad como principio general del Derecho Privado*. Revista Iberoamericana de Derecho Privado. Nº8.
8. BENFELD, Johann. (2020). *La sana crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso., pp., 65-97.
9. BRAVO, C., y GUERRA, C. (2014) *La víctima sexual infantil versus el sistema de protección a la víctima: Reflexiones sobre la victimización secundaria*. PRAXIS. Revistade psicología. Nº16, pp 71-84.
10. BUTLER, J. (2006). *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*.
11. BUSTAMANTE, M. y PALOMO, D (2018). *La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile*. Ius et Praxis Nº24, Vol.Nº3, pp. 651-692.

12. CAPELLA, Claudia (2010). *Develación del abuso sexual en niños y adolescentes: Un artículo de revisión*. Revista Chilena de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y Adolescencia N°1, Vol.N°21, pp.44-56.
13. CARBONELL, E., CORTELL, M y GRAU, E.(2017). *La prueba preconstituída*. Información psicológica N°114, pp.137-148.
14. CARVACHO, P., VELÁSQUEZ, J., ORTÚZAR, C., y SANTIBÁÑEZ, M. (2020). *Las víctimas NNA de delitos sexuales frente al sistema de justicia penal*. En: Centro de Políticas Públicas UC (ed), *Propuestas para Chile. Concurso de Políticas Públicas 2019*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 47-81.
15. CASARINO VITERBO, Mario. (2009). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile.
16. CASTAÑER, A., y GRIESBACH, M. (2009) *Acciones para evitar la revictimización del niño víctima del delito*. Tomo IV. Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia. México, pp 143.
17. CIDH (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002.
18. CIDH (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*.
19. COLOMA CORREA Rodrigo (2016). *El Derecho Probatorio y su Torre de Babel*. Revista de Derecho, N°2, Vol. N°29, pp.35-38.
20. COLOMA CORREA, Rodrigo (2019). *La prueba y sus significados*. Revista Chilena de Derecho, vol. 46 N°2, pp. 427-449.
21. CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA. *Informe Final de la Comisión Técnica de garantías de derechos de NNA en Procesos judiciales*. 2015.
22. CONTRERAS, Cristian. (2021) *Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia*. Revista de Estudios Constitucionales Vol.N°19. N°2, pp. 137-169.
23. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). *Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.

24. CORREA, C. (2019). *Relación causal y exclusión de prueba*. Política Criminal, N°28, Vol.N°14, pp.186-214.
25. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia.
26. COUTURE, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición. Editorial Roque de Palma. Buenos Aires.
27. CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008). *Reglas de la Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*.
28. DÍAZ, P (2006) *La Prueba Anticipada En El Proceso Civil*. Lexis Nexis
29. DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2022). *Informe anual 2022. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile. Segunda Parte Adultocentrismo en Chile y su relación con la participación de la niñez y adolescencia*.
30. DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2022). *Informe anual 2022. Tercera parte Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile, panorama estadístico y notas temáticas*.
31. DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2019). *Informe anual 2019. Interés superior del niño*.
32. DOMINGUEZ, A., FAMA, M., y HERRERA., M. (2006) *Derecho Constitucional de Familia*". Primera Edición, Tomo 1. Editorial Ediar Argentina, pp. 540.
33. DUCCI, Carlos (2015). *Derecho Civil. Parte General*. Cuarta edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
34. DUCE, Mauricio (2014). *El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*". Polít. Crim. Vol.9, N°17. Pp- 118-146.
35. DUCE, Mauricio (2018) *Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate*. Revista Ius et Praxis, año 24, N°2, pp. 223-262.
36. DUCE, M., MORENO., L., ORTIZ DE URBINA, I., et. al (2014) *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica*. Polít. crim. Vol.9, N°18, pp. 739-815.
37. DUPRET, M., y UNDA, N. (2013). *Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual*. Universitas Revista de Ciencias Sociales y Humanas N°19, pp.101-128.

38. ECHEBURÚA, E., y SUBIJANA I (2018). *Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados*. Anuario de Psicología Jurídica, Vol.28 N°1, pp. 22-227.
39. ERNBER, E., MAGNUSSON, M., LANDSTRÖM, S., y TIDEFORS, I (2018). *Court evaluation of young children's testimony in child abuse cases*. Legal and Criminological Psychology, 23(2), 176-191.
40. EZURMENDIA, J. (2020). *Problemas relativos a la Prueba en cada etapa de la Actividad Probatoria en el Proceso de Familia*. Revista Chilena del Derecho, N°1, Vol.N°47, pp.101-118.
41. EZURMENDIA, GONZÁLEZ Y VALENZUELA (2021) *La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa*. Revista Polít. Crim. Vol.16. N°32. Pág. 875-897.
42. ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmelin. (2014). *La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología*. Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas.
43. FERNANDEZ CARTES, Catalina (2019). *Valor probatorio de la declaración de la víctima en delitos sexuales. Comentario a la Sentencia 1231-2019 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel*. Revista de Ciencias Penales. Sexta Época, Vol. XLVI, N°Anual (2019), pp. 275-294.
44. FERNANDEZ-BALLESTEROS (2005) *La Psicología Criminal en la Práctica pericial forense*". Psicología Criminal. Ed. Pearson Prentice Hall, Madrid, pp. 60-121.
45. FERNÁNDEZ – FIGARES MORALES, María (2012) *La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer*". Revista Internauta de Práctica Jurídica. N°. 28, p.26.
46. FERRER, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. España: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2007.
47. FERRER, Jordi (2017). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba causi-benthamiana*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena, Colombia. Vol. IX. N°18, pp. 150-169.
48. VARIOS Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales. Santiago: Documento de Trabajo Interinstitucional

49. FUENTES, C (2011). *La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 18, N°1, pp.119-145.
50. FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2018). Ley de entrevistas videograbadas: Ley N°21.057. *Beneficios para niños, niñas y adolescentes y funcionarios del sistema de justicia penal*.
51. FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2018). Ley de entrevistas videograbadas: Ley N°21.057. *¿Cuáles son las principales claves de la Ley de Entrevistas Videograbadas?*.
52. FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2022). *Cobertura y tiempos de respuesta en la realización de Entrevistas Investigativas Videograbadas y tomas de declaración a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros delitos graves*.
53. FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2023). Estudio de fundación amparo y justicia. *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y otros graves: ingreso de denuncias y respuestas del sistema de justicia penal*.
54. FUNDACIÓN PARA LA CONFIANZA Y CUIDA UC (2022). *Primera Encuesta Nacional de Abuso Sexual y Adversidades en la Niñez*.
55. GARRIDO MONTT, Mario (2010) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile.
56. GASCON ABELLÁN, Marina (2005) *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°28, Madrid. Pp. 128-139.
57. GIMENO, V. (2010). *La prueba preconstituida de la policía judicial*. Revista Catalana de Seguretat pública, pp.37-67.
58. GONZÁLEZ, L. (2023) *Ejecución irregular de la prueba preconstituida en los delitos de violación contra la libertad sexual de menores*. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar. Vol 7, Número 2. Perú.
59. GONZÁLEZ, T. (2010). *Tres Modos de Razonar sobre Hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)*. En: VÁSQUEZ, C. Hechos y Razonamiento Probatorio, Primera Edición. Editorial Ceji, pp.17-43.
60. GONZALEZ, J., MANZANERO, A., MUÑOZ, J., y SOTOCA, A (2013). *La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la*

- psicología jurídica*. Revista Práctica Penal, N°102, Mayo-Junio 2013. Pp. 112-122.
61. GONZALEZ, J., MANZANERO, A., MUÑOZ, J., y SOTOCA, A (2013) *Propuesta de protocolo para la condición de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables*. Papeles del Psicólogo. Vol. 34(3), pp 227-237.
 62. GREEVEN, N., y VALENZUELA, V. (2019). *Manual para la intervención con niños, niñas y adolescentes en riesgo o vulnerados en sus derechos humanos*. Academia Judicial de Chile.
 63. HORVITZ, M., y LÓPEZ, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
 64. HORVITZ, M., y LÓPEZ, J. (2008). *Derecho Procesal Penal Chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de las Américas.
 65. HORVITZ, M., y LÓPEZ, J. (2008). *Derecho Procesal Penal Chileno – Tomo II*. Editorial Jurídica de las Américas.
 66. HORVITZ, M., y LÓPEZ, J. (2010). *Derecho Procesal Penal Chileno – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
 67. HOYL MORENO, Gonzalo. (2018). *La valoración de la prueba en el proceso penal chileno y convicción judicial. Aproximación a la sana crítica en relación a la prueba pericial*. Internacional Center for Criminal Studies.
 68. HUERTA, S., DUQUE, C., BLANCO, A., ROMO, V., FUENZALIDA, R., LEIVA, A., CAMPLÁ, X., PEREIRA, P., y MUÑOZ, P. (2019) *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales*”. Fiscalía de Chile.
 69. INFORME DE LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA (2014).
 70. ITURRA, Carlos y ROSATI, Nora. (2019) *“Implementación ley de entrevistas videograbadas. Ley 21.057”* Academia Judicial de Chile.
 71. JAMARDO LORENZO, Andrea. *La preconstitución de la prueba en el proceso penal (pre-constituted evidence in the criminal proceedings)*. Tesis para optar al Grado en Derecho. León, España, Universidad de León, Facultad de Derecho, 2016. 100 p.
 72. JIMÉNEZ C., y MARTÍN C. (2006) *Valoración del testimonio en abuso sexual infantil (A.S.I)*. Revista Cuadernos de Medicina Forense. Málaga, España. N°43-44, pp. 1-20.

73. LARROCAU, J. (2012). *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho. N°3, Vol.N°39.
74. LAUDAN, L (2005). *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°28, pp.95-113.
75. LENTAN, M., y ZALDÚA, G.(2020) *Vulnerabilidad y Exigibilidad de Derechos: la Perspectiva de Niños, Niñas y Adolescentes*. Psyche 29(1) Sección especial, mayo 2020.
76. MACURÁN NODARSE, Greter (20122) *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Editorial Jurídica de Chile, pp., 1-159.
77. MARTIN, F. *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*. Ius et Praxis 24(3), p. 19-66, dic 2018. 66, p,37-67, mayo 2010.
78. MELLA, E., y REBOLLEDO, E. (2020) *Factores que influyen en la implementación de una política pública de educación sexual integral: casos de Chile y Costa Rica*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 11(1), p 10-35.
79. MIRANDA, M (1997) *La Mínima Actividad Probatoria En El Proceso Penal*. Editorial JMB, Barcelona.
80. MURILLO, José., y VERGARA, Paula (2022) *Manual psicossociolegal sobre abuso sexual infantil*. Academia Judicial de Chile.
81. MONTOYA, D., DÍAZ, R., REYES, F., ABUSLEME, C., y GARRIDO, J (2004) *Peritaje médico legal en delitos sexuales: una pauta práctica para su correcta realización*. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología. Vol 69. N°1. Santiago, 2004.
82. NOGUEIRA, Humberto. (2017). *La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes*. Revista Ius et Praxis 23(2), p 415-462, abril 2017.
83. NUÑEZ VÁZQUEZ, J (2009) *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. Revista jurídica de las Américas. Pág. 1-566.
84. OEA. *La retractación de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de maltrato, en el marco de un procedimiento judicial. Sensibilizar Instituciones para no Revictimizar*.
85. PASTOR, M., MONERA, C., y RODES, F (2009). *Vulnerabilidad Infantil. Un enfoque multidisciplinar*. Editorial Diaz de Santos, pp 320.

86. PEREZ, M. *Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia intrafamiliar*. Boletín mexicano de derecho comparado. N°113, Vol. N° 38, junio 2020.
87. PODER JUDICIAL (2016). *Declaración judicial de niños, niñas y adolescentes en Tribunales Orales en lo Penal: manual de abordaje*. Poder Judicial de la República de Chile.
88. PODER JUDICIAL (2015). *Derechos de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia*. Poder Judicial de la República de Chile.
89. POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean Pierre., y RAMÍREZ, María Cecilia. (2004) *Lecciones de derecho penal chileno Parte Especial*. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2004.
90. REYES, Sebastián (2012). *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho. Vol. XXV N°2, diciembre 2012. Páginas 229-247.
91. ROZANSKI, C. (2010) “*Denunciar o silenciar*” *el abuso sexual infantil*. Buenos Aires, Argentina.
92. SANDOVAL DELGADO, Emiliano (2011) “*La libre valoración de la prueba en los juicios orales: Su significado actual*”. Letras Jurídicas Núm.13. Guadalajara.
93. SAVE THE CHILDREN (2020) *Módulo 2: Indicadores de violencia sexual contra la infancia*.
94. SAVE THE CHILDREN (2020) *Módulo 3: Revelación de la violencia sexual contra la infancia*.
95. SENAME (2004) *Estudio Peritajes Sicológicos en Abuso Sexual Infantil*.
96. SILVA, Hernán (2012) *Medicina Legal y psiquiátrica forense. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 1-399.
97. TARUFFO, M (2002). *La prueba de los Hechos*. Segunda Edición. España: Editorial Trotta, 2005.
98. TARUFFO, M (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Justicia Electoral, N°20, pp-59-72.
99. TARUFFO, M (2008). *La prueba*. Edición española. Espala. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. 2008.
100. UNICEF (2016). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Buenos Aires: Unicef.

101. UNICEF Chile (2016). *Informe sobre niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal.*
102. UNICEF (2021). *Estrategia de protección de la infancia de UNICEF.*
103. UNICEF (2022). *Análisis de la situación de la niñez y adolescencia en Chile sitan 2022.*
104. VALMAÑA, A (2012) *El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.* InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Volumen 2, pp. 1-31.
105. VÁSQUEZ-ROJAS (2014) *Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial.* Anuario de Psicología Jurídica. 24(1), pp. 65-73.
106. VERA SÁNCHEZ, Juan. (2022) *Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales.* Colección de materiales docentes 51. Academia Judicial de Chile.
107. VILLARUBIA, G., y FIGUEROA, J. (2013). *La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente.* Ciper.