



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**“MEDIDAS DE PROTECCIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL PARA MENORES DE EDAD
VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES: DERECHO CHILENO Y COMPARADO”**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Isabella Margarita Klapp Godoy

Tamar Levy Book

Profesor Guía: Matías Insunza Tagle

Santiago, Chile

2016

A mis padres, Isabella Godoy y Gerardo Klapp, mis confidentes, mi contención, quienes me han apoyado toda mi vida, en cada paso, cada detalle. Gracias por sus enseñanzas y consejos, enseñarme que la perseverancia lo es todo, aunque el camino sea difícil.

Gracias por el cariño y la comprensión en los años de carrera.

Cada logro en mi vida, ha sido gracias a ustedes.

Cada logro futuro, será por y para ustedes.

“La vida es muy interesante. Al final, algunas de las cosas que más nos lastiman se convierten en nuestras mayores fortalezas”

-Drew Barrymore

A mis padres, Jenny Book y David Levy, quienes han sido mis pilares y cable a tierra a lo largo de toda mi vida. Por su apoyo incondicional en cada una de mis metas y proyectos propuestos, y que sin ellos no hubiese podido alcanzar.

A todos aquellos niños, niñas y adolescentes que lamentablemente fueron, son o serán víctimas de agresiones sexuales. Esta carrera me dio mucho, y una de esas cosas es la capacidad de aportar con nuestro pequeño granito de arena, para que nuestra sociedad mejore cada día más.

“El mundo rompe a todos, y después, algunos son fuertes en los lugares rotos”

- Ernest Hemingway.

Quisiera agradecer al profesor Gabriel Álvarez Undurraga, quien me ha guiado desde los inicios de mi investigación.

También me gustaría agradecer a mi compañera y amiga Francisca Lobos Chávez, con quien discutí reiteradas horas sobre la materia, y a María Gabriela Vásquez Moncayo, por siempre ayudarme a ordenar la lluvia de ideas de mi cabeza.

Finalmente, pero no menos importante, quiero agradecer a Pedro Pérez Milic, amigo, compañero, consejero y maestro.

Isabella Klapp

Gracias a mi madre Jenny Book por su incondicional apoyo, soporte y sobretodo guía a través de estos años de carrera. Por ser mi constante motivación a superarme cada día y sobretodo mí ejemplo a seguir.

También me gustaría agradecer a Isabella Klapp, compañera, amiga y confidente con la cual realizamos juntas esta tesis. Gracias por todos esos días y noches de apoyo y motivación sin la cual esto no hubiese sido posible.

Gracias a María José Donatucci, por estar siempre para mí cuando lo necesito, por ser mi gran “*feedback*” tanto en el ámbito jurídico como de la vida.

Por último, y no menos importante, gracias a todo el equipo de la Corporación de Asistencia Judicial de La Pintana, lugar donde me tocó realizar la práctica profesional. Por abrirme los ojos a otras realidades, por enseñarme como nadie y a motivarme aún más a nunca olvidar el importante rol social que debemos cumplir como abogados.

Tamar Levy Book

INDICE

RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	ix
ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO 1.- REALIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN CHILE: SITUACIÓN SOCIAL, FAMILIAR, LEGAL Y ESTADÍSTICAS.....	9
1.1.- Concepto de niños, niñas y adolescentes y víctima:.....	13
1.2.- Concepto de los delitos sexuales y medidas de protección:	17
1.3.- Consecuencias de los delitos sexuales, a corto y largo plazo, en los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales: victimización primaria, secundaria y terciaria.	24
1.3.1.- Consecuencias a Corto Plazo:	25
1.3.2.- Consecuencias a Largo Plazo:	26
1.4.- Situación actual de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el país:	28
CAPITULO 2.- Etapas del Procedimiento Penal: Oficio N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales.....	31
1.- Investigación:.....	33
2.- Etapa Intermedia o de Preparación de Juicio Oral:	44

3.- Juicio Oral:.....	46
CAPITULO 3.- Instituciones intervinientes del Procedimiento Penal cuya obligación es proteger al Menor Víctima de Delitos Sexuales.....	51
3.-Intervinientes en el proceso penal cuya obligación es proteger al menor víctima de delitos sexuales:.....	55
3.1.- Tribunales en materia de Familia:.....	55
3.2.- Tribunales en materia Penal:	56
3.2.1.- Juzgados de Garantía.	56
3.2.2.- Tribunales Orales en lo Penal.	59
3.3.- Ministerio Público.....	61
3.4.- Organismos Auxiliares:	67
3.4.1.- Policía:.....	67
3.4.2.- Servicio Médico Legal.....	72
3.4.3.- Servicio Nacional de Menores (SENAME).....	75
CAPITULO 4.- Victimización Secundaria: consecuencias de la participación del menor, víctima de delito sexual en el proceso penal.....	78
4.1.- Victimización Primaria:.....	78
4.2.- Victimización Secundaria o Revictimización.	79
4.3.- Tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de la víctima – ruta judicial que deben recorrer los niños víctimas.	82

4.4.- Tensión entre el ejercicio del derecho a ser oído en los procesos que afectan a los NNA y la falta de mecanismos adecuados para su ejercicio.	86
4.5.- Tensión entre la inexistente articulación en beneficio de un NNA que sigue conjuntamente un proceso penal y otro proteccional (familia).	88
CAPITULO 5.- Proyecto Actual para la Protección de los Menores Víctimas de Delitos Sexuales durante el Procedimiento Penal: Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.	
1.- Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales:	93
1.1.- Mensaje Ejecutivo del Proyecto Ley.	94
1.2.- Contenido del Proyecto.	97
1.3.- Legislación Comparada como Fuente del Proyecto.	98
1.4.- Discusión parlamentaria del proyecto del primer informe de fecha 10 de marzo de 2014.	103
1.5.- Posición de las Policías:	113
1.6.- Conclusión respecto del Boletín 9.245-07:	113
2.- SENAME:.....	114
3.- Comisión Técnica en Garantías de Derechos de Niños, niña y Adolescentes en Procesos Judiciales.	116

CAPITULO 6.- Legislación Comparada: tratamiento de las víctimas NNA de delitos sexuales.....	119
1.- Situación Interamericana – Corte Interamericana de Derechos Humanos:	119
1.1.- Jurisprudencia de CIDH sobre delitos sexuales contra menores de edad: hechos, razonamiento y derecho de fondo de la CIDH.	121
1.2.- Obligatoriedad de la CIDH para el Estado de Chile:.....	126
2.- Situación Europea de la víctima menor de edad de delitos sexuales:	135
2.1.- Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Procesal Penal:	135
2.2.- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual (Convenio de Lanzarote, 2007):.....	137
2.3.- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos: (sustituye la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001):..	140
CONCLUSIONES.....	144
BIBLIOGRAFÍA	150
ANEXO 1: ESTADÍSTICAS SITUACION FAMILIAR DE LOS NNA DE CHILE	153
ANEXO 2: TABLA DE MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN 2014 EN AUDIENCIAS DE CONTROL DE DETENCION EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES	160

ANEXO 3: TABLAS DE EFECTOS A CORTO Y LARGO PLAZO BOLETIN Nº10.186-07 MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE VIOLACION Y ESTUPOR.....	163
ANEXO 4: ILUSTRACION DE LOS HITOS DE UN PROCESO POR ABUSO SEXUAL	165
ANEXO 5: ESQUEMA DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL	166
ANEXO 6: ESQUEMA DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO PENAL	169
ANEXO 7: ESQUEMA DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL	170
ANEXO 8: ENTREVISTA A CAPITÁN DE 35ª COMISARÍA DE DELITOS SEXUALES	172

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las “medidas de protección” aplicadas durante el proceso penal chileno para menores de edad víctimas de delitos sexuales.

El primer capítulo contextualizará al lector sobre la realidad social de los menores, víctimas de delitos sexuales en Chile, mediante estadísticas, definición de conceptos y detallando las consecuencias derivadas de los delitos. En el segundo capítulo, se describen las etapas del proceso penal, a efectos de mostrar los criterios de actuación y la ruta que se debe enfrentar. El capítulo tercero identificará las instituciones intervinientes del proceso penal, cuya obligación principal para este documento, es brindar protección. El cuarto capítulo, analiza las consecuencias de la intervención de la víctima en el proceso, prosiguiendo en el capítulo siguiente, analizando las medidas de protección actuales tendientes a aminorar la victimización secundaria. Finalmente se detalla y compara con nuestro marco legislativo, a modo de referencia, la situación europea de la víctima menor de edad de delitos sexuales.

Palabras Claves:

Medidas de Protección; Agresión Sexual; Victimización Secundaria; Víctima y; Niño, niña y adolescente.

ABSTRACT

The following paper aims to analyze the protective measures applied during the Chilean criminal process for child victims of sexual crimes.

The first chapter contextualizes the reader about the social reality of the child victims of sexual crimes in Chile, through statistics, concept definitions and describing the consequences from the respective crimes. The second chapter describes the stages of the criminal process, in order to show the performance criteria and the route to be followed. The third chapter will identify the institutions involved in the criminal process, which their main obligation in the work is to provide protection. The fourth chapter analyzes the consequences of the victim's intervention during the process, followed by the next chapter, which analyzes the current measures that tend to reduce the secondary victimization. Finally, it is detailed as a reference the European situation of the child victim of sexual crimes.

Key Words: Protection measures, Sexual assault, Secondary victimization, Victim, Child and teenager.

ABREVIATURAS

1. MP: Ministerio Público
2. JG: Juzgado de Garantía
3. TOP: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.
4. NNA: Niños, niñas y adolescentes.
5. PDI: Policía de Investigaciones.
6. SENAME: Servicio Nacional de Menores.
7. CAVAS: Centro de Asistencia a Víctimas de Agresiones
Sexuales
8. Policía: Carabineros de Chile.
9. CPR: Constitución Política de la República.
10. CPP: Código Procesal Penal.
11. CP: Código Penal.
12. LOCMP: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio
Público; Ley N°19.640.
13. Boletín: Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que
regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de
resguardo a menores de edad víctimas de delitos
sexuales
14. FFAA: Fuerzas Armadas.
15. URAVIT: Unidad Regional de Atención a Víctimas y

	Testigos.
16. UAVIT:	Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos
17. SML:	Servicio Médico Legal.
18. CIDN:	Convención Internacional de los Derechos del Niño.
19. AUPOL:	Sistema de automatización policial.
20. VIF:	Violencia Intrafamiliar.
21. Brisexme:	Brigada de Delitos Sexuales y Menores Metropolitana.
22. 35º Comisaria:	35º Comisaria de delitos sexuales.
23. USEXVIF:	Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.
24. FN:	Fiscalía Nacional o Fiscal Nacional.
25. FR:	Fiscalía Regional o Fiscal Regional.
26. FEIDS:	Fiscal Especializado en la Investigación de Delitos Sexuales.
27. Fiscal Especializados:	Fiscal Especializado en la Investigación de Delitos Sexuales.
28. FTO:	Fiscales del Turno Ordinario.
29. PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
30. Directrices:	Resolución E/2005/INF/2/add. 1, del 22 de julio de 2005

Aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

INTRODUCCIÓN

Los delitos de connotación sexual, desde los inicios de la humanidad, han sido objeto de regulación por parte de la sociedad, dada su vinculación innata con las características de la misma y base de las instituciones más importantes de la historia, como es el matrimonio¹. En Chile y a nivel internacional, los delitos sexuales son considerados de connotación social y de suma gravedad, en virtud del ámbito íntimo y vulnerable que se ve afectado por este tipo de agresiones. De especial preocupación, son los casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, en razón de la “inocencia infantil” que se ve corrompida abrupta y violentamente por un adulto. “De esta forma, el crimen cometido por los abusadores sexuales, se interpreta como una agresión hacia los sujetos más débiles, vulnerables e indefensos de la sociedad.”²

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigor de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en 1990, se da inicio al reconocimiento expreso a nivel constitucional, de la titularidad de derechos los menores de edad, es decir, se consideran como sujetos de derecho, afectos de una protección especial.

Consecuencia de lo anterior, es que el Estado de Chile, ha promulgado una serie de leyes orientadas al cumplimiento de las obligaciones emanadas de la CIDN, en especial, la protección integral. Entre tales reformas se destacan la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, la Ley N° 20.084, modificada por la Ley N° 20.191, que establece el sistema de responsabilidad penal adolescente; la Ley N° 20.379, que crea el Sistema de Protección Integral a la Infancia Chile Crece Contigo, entre otros.

En el contexto procesal penal, la reforma del año 2000, utilizó como fuentes, no sólo las garantías constitucionales, sino que instrumentos internacionales, específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos

¹ A modo de ejemplo, el Código Civil Chileno en su artículo 102 que señala “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. El subrayado es nuestro, a efectos de destacar que, prácticamente, la definición del matrimonio en nuestra legislación es una autorización por parte del Estado para mantener relaciones sexuales con una persona determinada.

² UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.12.

Humanos, a modo de determinar las directrices del nuevo procedimiento. Las instituciones intervinientes en materia penal, respetando las fuentes del proceso y con la finalidad de respetar de igual manera la CIDN, ha guiado una serie de reformas a efectos de resguardar los derechos de los NNA, derechos tales como, no ser discriminados por motivaciones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, así como “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.³

Debe considerarse, a su vez, la concepción de familia y su debida protección, contemplado en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, disposiciones similares se pueden encontrar en diversos instrumentos internacionales.

En efecto, la Convención sobre los Derechos de los Niños, reitera el deber de protección en su preámbulo expresando “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Sin embargo, se debe considerar la alta tasa que existe en Chile, en donde el victimario del menor es miembro de su núcleo familiar. Así se desprende del 4º Estudio de Maltrato Infantil en Chile, que señala que el 88,5% de los agresores son conocidos por el NNA y el 50,4% son familiares de la víctima. De la cifra sobre los agresores miembros del núcleo familiar, se distingue que el 19,4% son tíos, 9,7% primos mayores, 7% padrastros y el 4,4% hermanos. Se identifica que el agresor es de género masculino en el 75,1% de los casos, cuyo promedio de edad es de 30 años, mientras la víctima, generalmente es del género femenino (75%), la que en promedio tiene, al momento de sufrir el primer abuso, 8 años y medio.⁴⁻⁵ Y dicho sea de paso, las agresiones sexuales son un problema transversal en la sociedad, no se limita por criterios sociales, ni económicos ni geográficos.

³ Artículo 19 Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ El mismo estudio individualiza también, que el 11,5% de los agresores son amigos cercanos de la familia, 6,2% agresor desconocido pero que el NNA víctima ya ha visto antes y, por último, que el 5,3% consiste en el vecino.

⁵ De la cifra de NNA encuestados, el 8,7% de ellos, señalaron haber sido víctima de una agresión sexual.

Lo más importante es que en Chile, NNA víctimas de delitos sexuales, no sólo son vulnerados –generalmente- por un agresor de “confianza” de la familia, sino que sufre victimización primaria⁶ y, además, es sujeto de la victimización secundaria, producto tanto de la inadecuada normativa procesal, consistente en el sufrimiento experimentado por el menor al pasar por las fases del proceso penal como por las reacciones de su entorno social, que estigmatiza al menor.⁷

La victimización secundaria implica, tanto la sensación de indefensión y obstaculización de la reparación psicosocial del NNA víctima, como la vulneración de tratados y convenios internacionales ratificados por Chile, junto a la conculcación de garantías de la CPR y del CPP, cuyo objeto es proteger integralmente al menor, víctima durante el procedimiento penal.

De hecho, el proceso penal opera bajo el supuesto que los intervinientes cuentan con herramientas psicológicas, sociales y emocionales suficientes para desenvolverse adecuadamente en las distintas etapas del proceso penal, sin considerar la lesividad que la experiencia pueda significar en los derechos de los NNA, quienes por su estado de desarrollo psicológico se encuentran en una situación sumamente vulnerable, sumado a la transgresión de su intimidad sexual con todas las consecuencias que ello conlleva.

La interrogante planteada en la presente investigación y la que se responderá, a lo largo del estudio es: ¿Son adecuadas las Medidas de Protección aplicadas durante el Procedimiento Penal Chileno para Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales? Considerando como hipótesis que ***el derecho chileno protege ineficazmente a los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales durante el procedimiento penal, dado que la legislación nacional es inadecuada en sus disposiciones tendientes a aminorar la victimización secundaria, siendo las medidas de protección vigentes insuficientes.***

Las autoras analizan las medidas de protección aplicadas durante el proceso penal chileno para menores de edad víctimas de delitos sexuales, con la finalidad de identificar, en primera

⁶ Victimización producida como consecuencia directa de ser víctima de cualquier delito.

⁷ El menor de edad víctima de delito sexual debe realizar por lo menos 10 declaraciones sobre lo ocurrido, pues debe dar testimonio ante carabineros, luego ante policía de investigaciones, después ante fiscalía, siguiendo el relato que debe hacer en el examen médico del servicio de salud para hacerlo nuevamente en el peritaje sexológico del SML. Seguido lo anterior debe someterse a tres peritajes donde debe relatar los hechos nuevamente, el psiquiátrico, psicológico de credibilidad y psicológico de daño, para someterse después a un contra peritaje. Finalizando su última declaración en el juicio oral, ante los magistrados del Tribunal Oral en lo Penal, el que, generalmente, no tiene las condiciones necesarias para la ejecución de la declaración.

instancia, la realidad social de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, contextualizando al lector, tanto mediante la presentación de tablas estadísticas, precisando los conceptos de menor de edad víctima, delitos sexuales y medidas de protección, como aclarando las consecuencias derivadas de la agresión sexual, así como también su situación familiar y social.

Siguiendo la misma línea, el autor propone describir las etapas del proceso penal, para identificar la ruta judicial que debe soportar la víctima, y detallar las instituciones intervinientes del proceso, cuya obligación es resguardar la protección integral del niño, niña y adolescente víctima de un delito sexual, en su calidad de víctima, de menor y víctima de agresión sexual.

Se concluye con el análisis crítico-descriptivo del proyecto de ley sobre entrevistas videograbadas y otras medidas de resguardo. A su vez, se utilizará el método comparativo, describiendo la situación europea e interamericana de la víctima menor de edad de delitos sexuales.

Dicho todo lo anterior, cabe señalar que, la razón que motivó la elaboración del trabajo, consiste en el hecho que, “los delitos sexuales suelen dejar una profunda y dolorosa huella en el desarrollo emocional, conductual, físico, social y cognitivo de las personas; en muchos casos, de difícil reparación”.⁸

A su vez, el presente trabajo puede ser de utilidad práctica como herramienta o mecanismo unificado de estudio sobre las medidas de protección para los NNA víctimas de delitos sexuales durante el proceso penal, ante la ausencia de un documento institucional hegemonizado, sirviendo de base para el estudio de futuros interesados.

⁸Boletín N° 9.245-07, Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, 22 de enero de 2014, Sesión 89ª ordinaria del Senado, en miércoles 22 de enero de 2014, Legislatura Número 361.

CAPITULO 1.- REALIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN CHILE: **SITUACIÓN SOCIAL, FAMILIAR, LEGAL Y ESTADÍSTICAS.**

El presente capítulo busca contestar la interrogante respecto de cuál es la realidad social de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales en nuestro país. Para poder responder tal pregunta, se debe contextualizar dicha realidad, mediante la descripción de la situación familiar y legal de su realidad, junto con la presentación y análisis de registros estadísticos, a efectos de identificar la realidad social de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, que han sido víctimas de delitos sexuales.

Para su mayor comprensión, es necesario precisar, tanto los conceptos de niño, niña y adolescente -menor de edad- y de víctima, como los de delitos sexuales y las medidas de protección. Siguiendo la idea anterior, se expondrá las consecuencias derivadas, a corto y largo plazo, de la experiencia de la agresión sexual por parte de un NNA. De esta forma, se obtiene una visión más integral sobre las consecuencias y alcances de los delitos sexuales contra menores y, por tanto, se logra identificar la realidad que deben soportar.

Situación Familiar Legal de los niños, niñas y adolescentes de Chile:

Como bien se señaló anteriormente, con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado chileno, se generaron una serie de obligaciones estatales en virtud de ello. Uno de los pilares fundamentales de la CIDN corresponde al derecho del niño y niña a la convivencia familiar, que supone que vivir en familia genera un positivo desarrollo para el menor. Es por esto que la Convención no sólo asume que los principales responsables de su cuidado son los padres, sino que también obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas necesarias para apoyar a los padres en la función de orientación, promoción, desarrollo y cuidado de los niños y niñas.

Así se manifiesta en la misma CIDN “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, se debe considerar la alta tasa que existe en Chile, en donde el victimario del menor es miembro de su núcleo familiar.

En virtud de la gran importancia que tiene la “familia” como institución y círculo seguro de desarrollo y cuidado del humano en crecimiento, debemos señalar que la estructura y organización de las familias chilenas ha experimentado importantes transformaciones en estos

últimos 15 años. Según los censos de población, el número de hogares aumentó en 26% entre 1992 y 2002 y su tamaño promedio se redujo de 4 a 3.6 personas. En 2002, aunque la organización más frecuente continuaba siendo el hogar nuclear bi-parental con hijos (38,1%), se habían incrementado los hogares nucleares (mono o bi-parentales) sin hijos (20,9%), así como los hogares monoparentales con hijos (9,7%). Así, en 2002, aproximadamente 1 de cada 6 niños menores de 6 años vivía en un hogar monoparental.

Paralelamente han disminuido los matrimonios (desde un 67% de los hogares en 1992 a un 58% en 2002) y han aumentado las convivencias (desde un 6% a un 10% en el mismo período). En 2002, 1 de cada 3 niños menores de 6 años vivía en un hogar cuyo jefe de familia no estaba casado/a (en 1992, 1 de cada 4 niños vivía en esa situación).

Hoy la mitad de los niños nacen fuera de una relación matrimonial. Una proporción creciente de niños vive en hogares con uno sólo de sus progenitores o en familias ensambladas que le significan el contacto cotidiano con un adulto que no es su padre o madre biológica.⁹⁻¹⁰

Estadísticas de la Situación de las víctimas de delitos sexuales en Chile:

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, tras la reforma, en conformidad al Boletín Estadístico 2014 del MP, desde el año 2000 hasta el 2014 se ingresaron a nivel nacional un total de 203.023 causas de delitos sexuales, habiendo terminado el 91% de ellas y realizado tan sólo 10.249 de juicios orales hasta la fecha, es decir que sólo el 10, 47% de los casos en 15 años, llegan a juicio oral.

Siguiendo lo establecido en el Informe Cuenta Pública de 2014, de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, se ingresaron en el 2013 un total de 21.543 casos de delitos sexuales, siendo la víctima, en el 74% de los casos, un menor de 18 años.¹¹

De los datos entregados anteriormente, junto con los emanados del Boletín Estadístico Anual de 2014 del MP se desprende, a grandes rasgos, cuál es la realidad social de los niños, niñas

⁹ UNICEF, Situación de los Niños y Niñas en Chile: A 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño 1990-2005. 2005. 20 p.

¹⁰ Para mayor profundización ver Anexo N° 1

¹¹ MINISTERIO PÚBLICO, Informe Cuenta Pública 2014 de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional. Disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/cuentas_cp2014.jsp> [consultada el 20 de noviembre de 2015], Santiago, Chile.

y adolescentes, víctimas de delitos sexuales en nuestro país. A modo de ejemplo, se expondrá un cuadro-resumen estadístico en materia de delitos sexuales, a efectos de dar una noción de la realidad actual de las víctimas de delitos sexuales.

Tipo de Términos	Delitos Sexuales Nivel Nacional	Imputados Conocidos sin ACD¹²	Imputados Conocidos con ACD	Imputados¹³ Desconocidos
Sentencia Definitiva Condenatoria	2.375	1.294	1.081	0
Sentencia Definitiva Absolutoria	723	496	227	0
Sobreseimiento Definitivo	1.191	804	133	254
Sobreseimiento Temporal	232	188	44	0
Suspensión condicional del procedimiento	1.434	1.032	402	0
Acuerdo Reparatorio	7	6	1	0
Facultad para No Investigar	1.455	772	1	682
<u>Subtotal Salida Judicial</u>	7.417	4.592	1.889	936
Archivo Provisional	13.737	7.264	11	6.462
Decisión de No Perseverar	2.008	1.330	498	180
Principio de Oportunidad	29	13	7	9
Incompetencia.	650	371	1	278
<u>Subtotal Salida No Judicial</u>	16.424	8.978	517	6.929
Anulación Administrativa	77	47	0	30
Agrupación a otro caso	1.811	1.051	20	740
Otras causales de término	95	65	3	27
Otras causales de suspensión	60	24	36	0
<u>Subtotal Otros Términos</u>	2.043	1.187	59	797
<u>TOTAL</u>	<u>25.884</u>	<u>14.757</u>	<u>2.465</u>	<u>8.662</u>

¹² ACD: Audiencia de control de detención.

¹³ Datos estadísticos recopilados del Boletín Estadístico Anual 2014, del Ministerio Público de enero de 2015. « <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> » [consultada el 20 de noviembre de 2015]

En relación a lo establecido en la tabla anterior, se debe señalar, que los casos de delitos sexuales que llegan a juicio oral corresponden al 9% de la totalidad de las causas que logran alcanzar tal instancia. Dentro de este grupo, obtuvieron sentencia absolutoria el 34,71% y el 65,29% condenatoria durante el 2014. Si bien el porcentaje de sentencias condenatorias es alto, disminuyó cuatro puntos porcentuales en relación al periodo de 2013.¹⁴

Ahora bien, el grupo de imputaciones terminadas en 2014, corresponden a un total de 6.309,¹⁵ todas ellas en instancia de garantía, siendo el tipo de término en detalle: 1) acoge requerimiento monitorio un 0,28%; 2) aprobación del principio de oportunidad: 0,13%; 3) aprueba facultad de no iniciar la investigación: 12,9%; 4) DNP: 24,14%, 5) declaración de inadmisibilidad de la querrela: 0,48%; 6) declaración de sobreseimiento definitivo: 22,2%; 7) otros términos: 6,3%.

Lo anterior significa que, de 7.830 causas ingresadas en Garantía durante el año 2014, un 80,5% de ellas termina anticipadamente, adoptando sólo medidas relativamente paliativas para proteger a sus víctimas menores de edad, mediante medidas cautelares mínimas, que analizaremos en el subtítulo tercero del presente capítulo. El porcentaje restante sigue con el procedimiento, objeto de dilaciones varias, de diversa naturaleza. La problemática consiste, en que las víctimas y el público en general, no tiene incentivos reales para efectivamente denunciar un delito de esta índole, ello por los términos anticipados que no sancionan realmente al imputado, pues queda en libertad (absoluta o relativa), pudiendo reincidir en cualquier momento o vulnerar a la víctima nuevamente a su disposición.

Actualmente en Chile no existe un registro único con las estadísticas al respecto, sin embargo, hay varias instituciones que mantienen registro de los casos que tienen conocimiento. Así, por ejemplo, en conformidad a las cifras entregadas por el MP, consta que durante el año 2014 se ingresaron un total de 25.884 causas por delitos sexuales, en los que en el 58,60% el imputado era conocido por la víctima. De todos esos casos, tan solo 1.104 llegaron a Juicio Oral, y sólo 2.375 de ellas terminaron con sentencia definitiva condenatoria.

¹⁴ FISCALIA DE CHILE, 2014, Fiscalía de Chile Cifras Relevantes Periodo: [Enero-Diciembre de 2014] <Power Point> Fiscalía de Chile.

¹⁵ PODER JUDICIAL, Tablero Penal disponible en www.pjud.cl. Disponible «<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYY>» [consultado el 10 de febrero de 2016]

Las víctimas ingresadas por delitos sexuales durante el año 2014, sumaron un total de 22.311, lo que porcentualmente significa un 1,59% del total de víctimas ingresadas, ahora bien, desglosadas por edad y género, corresponden al 4,98% mujeres menores de edad y el 3,4% a hombres menores de edad.

Ahora bien, de la Cuenta Pública de 2015 de Carabineros de Chile, se señala que en el Programa de Seguridad Integrada para NAA 24 horas, se presenció un total de 35.802 menores vulnerados, de un total de 71.957 menores derivados. Ahora bien, cabe señalar que Carabineros recepcionó e ingresó órdenes judiciales, en conformidad al AUPOL un total de 103.479 medidas de protección y 165.353 medidas cautelares. También la PDI, durante el 2014 detuvo un total de 940 individuos en materia de delitos sexuales.

Por otra parte, en conformidad con la información otorgada por SENAME en su anuario estadístico de 2014, ingresaron por delito sexual un total de 3.117 de niñas menores de 11 años, de un total de 6.683 de niñas hasta los 17 años. Lo más alarmante, es que las niñas entre 14 y 15 son las de mayor número tanto en el delito de abuso sexual como el de violación. Por el lado de los niños, el mayor número de menores víctimas de esta familia de delitos, son aquellos entre 6 y 7 años, específicamente en relación al abuso sexual.

Las cifras anteriormente señaladas dan cuenta sobre la realidad de las víctimas de delitos sexuales de nuestro país de forma general, dado a conocer con el lamentable carácter de “común” estos horribles delitos.

1.1.- Concepto de niños, niñas y adolescentes y víctima:

El objetivo principal de este subtítulo es el de delimitar el concepto de NNA o menor de edad, a efecto de entender realmente el grupo de víctimas y su vulnerabilidad en su condición de menor de edad. Ello es necesario, dado que, durante los últimos años, se ha planteado una cierta “polémica” en cuanto al cómo denominar al sujeto principal objeto de esta materia, ya que parte tanto de la normativa, jurisprudencia y doctrina lo denominan “menor” y otra “niños, niñas y adolescentes”. Así, “dos datos llaman la atención en cuanto a la definición del sujeto destinatario de la protección otorgada por los Convenios Internacionales que afectan a la protección del menor: 1) Algunos convenios prefieren la denominación de “menor” y otros

optan por el término “niño”; 2) No existe una definición unánime del concepto, ni por el método empleado para su determinación ni por los límites de edad establecidos”¹⁶.

Dicho esto, determinaremos entonces cuáles son estas dos posiciones de debate, así como también nuestra postura frente a éste básicamente para efectos prácticos para este trabajo.

1.1.1. Doctrina de la “Situación Irregular”:

La doctrina así nombrada considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores” quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas. Por lo tanto, esta doctrina únicamente contemplaba a los niños que podríamos categorizar como “vulnerables”, es decir, niños infractores de la ley penal o partícipes de conductas antisociales, niños en estado de abandono material y moral, niños en situación de riesgo, niños cuyos derechos se habían visto afectados y niños con discapacidades físicas y/o mentales. Así, se consideraba que todos estos niños constituían un riesgo social, por lo tanto, eran objeto de tutela por parte del Estado, el cual los catalogó bajo el concepto de “Menores”. “En este contexto, el Instituto Interamericano del Niño señaló que “la llamada doctrina de la situación irregular considera que son “niños” quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas”¹⁷.

1.1.2. Doctrina de la Protección Integral:

Uno de los más significativos aportes de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 corresponde a este nuevo criterio, el cual se centra en dos claras posiciones: por un lado, reconoce que el niño por su condición de ser humano en desarrollo requiere que se le reconozca una protección especial atendible a su intrínseca naturaleza de debilidad, vulnerabilidad; y por otro lado, se le brinda la calidad de sujeto de derechos y deberes.

Así, el artículo 1° de la Convención establece que *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

¹⁶ GARCÍA CANO, Sandra. Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, España, Colex, 2003, pp. 62-63.

¹⁷ GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. ¿Menor o Niños, Niñas y Adolescentes? Un tópico a discutir, en Revista de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, N°5, 2011, Ciudad de México, 63 p.

Por lo tanto, la doctrina de Protección Integral contempla y reconoce a todos los niños como sujetos de derechos, sin hacer distinción alguna. Se les reconoce los derechos humanos de todo ciudadano, bajo el concepto de ser atributos intrínsecos de la condición de ser humano. Por otro lado, además de reconocérseles todos los derechos de los adultos, se les reconoce derechos especiales, por su condición de vulnerabilidad al ser personas en desarrollo.

Por lo tanto, bajo esta nueva concepción, se cambia el término “menor” por el de “niño”, “niña” o “adolescente”.

Sin embargo, nos encontramos actualmente ya en un contexto ampliamente desarrollado de derechos humanos y de los niños, donde este debate en opinión de las autoras, ya se encuentra superado, existiendo convenios de derechos humanos que emplean indistintamente tanto el término “menor”¹⁸ como el de “niños”.

*“Resta destacar que si bien desde el punto de vista penal o de los derechos humanos la utilización del término “menor” pueden llevar implicaciones de situaciones ya superadas (como la denominada “situación irregular”), podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que en el derecho internacional privado la utilización de dicho término no conllevan en lo más mínimo connotaciones despectivas, y que no podemos ignorar este término desde que lo anterior supondría ir en contra de los títulos otorgados a los convenios internacionales en vigor”.*¹⁹

Para efectos de este trabajo, creo que ésta es simplemente una cuestión de *nomen iuris*, es decir, una cuestión puramente semántica, en este sentido García Ramírez señala que hablamos del mismo fenómeno aun cuando utilicemos distintos términos y así afirma que *“utilizaré diversas expresiones que corresponden a una misma realidad y atiende a un solo designio jurídico: niños, niñas, adolescentes, menores”*²⁰.

Por lo tanto, para efectos prácticos de este trabajo, tanto menor como niño, niña y adolescentes se referirán a todo individuo de la especie humana menor a 18 años de edad.

¹⁸ V.gr. Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores (art. 2 habla de “menores de uno u otro sexo” así como también los artículos 6 y 7).

¹⁹ GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. ¿Menor o Niños, Niñas y Adolescentes? Un tópico a discutir, en Revista de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, N°5, 2011, Ciudad de México, 63 p.

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la jurisdicción interamericana y reforma constitucional. Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México – Unión Europea, 2006, pp.51 y 52.

Sin embargo, es de preferencia para la investigación los términos, niño, niña y adolescente, por el simple hecho que, si bien comparten numerosas características comunes, no se puede desconocer las necesidades y singularidades propias de cada etapa del desarrollo, como las atinentes a sus realidades individuales. Como afirma cierto autor²¹ *“no hay tanto menor, sino menores, pues en poco se parecen los problemas de un niño de unos meses y los de un joven de quince años”*. Tal disimilitud es de interés a efectos de analizar las consecuencias que implica ser víctima de un delito sexual, en virtud de la madurez mental que tenga el NNA para enfrentar una situación así, tanto como determinará la forma de expresar verbalmente lo ocurrido ante la familia, policía y los tribunales.

Siguiendo la misma línea de ideas, es necesario recalcar el rol de víctima, puesto que no tratamos con personas adultas, sino que se trata exclusivamente de menores de edad.

Se entiende como víctima la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal²² o bien cualquier persona que ha sufrido un menoscabo en sus derechos como consecuencia de un delito, o como bien señala nuestro CPP, es el ofendido por el delito, el cual debe ser protegido en virtud del art. 6 del CPP, en todas las etapas del procedimiento por parte del MP, así como velar por la vigencia de los derechos de la víctima en el caso del tribunal. A su vez, el fiscal deberá promover todo mecanismo que facilite la reparación del daño causado a la víctima. Así mismo, la policía y demás órganos auxiliares deberán otorgar un trato conforme a la condición de víctima, procurando facilitar la participación máxima en los trámites en que debiese intervenir.²³⁻²⁴

También puede entenderse el concepto de víctima como “persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción, o se entiende que una persona es victimizada cuando cualquiera de sus

²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. El interés del menor. Madrid, Dykinson, 2007, p.21.

²² Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (2001/220/JAI). Disponible en: <<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&rid=1>>> [Consultado en octubre, 2015]. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 22 de marzo de 2001. Bruselas.

²³ Tabla de derechos de las víctimas se puede ver en Anexo 1. Disponible en: <<<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/itemvictimas.jsp>>> [Consultado el 22 de noviembre de 2015].

²⁴ Tabla de derechos de los menores de edad en el procedimiento penal se puede ver en Anexo N° 2. Disponible en: <<<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/itemmenoresedad.jsp>>> [Consultado el 22 de noviembre de 2015].

derechos han sido violados por actos deliberados y maliciosos”²⁵ Ahora bien, puede integrarse dentro del concepto como la persona en la que se materializa la conducta típica y antijurídica, o quienes hayan resentido daño directo resultado de la conducta vulneradora de las leyes penales. La Resolución 40/34 de la Asamblea Nacional de Naciones Unidas, establece que las víctimas son aquellas personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente.²⁶

Se hace necesario señalar que en materia penal se habla de víctima, mientras que en procesal penal se habla de ofendido, en conformidad al artículo 108, que a opinión del presente trabajo, siguiendo a Solé Riera, “[...] parece referirse al sujeto que sufre directamente la lesión del bien jurídico protegido por el ordenamiento [...]”²⁷.

1.2.- Concepto de los delitos sexuales y medidas de protección:²⁸

Para mayor comprensión de los delitos que se tratan en el presente trabajo, y para comprender lo que viven y sufren los NNA víctimas de los mismos, debemos reseñar los conceptos de los delitos sexuales, los bienes jurídicos protegidos y el concepto de medidas de protección.

El bien jurídico²⁹ protegido en los delitos sexuales es la indemnidad sexual, entendida como el “estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores,

²⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología: Estudio de la víctima*. Editorial Porrúa S.A. México, 1990. Pp. 57.

²⁶ ONU, “Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder”. Asamblea general, cuadragésimo periodo de sesiones. Resolución 40/34; ONU, 29 de noviembre de 1985.

²⁷ SOLÉ RIERA, Jaime. *La tutela de la víctima en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997. Pp. 20-21.

²⁸ El bien jurídico protegido por la ley en materia de delitos sexuales se refiere principalmente a la libertad sexual, que es el derecho a la libertad de elegir la sexualidad propia, es la facultad de la persona de auto determinarse sexualmente, mediante la cual pueden definir a conciencia propia, cuándo, cómo y con quién tener una relación sexual.

²⁹ Algunos autores establecen que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, entendida como “la facultad de toda persona de ejercer o participar en actos de significación sexual, libremente, y a no verse obligado a participar en dichos actos” ALLENDE Vivanco, Catalina y VARELA Bustos, María Cecilia. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Vivian Bullemore. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2012. 11 pp.

su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas.”³⁰ También puede entenderse como el libre desarrollo de su sexualidad en conformidad a su crecimiento personal, o bien como la facultad de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad. La característica esencial, es la falta de capacidad de la víctima para comprender el significado y la trascendencia de las relaciones sexuales, por lo que se entiende que no se encuentran capacitados para ejercer libremente su sexualidad.

Para cerrar la discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra menores, concluimos que es *“el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional- que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos.”*³¹ El trauma o daño en que se materializa la agresión sexual, puede tener connotaciones de diversas índoles, así como no es posible dimensionar las reacciones inmediatas como mediatas de forma certera. Ello por los múltiples efectos secundarios que ocasionan, cuyo contenido no se limita al aspecto físico, psíquico o emocional, sino que también conlleva un alto contenido social.³²

La gravedad de este grupo de delitos, además del bien jurídico protegido, es la forma en que se realizan, por ello es necesario definir los conceptos de delitos sexuales, así como también el de las medidas de protección los que, por su carácter técnico, y su uso reiterativo a lo largo de la investigación es necesario especificar:

- 1. Maltrato contra NNA:** “todo acto activo o de omisión cometido por individuos, instituciones o por la sociedad, en general, y toda situación provocada por éstos, privando a los niños de cuidado, de sus derechos y libertades, impidiendo su desarrollo”³³. Conforme a la información otorgada en el Primer Informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile, la distribución de causales de ingresos corresponde a un 79% por maltrato, mientras que el 21% ingresan por ser víctimas de abuso y explotación sexual, sin embargo

³⁰RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001. p. 127.

³¹ RODRÍGUEZ C., Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999. 1° ed. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000-2001. p. 125.

³² Es desarrollará la idea en el punto 1.4., del presente capítulo.

³³ BARUDY, J. (1999). Maltrato Infantil. Ecología Social: Prevención y Reparación. Editorial Galdoc. Pp. 72.

cabe decir que 34 de un total de 43.292 de NNA ingresan por ambas causales a nivel nacional.

El total de niñas, niños y adolescentes que ingresaron durante el 2014 al SENAME al área de Protección de Derechos fue un total de 111.440, por lo que el 38,8% de ellos ingresaron por la causal de abuso sexual y maltrato, mientras que el 5,0 (5.598) por medidas de protección. Es decir, que la frecuencia aproximadamente es de casi 2/5 del total de las causas de ingreso.

2. **Abuso sexual:**³⁵ quien abusivamente realizare un acto de significación sexual³⁶⁻³⁷ 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.³⁸ Este delito es uno de los más “comunes” y de mayor dificultad de probar en una investigación penal, en especial por la dinámica en la que se lleva a cabo, caracterizado por el periodo de tiempo que perdura, la asimetría entre el agresor y la víctima, la invisibilidad de lo ocurrido, en virtud del silencio y el secreto que conlleva.³⁹ Lo anterior se da porque en la mayoría de los casos, el agresor es una persona conocida por el menor y sobre todo, un adulto en quien el NNA debe confiar.

Ahora bien, para efectos conceptuales, el abuso sexual se verá desde una perspectiva psicosocial, sin distinguir entre abusos contra niños y niñas, y adolescentes, agrupando al sujeto pasivo como una globalidad indivisible, como concepto genérico de NNA o menores.

³⁴ SENAME, Servicio Nacional de Menores, Observatorio Abuso Sexual Infantil y Adolescente en Chile. Primer Informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Primera edición: enero 2016. Grafico 17.

³⁵ Abarca distintos comportamientos como lo son las caricias, introducción de objetos en la vagina o en el ano, el sexo oral, la masturbación frente a un niño, promover la prostitución de menores, obligar a los niños a presenciar escenas sexuales, y la penetración vaginal o anal con el pene. MARSHALL, William L. Agresores Sexuales. 1ª Edición: abril 2001. Editorial Ariel S.A..., Barcelona España. Pp. 18 y 19.

³⁶ **Actos de Significación Sexual:** es cualquier acto en el que existe un estado mental del autor, un ánimo lascivo o lubrico, reconocido en conformidad a pautas culturales. Siguiendo la postura del presente trabajo, lo anterior implica un ánimo sexual cuyo objeto es, mediante la realización de ciertos actos, satisfacer los deseos sexuales del autor.

³⁷ Está dada por el ánimo libidinoso, lo que reduce la conducta típica del delito a los tocamientos o palpación en el cuerpo de la víctima, excluyendo cualquier acceso carnal referido a la violación.

³⁸ MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tomo I. Thomson Reuters La Ley, Tercera Edición junio 2014. pp.337.

³⁹ Cabe destacar que, dentro de la dinámica de los abusos sexuales, se genera por lo general una especie de seducción por parte del agresor, esto es, el acto sexual no es agresivo.

Más aun, porcentualmente los NNA ingresados por víctimas de abuso sexual corresponde al 84,9%, un 9% por violación, 0,1% sodomía y un 0,4% por estupro.⁴⁰

3. **Violencia Sexual:** se define como toda acción violenta o no, que involucre a una niña o niño en una actividad de naturaleza sexual o erotizada, que por su edad y desarrollo no puede comprender totalmente, no está preparado para realizar o no puede consentir libremente; afecta seriamente la vida presente y futura de ellos/as y sus familias; y además se da en conjunto con otros tipos de maltrato.⁴¹
4. **Corrupción de menores:** consiste en diversas conductas cuyo denominador común es el hecho de que un menor se vea involucrado en comportamientos de naturaleza sexual que puedan afectar su indemnidad sexual y honestidad. Se incluye dentro de esta categoría los delitos de sodomía consentida, favorecimiento de la prostitución, exposición del menor a actos de significación sexual y producción y comercialización de material pornográfico.
5. **Grooming:** es la “preparación del encuentro con un niño a través de Internet con el propósito de violar o abusar sexualmente del menor”,⁴² exigiendo la ley que el producto de ese intercambio o comunicación virtual, haya determinado que el menor envíe, entregue o exhiba imágenes o videos de carácter sexual de su persona o de otro menor de 14 años.
6. **Prostitución Infantil o de Menores:** se debe diferenciar las diversas conductas que componen el delito de prostitución infantil y las que se sancionan individualmente, las cuales consisten en: (I) **favorecimiento:** aquel que incite a un menor a prostituirse o mantener el ejercicio de la misma, para satisfacer los deseos de otro;⁴³ (II) **producción de material pornográfico**⁴⁴: en este caso se sanciona tanto la producción explícita, real o

⁴⁰ SENAME, Servicio Nacional de Menores, Observatorio Abuso Sexual Infantil y Adolescente en Chile. Primer Informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Primera edición: enero 2016. Grafico 23.

⁴¹ Centro de Protección Infanto Juvenil CEPIJ Lo Espejo (2000); Documento de Discusión, Jornadas CODAS-CEPIJ, marzo 2000. Documento de circulación interna. Corporación OPCION.

⁴² MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tomo I. Thomson Reuters La Ley, Tercera Edición junio 2014. pp.346.

⁴³ Entiéndase como prostitución el comercio sexual del cuerpo de la persona ejercido de forma pública, con el propósito de lucrar con ello.

⁴⁴ **Material Pornográfico:** se entenderá por material pornográfico el cual en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines. Aquel material “capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes”, “aquel que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual constituyendo por tanto

simulada del acto con imágenes y voces del menor, aunque éste no haya sido utilizado efectivamente.

En relación a todo lo que se encuentre relacionado con la utilización de niños/as y adolescentes en actividades sexuales remuneradas (14%), para producción, promoción y divulgación de pornografía (5,7%) y los que son víctimas de trata con fines de explotación sexual comercial infantil y adolescente (1,3%), corresponden al 6% de los niños ingresados por abuso o explotación sexual al SENAME, correspondiendo la explotación sexual al 78,3% de las causales de explotación.

7. Violación⁴⁵: es el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, utilizando fuerza o intimidación, o se valga de una determinada circunstancia en la que se encuentra la víctima, como encontrarse privada de sentido, incapacitada de oponerse, o se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima, así como abusar de la relación de dependencia, a través de engaño de la víctima en virtud de su inexperiencia o ignorancia sexual o del desamparo en que se encuentra el menor.⁴⁶ Cabe destacar, que con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084,⁴⁷ se establece una diferencia de edad mínima entre víctima y agresor (ambos menores de edad), determinando que en el caso de violación impropia la diferencia deberá ser de 2 años de edad entre agresor y menor de 14 años, y para el resto de los delitos 3 años.

8. Medidas Cautelares: en el proceso penal son aquellas “*resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción*”

imágenes obscenas o situaciones impúdicas Tribunal Supremo Español, Sala en lo Penal, Sentencia dictada con fecha 10 de octubre de 2000, Resolución N° 1553/2000, N° Recurso 3193/1999, Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, Madrid. Disponible en línea: <<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3098763&links=%22JULIAN%20ARTEMIO%20SANCHEZ%20MELGAR%22&optimize=20031011&publicinterface=true>>> [Consulta 15 de julio de 2015]

⁴⁵ CHILE. Ministerio de Justicia. 1984. Código Penal Chileno. 12 de noviembre de 1984. Artículos 361 y 362 Código Penal.

⁴⁶ Cabe mencionar que en virtud del de la conducta típica “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal” condiciona y limita el sujeto activo del delito, es decir, solo puede cometer por hombres, dejando de lado el hecho de que una mujer, por ejemplo, utilice en el acto social un consolador en un arnés, por lo que podría perfectamente ser el sujeto activo del acceso carnal. Sin embargo, al no ser parte de su cuerpo, se considera por el ordenamiento jurídico como abuso sexual agravado.

⁴⁷ Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

*delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia*⁴⁸⁻⁴⁹

Es de suma importancia destacar que, durante el año 2014, el total de medidas cautelares decretadas en audiencias de control de detención en materia de delitos sexuales fueron 2.344, (habiendo un total de 2.338 audiencias de control de detención en dicha materia, de las cuales solo el 0,86% terminaron con sentencia y en el 34,22% se decretaron medidas cautelares).

Detallando las medidas cautelares decretadas se puede distinguir:⁵⁰ (I) la preferencia de los jueces es la de decretar la prohibición de acercarse al ofendido siendo el 39,9% del total, luego sujeción a la autoridad con el 24,1% y arraigo nacional con el 18,7%. En última opción se encuentra la prohibición de comunicación con ciertas personas con un 1,8% y prohibición de asistir a reuniones con un 2,7%; (II) si volvemos a distinguir de formas más específicas podemos verificar que la medida cautelar preferida es la de no acercarse al ofendido, con un 39,7% (grupo de delitos abusos sexuales o grupo 1⁵¹), 30,6% (grupo de delitos relacionados con la pornografía y prostitución infantil o grupo 2⁵²) y 37,8% (Grupo de Delitos de Violación Infantil o grupo 3⁵³); (III) la medida de arraigo es aplicada en el 19,5% de los delitos de violaciones, y en el grupo de abusos un 18,9%; (IV) El arresto domiciliario corresponde al 9,2% de las medidas decretadas en total en delitos sexuales, correspondiendo al 11% en casos de violación y a un 8,8% en el grupo de abusos sexuales. (V) En el grupo de delitos de pornografía y prostitución infantil predomina la medida de

⁴⁸ GIMENO SENDRA, Derecho procesal penal (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), Editorial Colex, Madrid, 1997, pp. 480.

⁴⁹ Dentro de las medidas cautelares se distinguen las personales, consistentes en la restricción o privación de libertad del imputado por parte del tribunal, cuyo objeto es asegurar los fines del proceso penal, y las reales, que restringen o privan la libertad de administración o disposición patrimonial, a fin de asegurar pretensiones civiles.

⁵⁰ Ver cuadro de Anexo 2.

⁵¹ **Grupo de Delitos de Abusos Sexuales o Grupo 1** corresponden los delitos de: 1) Abuso sexual impropio mayor de 14 años y menor de 18 años sin contacto corporal; 2) Abuso sexual impropio infantil; 3) Abuso sexual mayor de 14 años a menor de 18 años con circunstancia; 4) Abuso sexual de mayor de 14 años con circunstancia de violación; 5) Abuso sexual de menor de 14 años con contacto corporal; 6) Estupro.

⁵² **Grupo de Delitos relacionados con pornografía y prostitución infantil o Grupo 2** consiste en: 1) Adquisición o almacenamiento material pornográfico infantil; 2) Producción material pornográfico utilizando menores de 18 años y; 3) Promover o facilitar prostitución de menores.

⁵³ **Grupo de Delitos de Violación Infantil o Grupo 3:** 1) Violación de mayor de 14 años y 2) Violación de menor de 14 años.

presentación ante autoridad con un 32% y posteriormente es la prohibición de acercarse al ofendido con un 30%.

Ahora bien, en relación a la medida de prisión preventiva, se establece que hay un 25,6% de posibilidades de que rechacen dicha solicitud. En el grupo de delitos de abusos sexuales, solo al 19,9% de los casos otorgan esta medida, dicho acogimiento correspondería al 30,6% en el grupo de delitos de pornografía y prostitución infantil y al 66,6% al grupo 3. Del total de resoluciones que decretan esta medida (670), el 52,3% corresponden al grupo 1; 3,4% al grupo 2 y el 44,1% al grupo de delitos de violación infantil.

9. Medidas Proteccionales en materia de Violencia Intrafamiliar: Las medidas cautelares son aquellos actos jurídicos procesales que el Tribunal de Familia debe adoptar dentro del procedimiento de VIF para los efectos de proteger la persona de la víctima como su grupo familiar, y velar por la cautela de su subsistencia económica e integridad patrimonial.

10. Medidas de Protección: son todas aquellas que resulten necesarias para brindar seguridad y confianza a aquel sujeto que sufre amenazas, intimidaciones o agresiones que pueden colocar en riesgo su vida e integridad por su colaboración en un proceso penal.⁵⁴ Pueden entenderse como todas aquellas medidas tendientes a resguardar la vida e integridad de una persona en virtud de la relación con un proceso judicial, tanto como cualquier medida tendiente a asegurar el libre ejercicio de los derechos de la víctima, independiente de la presencia de un proceso judicial o no.⁵⁵⁻⁵⁶

Para el presente trabajo de investigación, se entenderá por **medidas de protección para las víctimas de delitos sexuales**, como todos aquellos actos jurídicos normativos, procesales e

⁵⁴ CHÁVEZ TORRICO, ÁNGELA, PÉREZ ADASME, MARCELO Y Equipo Proceso de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. 2011 Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 48. Pp., 101.

⁵⁵ Para mayor profundización, dentro de las medidas de protección en sentido amplio se contemplan, a modo de ejemplo, (I) Asesoría legal; (II) medidas de protección frente a actos de intimidación y amenazas; (III) atención médica, sanitaria, social y psicológica; (IV) medidas de protección de la vida privada de la víctima; (V) Mecanismo de información y comunicación, entre otras. Para mayor profundización ver Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas, de Medellín Urquiada, Ximena, 2014 Publicado por Fundación para el Debido Proceso, Washington, D.C., 20036.

⁵⁶ Dentro de las medidas de protección se puede diferenciar las (I) **Medidas de seguridad o de protección propiamente tales:** acciones de protección cuya finalidad directa es eliminar el riesgo excepcional que sufre el protegido asegurando su integridad; (II) **Medidas de apoyo:** son aquellas medidas complementarias a las medidas de seguridad, cuyo objeto es tratar los aspectos psicológicos o sociales de los sujetos protegidos, así como dar atención a las necesidades básicas de los mismos.

institucionales tendientes a la protección de sus derechos como víctima, víctima de delitos sexuales y como menor de edad, sujeto de derechos, pero de especial protección.

1.3.- Consecuencias de los delitos sexuales, a corto y largo plazo, en los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales: victimización primaria, secundaria y terciaria.

Las consecuencias que conlleva ser víctima de un delito sexual siendo menor de edad, serán de mayor o menor envergadura a lo largo de la vida de la víctima o de mayor intensidad, proporcionalmente al estado de desarrollo en que se encontraba al momento del delito. Con lo anterior, nos gustaría destacar que “no todas las víctimas que sufren de un abuso sexual en su infancia quedan marcadas o traumatizadas”,⁵⁷ dado que dependerá de diversas condiciones tanto internas como externas del individuo, tales como su personalidad, la edad, desarrollo cognoscitivo, así como del apoyo de su entorno familiar como social, la efectividad y rapidez de la respuesta judicial y la eficacia de las medidas de protección que se adopten.

Juega un papel esencial en la reparación, la terapia psicológica, la que, al igual que las consecuencias en la vida del menor víctima, estará condicionada por el tipo de abuso, la frecuencia e intensidad del mismo, como la prolongación en el tiempo.

A su vez, será un factor importante el grado de culpabilización que tenga el menor por el hecho ocurrido así como también el de victimización que reciba por parte de su entorno.

Todo ello se relaciona íntimamente con la sensación de confianza y seguridad del niño ante el victimario, su familia y el mundo, distorsionando su auto concepto y sus capacidades afectivas. Esto trae como consecuencia natural, que afectará al menor víctima en su desarrollo sexual normal, teniendo aprendizajes deformados sobre el significado de las conductas sexuales, pérdida de confianza en relaciones interpersonales, en especial con los integrantes de la familia (pudiendo ampliarse a otras personas, como eventuales parejas), la autoimagen del niño se encuentra estigmatizada por la agresión (sentimiento de culpa, pérdida de valor, vergüenza, indignidad, etc.), y por último, sentimiento generalizado de indefensión, lo que

⁵⁷ Vázquez, B. (2000). Efectos psicológicos del abuso sexual. En Díaz Huertas, José Antonio (comp.): Atención al abuso sexual infantil. Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Asuntos Sociales. Madrid.

implica la sensación de no tener la capacidad de control de su persona ante situaciones de riesgo.

Todo lo anterior provoca en el menor un daño psíquico, el que consiste en que *“puede hablarse de la existencia de daño psíquico en un determinado sujeto, cuando éste presenta un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico genético o psico orgánico que, afectando sus esferas afectivas y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa”*⁵⁸. Dado lo anterior, pasaremos a identificar las consecuencias a corto y largo plazo de los delitos sexuales.

1.3.1.- Consecuencias a Corto Plazo:

Según CAVAS, el efecto directo que tiene sobre la víctima la vivencia de una agresión sexual, conforme a estudios realizados sobre las consecuencias de la experiencia sexualmente abusiva en los niños, demuestran que frecuentemente se manifiesta en conductas sexualizadas⁵⁹ y síntomas de estrés post traumático; a su vez manifiestan signos no específicos de baja autoestima, estrés, temor, depresión, deseos suicidas, ansiedad, hiperactividad, síntomas somáticos y conductas antisociales.

Los efectos emocionales a corto plazo, consisten en la estigmatización, aislamiento, sentimientos de culpa y responsabilidad por el abuso o, sentimientos de falta de poder y dificultad para confiar en otras personas cercanas. Afecta en la formación de la personalidad, como en la forma en que el niño se ve a sí mismo, y la forma en que se relaciona con otras personas y el mundo. A su vez, es común el ánimo depresivo, por la baja autoestima y la ira, manifestando efectos ansiosos como lo son la angustia, hipervigilancia y pesadillas al revivir la agresión sexual.

⁵⁸ José L. Covelli y Gustavo J. Rofrano. “Daño psíquico”. 1º edición. Editorial Dosyuna 2008. Comunicación a la Sociedad de Medicina Legal y Toxicología de la Asociación Médica Argentina. Pp. 5

⁵⁹ Los efectos sexualizadores se refieren a una perturbación en el desarrollo psicosexual del niño/a, siendo la respuesta más específica ante la agresión sexual. La sexualidad del niño/a puede quedar traumatizada o gravemente afectada de numerosas formas, como consecuencia de haber sido erotizado por el abuso. Así, puede aumentarse la curiosidad de los niños/as ante la sexualidad, desarrollarse conductas hipersexualizadas, conductas provocativas sexualmente, involucrarse en juegos sexualizados con otros niños/as, comportarse de manera seductora, y presentar masturbación compulsiva. En niños varones que han sido abusados sexualmente por hombres puede generarse confusión y ansiedad frente a su identidad sexual. (CAVAS Metropolitano, “Centro de Asistencia a Víctimas de delitos sexuales: 16 años de experiencia”. Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile, 2006. Pp.81).

Finalmente, los efectos conductuales provenientes de la agresión sexual, se manifiesta en conductas de hostilidad, desobediencia, conductas agresivas, especial rechazo a figuras adultas, hiperactividad y alteración del rendimiento académico y del funcionamiento cognoscitivo.

El conjunto de consecuencias mencionadas en los párrafos anteriores, se conoce como el fenómeno de victimización primaria, es decir las consecuencias directamente provocadas y/o relacionadas por la vivencia de ser víctima de un delito sexual.

1.3.2.- Consecuencias a Largo Plazo:

Las consecuencias al largo plazo se refieren a alteraciones de mayor complejidad que perturban la estructuración de la personalidad de la víctima, es decir, que las perturbaciones originadas por la agresión sexual se manifiesta y/o desarrollan de forma más tardía, como en la pubertad o adolescencia.

Hay ciertos factores que contribuyen a que los NNA víctimas de delitos sexuales desarrollan más síntomas o que éstas sean de mayor intensidad, encontrándose entre tales factores: (I) existencia de una relación estrecha con el agresor⁶⁰; (II) contactos sexuales frecuentes; (III) larga duración del abuso; (IV) empleo de fuerza; (V) penetración vaginal, anal o bucal; (VI) falta apoyo maternal al momento de la develación; (VII) deficiencia o negligencia en la estrategia de afrontamiento;⁶¹(VIII) disfuncionalidad de la familia; (IX) diferencia de edad entre el agresor y la víctima.⁶² La forma en que se recupere el NNA, también dependerá de su capacidad de resiliencia.

La vivencia de una agresión sexual provoca que en las etapas más avanzadas de su desarrollo el menor sea sujeto de problemas psicológicos como son la depresión, crisis de ansiedad, dificultades en las relaciones interpersonales y sexuales, abusos de sustancias, asilamiento y estigmatización.

Hay casos en los que los efectos negativos de una agresión sexual en la infancia se manifiestan en la etapa adulta de la persona, no habiendo diferencia alguna con los síntomas

⁶⁰ A mayor cercanía con el agresor, mayores serán las consecuencias.

⁶¹ MARSHALL, William L. Agresores Sexuales. 1ª Edición: abril 2001. Editorial Ariel S.A., Barcelona España. Pp. 26 y 27.

⁶² Tiene mayores consecuencias negativas la agresión por parte de un adulto al menor, a que el agresor sea un adolescente, por ejemplo.

que tendría un adulto víctima de violación, presentando el mismo cuadro de estrés postraumático junto con las variables psicopatológicas relacionadas (depresión, angustia, inadaptación).⁶³

El estrés postraumático que manifiestan a su vez, altera la esfera sexual, desarrollando la víctima una menor capacidad de disfrutar su vida sexual, así como el control inadecuado de la ira (externalización de la ira en forma violenta o conductas autodestructivas).

En el contexto señalado en el presente capítulo, se puede identificar la realidad actual de los NNA víctimas de delitos sexuales, y comprender la gravedad y envergadura que conlleva los delitos de connotación sexual. Lamentablemente esta situación es transversal a lo largo del país, así como en los diversos grupos sociales que integran la sociedad chilena. De mayor connotación, es el hecho de que el agresor tiende, mayoritariamente, a ser una persona de confianza del menor, estando presente en todos los hogares sin excepción.

Las consecuencias a largo plazo precedentemente descritas, pueden verse ampliadas o intensificadas por los fenómenos denominados victimización secundaria y victimización terciaria. La **victimización secundaria o revictimización**, se produce por la participación en el proceso penal por parte de la víctima, en virtud de la inadecuada respuesta y trato de las instituciones intervinientes en el mismo proceso penal y en la investigación.

La **victimización terciaria**, fenómeno producido por la respuesta inadecuada de la sociedad o el entorno de la víctima al tomar conocimiento de la experiencia sufrida, la que se manifiesta sobre todo, en los casos de connotación pública, tales como los abusos sexuales del caso Spiniak en el año 2003, Abusos del Colegio Apoquindo, el “Wena Naty” del 2007, el caso de la alumna de la Universidad Adolfo Ibáñez, (el escándalo de la fiesta mechona, donde grabaron a una pareja teniendo relaciones sexuales y luego divulgado en diversas redes sociales en el año 2013), dado que son objeto de discusión, exposición y juzgamiento por la sociedad a través de los medios de comunicación. También se entiende como victimización terciaria como el sufrimiento indirecto que sufre la víctima mediante las imágenes televisivas; cuando se es testigo de una victimización violenta, como la que sufre la familia y amigos, y finalmente, como

⁶³ Para mayor profundización ver: Concepto, Factores de Riesgo y Efectos Psicopatológicos del Abuso Sexual Infantil, de Echeburúa, Enrique y Guerricaechevarría, Cristina. Capítulo 4 del libro “Violencia contra los niños” de José Sanmartín, Barcelona, Ariel, 3ª edición, 2005.86-112.

el menoscabo de la víctima al construir su identidad de forma obsesiva en relación a la figura de víctima o al intentar reinsertarse en la sociedad de la que es parte.

1.4.- Situación actual de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en el país:

En el derecho chileno como en el comparado, ha sido de gran importancia el principio de protección a la familia, lo que se manifiesta en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, disposiciones similares se pueden encontrar en diversos instrumentos internacionales. En efecto, la Convención, reitera el deber de protección en su preámbulo expresando lo siguiente: *“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*.

En Chile más del 70% de los casos de abuso sexual, son cometidos por conocidos o familiares de las víctimas siendo más del 80% de los casos, niñas o menores del sexo femenino.

En conformidad al documento emanado del SENAME, con fecha 14 de abril de 2015, sobre Justicia proporcional a los niños, niñas y adolescentes, a efectos de la Discusión del Proyecto de Ley que regula las entrevista grabadas en video y otras medidas de resguardo, durante el año 2014 se efectuaron un total de 25.884 denuncias por delitos sexuales, siendo 22.311 víctimas de delitos sexuales, de las cuales 18.000, es decir, aproximadamente el 80% corresponde a víctimas menores de edad.

En el 2013 el SML, efectuó 8.145 peritajes sexológicos, siendo en la Región Metropolitana un total de 4.746, la gravedad recae en que el 81% de los peritajes sexológicos metropolitanos corresponden a menores de 18 años, siendo el 74,1% niñas y el 25,9% niños. Durante el año 2014, el conjunto de NNA atendidos por el SML para pericia sexológica forense por violación, abusos deshonestos u otro delito sexual, correspondió el 78,5% al sexo femenino, equivaliendo al 4/5 de la población de la muestra gráfica.⁶⁴ Más aun, en el gráfico 48, recibió

⁶⁴ SENAME, Servicio Nacional de Menores, Observatorio Abuso Sexual Infantil y Adolescente en Chile. Primer Informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Primera edición: enero 2016. Grafico 47.

el SML a nivel nacional un total de 593 niños de primera infancia y 1.672 de niños y niñas púberes y adolescentes (entre 12 y 15 años) para la realización de pericias sexológicas forenses.

Las cifras son escandalosas en virtud de lo que implica el atentado contra la integridad psíquica y física de una persona, puesto que emana de un delito sexual, derivando efectos de un daño de magnitud cuantiosa así como perturbadora que, sobre todo tratándose de una víctima menor de edad, tal sufrimiento, daño y confusión se multiplican reiteradas veces, perjudicando de forma permanente su desarrollo sexual, su sentido de seguridad personal, debiendo tener en cuenta la fragilidad del menor y su inmadurez mental. *“Para un menor de edad, la agresión sexual se presenta con una fuerza desestabilizadora inconmensurable, involucrando aspectos afectivos, conductuales y relacionales altamente confusos, que no sabe cómo juzgar y ante los cuales no tiene las herramientas para responder adecuadamente.”*⁶⁵

En consecuencia -aunque dependiendo de la entidad de la agresión, la etapa evolutiva del menor de edad y las circunstancias particulares del mismo o de la agresión- los delitos sexuales suelen dejar una profunda y dolorosa huella en el desarrollo emocional, conductual, físico, social y cognitivo de las personas; en muchos casos, de difícil reparación.⁶⁶

Sin embargo, en Chile, el niño, niña o adolescente víctima de delitos sexuales, no sólo debe sufrir esta victimización primaria, sino que, además, debido a la inadecuada normativa legal nacional, debe ser sujeto de la denominada victimización secundaria, consistente en el sufrimiento que experimenta el menor al pasar por las diversas fases del proceso penal como por las reacciones de su entorno social, que implican la estigmatización por parte de la sociedad.⁶⁷

En concreto, la victimización secundaria se manifiesta en la toma repetida de declaraciones, en el sometimiento a múltiples peritajes, en la duda sobre la veracidad del relato de niños,

⁶⁵ CHILE, Ministerio de Hacienda, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Justicia. Iniciativa Mensaje presentado con fecha 22 de enero de 2014. Cámara de Origen Senado. Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Pp. 1.

⁶⁶ CHILE, Ministerio de Hacienda, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Justicia. Iniciativa Mensaje presentado con fecha 22 de enero de 2014. Cámara de Origen Senado. Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Pp. 2.

⁶⁷ Ver Anexo 3.

*niñas y adolescentes, en la falta de información, en la hostilidad de algunos funcionarios y en las inadecuadas instalaciones en que debe declarar, entre otros.*⁶⁸

De lo anterior deriva, por un lado, la sensación de indefensión y obstaculización de la reparación psicosocial de la víctima menor de edad, lo que conlleva simultáneamente a una vulneración a los tratados y convenios internacionales ratificados por Chile, así como normas de la CPR y del CPP, tendientes a proteger a la víctima durante el procedimiento penal, así como al menor de edad, sujeto de derecho, pero afecto a una protección especial, cuyo carácter esencial es que sea integral.

Ello, porque opera el supuesto que los intervinientes cuentan con herramientas psicológicas, sociales y emocionales suficientes para desenvolverse adecuadamente en las distintas etapas del proceso penal, sin considerar la lesividad que la experiencia pueda tener en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes, por su desarrollo psicológico se encuentran en un estado sumamente vulnerable, sumado a la transgresión a su intimidad sexual con todas las consecuencias que ello conlleva.

A modo de conclusión, cabe destacar que las consecuencias también dependerán de condiciones externas como, por ejemplo, las consecuencias de la revelación del abuso, estabilidad emocional víctima, apoyo familiar, y en especial, la participación en un proceso judicial. Este último, implica para la víctima, declarar los hechos reiteradas veces, enfrentarse al agresor, juicios largos, contrainterrogatorios a sus dichos, todo lo que constituye lo que entendemos por victimización secundaria.

El problema del proceso judicial en relación a la víctima es, la disyuntiva que hay entre las expectativas de la víctima respecto a sus intereses de recuperación y protección con la realidad institucional y las directrices de la investigación.

⁶⁸ CHILE, Ministerio de Hacienda, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Justicia. Iniciativa Mensaje presentado con fecha 22 de enero de 2014. Cámara de Origen Senado. Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Pp. 2.

CAPITULO 2.- Etapas del Procedimiento Penal: Oficio N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales.⁶⁹

Una vez identificada la realidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales en Chile, cabe preguntarse ahora, cómo se aplican las medidas de protección que se han adoptado por el ordenamiento jurídico nacional, para resguardar la protección de los NNA víctimas de delitos sexuales durante el procedimiento penal.

Para responder dicha interrogante, es necesario especificar cuáles son las medidas de protección, adoptadas por nuestra legislación, para resguardar la protección de los menores víctimas de delitos sexuales durante el procedimiento penal. Siguiendo la misma línea, se debe, previamente detallar el protocolo de actuación instruido a los fiscales para la actuación ante dichos delitos, las diligencias que deben realizar conforme al mismo instructivo en relación a las distintas instancias de participación del menor en el proceso, a efectos de establecer la eficacia de dichas medidas.

Previamente se debe recordar que se entienden por medidas de protección –a efectos del presente trabajo- a todos aquellos actos jurídicos normativos, procesales e institucionales tendientes a la protección de sus derechos como víctima, víctima de delitos sexuales y como menor de edad, sujeto de derechos, pero de especial protección.

Una de las razones principales de la reforma procesal penal del año 2000, se debió fundamentalmente a la incongruencia existente entre las garantías individuales reconocidas por los tratados internacionales ratificados por Chile y el sistema procesal penal vigente en esa época. Dentro de las fuentes internacionales que se consideran expresamente en el mensaje, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En este contexto el mensaje ejecutivo del CPP señala “[e]l objetivo global de modernización de la justicia -definido como la maximización de las garantías y la imparcialidad del estado democrático y el incremento del bienestar- se encuentran a lo menos tres diversas áreas en

⁶⁹ Esquema de las Etapas del Proceso Penal en Anexo N° 3. Disponible en <<<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/itemprocesal.jsp>>> y <<http://www.dpp.cl/pag/100/66/etapas_del_proceso_penal>> [Ambas páginas consultadas el 22 de noviembre de 2015]

las que es necesario efectuar reformas, a saber, el área de acceso a la justicia; el **área del derecho de menores**; y el área del sistema penal.”⁷⁰

No obstante, lo anterior, es necesario señalar, que es el MP, en conformidad al art. 80 A de la CPR, en concordancia con el art. 1 de la LOCMP y de los artículos 3 y 172 CPP, el que detenta la dirección exclusiva de la investigación, ejerciendo la acción penal pública en la forma prevista por ley, –cuya relevancia recae en que todo delito contra menores es de acción pública- es decir en todos aquellos hechos constitutivos de delitos.

A su vez, el MP, detenta en relación a la materia en cuestión, dos atribuciones relevantes. La primera, establecida en el artículo 78 del CPP⁷¹, consistente en el deber del fiscal de dar información y protección a las víctimas, durante todo el procedimiento, adoptando medidas o solicitándolas al tribunal, para proteger a las víctimas de los delitos, y a sus familias, frente a cualquier posible amenaza, hostigamiento o atentados. Así mismo, debe facilitar la intervención de la víctima y evitar, o en subsidio, disminuir cualquier perturbación que debiere soportar con ocasión de los trámites en que ésta deba intervenir.

En segundo lugar, en conformidad al artículo 17 de la LOCMP, le corresponde al FN, fijar criterios de actuación del MP para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la CPR y leyes especiales, debiendo dictar instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de la dirección de la investigación, ejercicio de la acción penal y **protección de las víctimas y testigos**.

Empero lo anterior, si bien el MP tiene la función de dirigir la investigación, de dictar instrucciones generales de actuación, proteger a las víctimas y especialmente *evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión a los tramites en que deban intervenir las víctimas*, no se contempla ni en el CPP, ni en la LOCMP, la obligación de protección de los derechos de los menores de edad víctimas de delitos, cualquiera sea su naturaleza⁷², ya sea por su condición de NNA, ya sea en su condición de víctima menor, o en particular, menor víctima de delitos sexuales.

⁷⁰ Historia de Ley N° 19.696, Establece el Código Procesal Penal. 12 de octubre, 2000, Mensaje Ejecutivo, pp. 6. [La negrita y subrayado es de la autora]

⁷¹ CHILE, Ministerio de Justicia, 2000. Ley N° 19.696. Código Procesal Penal. Publicada el 12 de octubre de 2000. Artículo 6 que contempla la obligación de protección de la víctima tanto para el Ministerio Público como para la Policía y demás organismos auxiliares de justicia, en los principios básicos del Código.

⁷² Salvo su mención en el Mensaje Ejecutivo del Código Procesal Penal.

En consecuencia, nos encontramos en una contradicción entre los objetivos de la reforma así como con las obligaciones emanadas tanto del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como del artículo 24 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - instrumentos fuentes de derecho del cuerpo legal- dejando en desamparo los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.⁷³

Sobre la base de las consideraciones anteriores, junto con lo establecido en el apartado sobre las consecuencias de los delitos sexuales en los NNA víctimas se produce lo que conlleva al menor a sufrir ya no sólo la victimización primaria⁷⁴, sino que lo hace sujeto de revictimización o victimización secundaria, producto de la inadecuada protección normativa como de la inapropiada respuesta de los diversos intervinientes con los que debe tratar a lo largo del proceso penal.

En atención a lo señalado anteriormente, se detallará el Oficio N° 914-2015 Instrucción General del Ministerio Público, el cual imparte criterios de actuación en delitos sexuales, a efectos de aclarar las instancias en que deben participar los NNA víctimas de delitos sexuales para evidenciar la dolorosa ruta judicial que deben recorrer, describiendo las diligencias que deben efectuarse conforme la ley y el mismo instructivo a efectos de cumplir con los objetivos de la investigación.

1.- Investigación:

La investigación se inicia una vez que se pone en conocimiento al MP de hechos constitutivos de delito, mediante la denuncia, que puede ser realizada ante Carabineros, PDI, cualquier tribunal con competencia en lo penal o fiscalía. Es necesario señalar que, en caso de delitos sexuales contra menores, la acción penal es pública, por lo que cualquier persona puede realizar la denuncia.

⁷³ Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Artículo 24 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “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.”

⁷⁴ Proceso que sufre una persona, de forma directa o indirecta, daños psíquicos o físicos, producto de un hecho delictivo, que ha afectado un bien jurídico protegido como también otras áreas de la vida, como lo son el área psicológica, entorno familiar, integridad física, emocional, entorno social, etc.

Respecto del carácter de público de la acción penal, la denuncia será obligatoria⁷⁵ para: (I) los miembros de la PDI, Gendarmería y FFAA sobre cualquier delito que presenciaren o tuvieran noticias; (II) los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares, profesionales de cualquier rama relacionada a la conservación o restablecimiento de la salud que notaren en una persona y; (III) los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento. Todos ellos deben cumplir dicha obligación en el plazo de 24 horas desde que tuvieron conocimiento, siendo sancionados con una multa de una a cuatro unidades tributarias ante el incumplimiento.⁷⁶⁻⁷⁷

En esta fase, el MP lidera la investigación bajo el principio de objetividad, oficiando diligencias y actuaciones, cuya ejecución se realizará con la colaboración de los organismos auxiliares, como las policías, SML, URAVYT, SENAME, entre otros.

Dentro de esta primera etapa del proceso penal, se contemplan dos fases, la primera se trata de la investigación **desformalizada**, en la que el Juzgado de Garantía no interviene al no haber afectación de los derechos y garantías del imputado, no teniendo ningún efecto jurídico en perjuicio del él o un tercero.

La segunda fase de investigación es la **formalizada**, la que se inicia con la audiencia de formalización, consistente en la comunicación del MP al imputado, sobre el hecho de existir una investigación en su contra, por uno o más hechos constitutivos de delitos lo que se hará frente al JG y limita el plazo legal de investigación al máximo de 2 años desde dicha audiencia.

Procedimentalmente, el proceso investigativo debe adjudicarse a un **fiscal competente y especializado para la investigación de delitos sexuales**. Ante el caso de que la denuncia se realice en instalaciones del MP, el fiscal de turno ordinario (ante la ausencia del FEIDS), al

⁷⁵ CHILE, Ministerio de Justicia, 2000. Ley N° 19.696. Código Procesal Penal. Publicada el 12 de octubre de 2000. Artículo 175.

⁷⁶ CHILE, Ministerio de Justicia, 2000. Ley N° 19.696. Código Procesal Penal. Publicada el 12 de octubre de 2000. Artículo 177 en relación al artículo 494 CHILE. Ministerio de Justicia. 1984. Código Penal Chileno. 12 de noviembre de 1984.

⁷⁷También puede iniciarse por querrela, la que deberá ser por escrito cumpliendo con los requisitos legales, ante el JG correspondiente.

que se le adjudique temporalmente la causa, tiene la obligación de informar lo antes posible al fiscal correspondiente y realizar todas las diligencias que sean de carácter urgente.⁷⁸

La declaración debe tomarse por una persona que tenga formación especializada en entrevista investigativa, ya sea el fiscal, abogado asistente o un funcionario del URAVIT.

Las Fiscalías Regionales, propenden todas las medidas necesarias para que los FTO cuenten con la asistencia de un fiscal especializado, considerando la complejidad del caso y cuando haya más de uno a su disposición. Sin embargo, a nuestra opinión, tal instrucción representa un uso innecesario de recursos fiscales, dado que, en la práctica, pocas fiscalías cuentan con fiscales especializados en materia de delitos sexuales o una fiscalía especializada en la materia. Sólo la Fiscalía Regional Metropolitana Sur posee una fiscalía local especializada, mientras que la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, posee unidades especializadas de mayor nivel en sus fiscalías locales.⁷⁹⁻⁸⁰

Teniendo en consideración la afirmación anterior, consideramos bastante más eficiente que cada fiscalía local contara con un fiscal especializado en la materia, en vez de mal utilizar recursos humanos y activos del MP, como lo es el traslado de un lugar a otro del fiscal, por la ausencia del mismo en otra fiscalía. Es menester señalar y recordar (como vimos en el primer capítulo) que el problema de las agresiones sexuales contra menores es transversal en la sociedad, no se encuentra delimitada por criterios geográficos o jurisdiccionales.

⁷⁸ Diligencias de carácter urgente tales como la realización de peritajes en el SML para establecer las muestras biológicas que pueda haber en las ropas de la víctima en un caso de violación.

⁷⁹ Información obtenida [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/fiscalias_arica/index.do; Ministerio Público> [consultada el 19 de noviembre de 2015].

⁸⁰ De hecho, recién el segundo semestre de 2015, se integró en la Fiscalía Regional Sur una zona para atender a niños y niñas menores de edad, consistiendo en una pequeña zona para hacer espera.

Ante la presencia de un caso de extrema gravedad, como son los “casos de alta connotación pública”⁸¹⁻⁸², muerte de la víctima o se sospeche del soporte de una red de protección u organización criminal a favor del imputado, el fiscal a cargo, debe advertir inmediatamente de tal noticia criminal al “Fiscal Regional o a quién éste determine.”⁸³ A ello se añade, que en “situaciones de ordinaria ocurrencia”,⁸⁴ se debe traspasar la investigación en el menor plazo posible al fiscal especializado para que la dirija de manera definitiva.

Respecto del protocolo establecido en el párrafo anterior, es menester criticar la inexistencia de plazo concreto para traspasar la investigación en casos de situaciones de ordinaria ocurrencia. Si bien, al no tener el carácter de connotación pública, la víctima no se ve enfrentada a la denominada victimización terciaria, es decir, a la presión de los medios de comunicación masiva ni redes sociales, sin embargo, se deja a discreción del fiscal de turno el cumplimiento de tal transferencia.⁸⁵ Es inconcebible e inaceptable, a nuestro juicio, que no se imponga un plazo para ello.

En caso de no contar con un fiscal especializado, el fiscal de turno ordinario debe solicitar el apoyo de un fiscal especializado en delitos sexuales de la región, o en subsidio, de un abogado

⁸¹ Los casos de **connotación social** se caracterizan por su alto repudio social, siendo el caso de agresiones sexuales contra NNA, un repudio bastante más fuerte. Ello se debe a que a la noción de la diferenciación sexual como distinción básica de la humanidad, que siempre ha sido resguardado altamente por la sociedad, su normatividad y regulación se debe al carácter íntimo que contienen que, al ser el delito de esa connotación, desafía y expone a la sociedad en sí misma. Siguiendo lo anterior, al agregar la inocencia infantil que caracteriza a los NNA, como sujetos vulnerables y débiles, sin comprensión de actos de dicho carácter, lo que provoca la reacción de tolerancia cero a los agresores sexuales, quienes abusan de una posición de poder y la falta de desarrollo y conocimiento de los menores. Para mayor profundización ver Informe Final, agosto 2006, NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL. INFORME FINAL. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Of., para Chile y el Conosur) / Instituto de Investigación en Ciencias Sociales – Universidad Diego Portales.

⁸²Según la Historia de Ley N° 20.861, los delitos de connotación pública son, por ejemplo, los abusos en el Colegio Apoquindo, sin establecer una real definición. Sin embargo, definen los delitos de mayor **connotación social**, estableciendo que son aquellos ilícitos que tienen un mayor impacto en la seguridad de las personas, ya sea porque afecta su patrimonio, su integridad física o psicológica y/o presentan una alta ocurrencia. Podemos entender que un delito es de **connotación pública**, cuando es divulgado por los medios de comunicación masiva y redes sociales, y en especial los programas televisivos a nivel nacional (como lo fue los casos de abusos sexuales de Spiniak).

⁸³ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de Noviembre de 2015. Pp. 6.

⁸⁴ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de Noviembre de 2015. Pp. 6

⁸⁵ Es importante señalar que el plazo para que una querrela sea remitida ante el Ministerio Público en la práctica se demora más de siete días en llegar a la Fiscalía Local correspondiente. Incluso, en el caso concreto de la Fiscalía Local de las comunas de Pudahuel y Cerrillos, se han demorado hasta dos meses en llegar, para que luego la querrela sea ingresada en el sistema y se le asigne un fiscal.

asesor de la materia y a la USEXVIF, a efectos de contar con todas las herramientas necesarias para cumplir con la persecución penal.

De lo señalado en los párrafos anteriores, es menester reiterar, el gasto innecesario de recursos humanos y monetarios del Estado, a efectos de suplir la falencia de fiscales especializados, pues el problema es transversal en la sociedad, además del entorpecimiento de la investigación, por el mero hecho de perder el tiempo en el traslado, así como malgastar el tiempo de los fiscales. A modo de ejemplo, el deber de procurar que “el fiscal especializado no asignado, acompañe al fiscal en la sustanciación del respectivo juicio oral, si éste se realiza y si su carga laboral asociada a la tramitación de otras causas de esta naturaleza lo permite”⁸⁶, es decir que contradicen el art. 6 de LOCMP, que impone la obligación a todos los miembros del MP a velar por la eficiencia e idoneidad en la administración de los recursos y bienes públicos, el debido cumplimiento de sus funciones, las que deberán efectuarse mediante coordinación y unidad de acción, para evitar la duplicación o interferencias de sus labores.⁸⁷

No se optimizan los recursos públicos y fiscales al respecto, sin embargo, si después de dieciséis años de la reforma procesal penal, aun no hay fiscales especializados en cada fiscalía local, debería existir, a lo menos, un protocolo de coordinación interinstitucional para optimizar recursos y tiempos entre las actividades de los funcionarios.

1.1.- Diligencias de investigación:

En primer lugar, deberá el fiscal, apenas los servicios estén disponibles, solicitar la presencia de las unidades especializadas de cualquiera de las Policías.

Durante todo el procedimiento el fiscal deberá coordinar con un profesional de URAVIT, cuyo propósito primordial es el de favorecer la participación de la víctima en todo el proceso, debiendo para ello evaluar la necesidad de brindarle protección, como también, procurar “disminuir al máximo las perturbaciones que hubiere de soportar con ocasión de las diligencias

⁸⁶ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de Noviembre de 2015. Pp. 6

⁸⁷ No sólo se vulnera el artículo 6, principio de eficiencia del Ministerio Público, sino que también, el artículo 7º, que señala que las autoridades y jefaturas, deben ejercer control jerárquico permanente a efectos de velar por la eficiencia y eficacia, junto con la legalidad y oportunidad de las actuaciones que deben ejecutar los funcionarios de sus dependencias.

o actuaciones en que debiere intervenir⁸⁸⁻⁸⁹, recibiendo la víctima de esta forma asesoría psicosocial especializada, la que deberá apoyar todas las decisiones fiscales sobre la dirección de la investigación. ⁹⁰ De esta forma, se delega el deber de protección del MP en los funcionarios de los URAVITS, lo que necesariamente nos lleva a concluir que en el trabajo de los fiscales y funcionarios del MP, se privilegia el fin de la investigación por sobre la protección de las víctimas.

1.2.- Denuncia y toma de declaración a la víctima:

Ante la situación de que un funcionario policial no especializado tome la denuncia del NNA, debe limitarse sólo a señalar en el parte policial los datos del denunciante y las circunstancias del hecho, información obtenida sólo y exclusivamente del adulto responsable del NNA.

El fiscal en principio debe participar personalmente en la declaración de la víctima, sin embargo, puede delegar dicha diligencia a profesionales especializados del MP y excepcionalmente a funcionarios especializados de las policías. Es deber del fiscal adoptar las medidas necesarias para evitar la reiteración de declaraciones o de diligencias innecesarias en que deba participar el NNA. El lugar en que se deberá tomar la declaración será, en aquellas fiscalías que cuenten con una sala especializada al efecto y que dispongan de la video grabación de la misma.

1.3.- Exámenes médicos y corporales:

En conformidad a lo establecido en el art.197 del CPP, el fiscal puede ordenar exámenes médicos y corporales, siendo de carácter urgente, inclusive antes de la declaración, la práctica de dichos exámenes, tanto en la persona de la víctima como de sus vestimentas, para evitar la desaparición de rastros del delito. Se requiere para ello el consentimiento de la víctima o de su representante legal, y en caso contrario, deberá solicitar autorización al JG, con el apoyo de URAVIT.

⁸⁸ Lo anterior en concordancia al art. 6, 78, 109 letra a) del CPP, el art. 83 de la CPR y art.17 letras a) y f), 18 y 19 de la LOCMP.

⁸⁹ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de noviembre de 2015. Pp. 6

⁹⁰ Lo anterior es a fin con los objetivos del modelo OPA (Orientación, Protección y Apoyo).

En aquellos casos en que no sean de urgencia la realización de tales diligencias, el fiscal solicitara a la URAVIT su opinión sobre las consecuencias negativas que podrían originarse por la posterior realización de los exámenes en el menor.

En los casos que se estime conveniente, a efectos de protección de la víctima, puede instruir el fiscal que la víctima sea acompañada en los exámenes por personal especializado, tanto de la policía como de URAVIT. Lo anterior es una blasfemia, pues por protocolo del SML, establece que sólo pueden ir acompañados hasta la entrada del recinto, encargándose posteriormente los funcionarios del SML, quienes acompañarán a la víctima en toda la diligencia del peritaje, sin que puedan los especialistas de policía que la víctima ya conoce acompañarla efectivamente.⁹¹

Respecto de las muestras obtenidas del peritaje emanado por instituciones diversas al SML, el fiscal ordenara al laboratorio que efectuó la pericia que remita el informe al SML, para que se incluyan en el registro de evidencias, registro de víctimas o el que corresponda, por parte de la Unidad de CODIS en conformidad con la Ley N° 19.970.

1.4.- Exámenes psicológicos o psiquiátricos:

La realización de los exámenes psicológicos y psiquiátricos queda a discreción del fiscal, dado que no es un imperativo para todos los casos de agresiones sexuales, ordenar la realización de evaluaciones o peritajes psicológicos o psiquiátricos de la víctima respecto de la credibilidad del testimonio, condición mental o daño psicológico⁹².

El instructivo otorga directrices respecto de cuando es recomendable ordenar la realización de dichos peritajes: (I) delitos sexuales en ámbito intrafamiliar o víctimas que sean NNA con grandes posibilidades de retractación, en este caso será esencial realizar las pericias psicológicas para analizar la credibilidad del testimonio y el daño causado; (II) pericias en la credibilidad del testimonio del menor cuando sus padres se encuentran en conflicto judicial; (III) cuando el hecho se produzca dentro de un establecimiento educacional.

⁹¹ Entrevista con Capitán Macarena Cáceres, 35° Comisaria de Delitos Sexuales.

⁹² Por lo mismo el MP, ha publicado estudios al respecto como lo son la Guía para la Evaluación Pericial de Daño en Víctimas de Delitos Sexuales, Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio y Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV).

El peritaje que mide el daño provocado por el delito en la víctima, tiene como objetivo apreciar existencia y extensión del daño, establecer la relación causal entre el daño y la agresión sexual, y determinar las medidas para la reparación terapéutica.

En los casos en que la declaración haya sido video grabada, deberán remitirse “copia íntegra de los registros de audio y video de las entrevistas realizadas a la víctima durante la investigación”.⁹³ Atención con lo señalado expresamente, “entrevistas” plural, es decir, que a pesar del proyecto ley que quiere limitar el número de entrevistas –que se tuvo presente en la creación del presente instructivo- se asume que se realizaran reiteradas entrevistas durante la investigación (a ello se debe sumar la del juicio oral).

Los registros de la declaración, se incorporarán a la carpeta investigativa para que estén a disposición de los intervinientes, con todos los antecedentes que den cuenta de la pericia, para poder utilizado como medio de prueba posteriormente.

1.5.- Diligencias a decretar en casos de retractación de la víctima:

La retractación genera dificultades en la intervención judicial, sobre todo en abusos sexuales donde es la única prueba, provocando generalmente una estancación del proceso y puede ocurrir en cualquier etapa. Los indicadores de posible retractación son, entre otros, carencia de apoyo familiar o incredulidad de la persona que simbolice la paternidad, dependencia económica en relación al agresor, la victimización secundaria, sentimientos de culpa por denunciar a un ser querido, fracción familiar, amenazas, presión ejercida por la familia, abusador o la justicia, etc.⁹⁴

Ante tales situaciones, el fiscal deberá, ante el peligro de retractación, decretar medidas de protección correspondientes, evaluar la posibilidad de presentar declaración anticipada y peritaje de credibilidad del testimonio, producida la retractación, se debe investigar las condiciones que dieron lugar a la retractación, y en caso de NNA, comunicar los antecedentes al Tribunal de Familia.

⁹³ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de noviembre de 2015. Pp. 9

⁹⁴ Para mayor profundización consultar “La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual” PIPINO, Ana Valeria. 2013 [En línea]: <<<http://psicologiajuridica.org/archives/2770>>> [Consultado el 26 de noviembre de 2015]

1.6.- Declaración anticipada del artículo 191 bis del CPP:

Procede en todos los casos de delitos sexuales contra víctimas menores de edad, y para su solicitud se debe considerar las particularidades del caso concreto, las circunstancias específicas del menor, los antecedentes de la investigación y la opinión de URAVYT y del informe pericial del profesional a cargo de la terapia de la víctima. Es fiscal debe probar que las condiciones emocionales y personales de la víctima, concluyen la prescindencia de su declaración en juicio oral.

Tal solicitud puede efectuarse desde la formalización de la investigación hasta el inicio del juicio oral, debiendo el JG al admitir la prueba anticipada, citar a todos los intervinientes que tuvieren derecho a asistir en la audiencia de juicio oral, a la audiencia especial de declaración anticipada.

La investigación puede finalizar en la misma etapa, mediante la aplicación del archivo provisional, o la facultad para no iniciar la investigación, las que deben adoptarse bajo circunstancias sumamente rigurosas.⁹⁵

1.7.- Medidas de Protección:

El fiscal junto a URAVYT, adoptarán las medidas de protección que sean necesarias y pertinentes en beneficio del NNA víctima del delito, ello emanado de la obligación de protección establecida en la CPR, que obliga al MP a proveer las medidas necesarias para la protección de la víctima y su familia. Debemos distinguir entre aquellas medidas que no requieren de autorización judicial previa y las que si la requieren.

⁹⁵ Siguiendo esa línea es que se señala en el Oficio 790-2008 sobre las facultades del MP para proceder al archivo provisional que “los fiscales deberán ser especialmente cuidadosos respecto de aquellos delitos que atente contra bienes jurídicos particularmente relevantes, tales como los que afecten la libertad o indemnidad sexual, [...] todos los cuales deben ser investigados hasta agotar los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores [...]”. Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 790-2008 Instrucción General que imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación, el principio de oportunidad y la facultad para no iniciar investigación, dejando sin efecto los anteriores. Santiago, Chile 22 de diciembre de 2008. Pp. 2 y 3. Respecto de la facultad de no iniciar investigación el mismo art. 170 CPP establece que no podrá aplicarse cuando se trate de delitos cuya pena mínima asignada excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, de 61 a 540 días, sumado a las penas establecidas para los delitos sexuales contra menores en el Código Penal Chileno, no procedería los requisitos para la aplicación de esta facultad.

1.7.1.- Medidas de Protección que No requieren Autorización Judicial:

Son aquellas medidas adoptadas para el resguardo de la víctima, siempre que no implique la privación ni restricción de los derechos del imputado. Debido a lo anterior, y en conformidad al art. 6 en relación a los artículos 307 y 308 del CPP, el fiscal puede mantener reservada la identidad de la víctima y sus antecedentes personales, debiendo adoptar las providencias que garanticen el resguardo de la intimidad a lo largo del proceso penal.

Sin embargo, sólo podrán aplicarse estas medidas, cuando se trate de casos graves y calificados. Según manifiesta la abogada, María Angélica San Martín Ponce⁹⁶, “[a] nuestro entender las declaraciones de NNA, siempre debiesen prestarse usando salas especiales para ello o, al menor, un circuito cerrado de televisión, lo que permite sustraerlos del ambiente intimidatorio y victimizante, representando por la sala de audiencias, donde se lleva a cabo el juicio oral.

Dicho sistema debería establecerse por ley, con especial indicación de las circunstancias de su implementación, puesto que la situación actual, con los amplios márgenes de discrecionalidad judicial, no siempre ha dado resultados satisfactorios; así podemos citar a modo ejemplar lo resuelto por el 4º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC Nº 1100479935-8, que si bien en principio otorgó el circuito cerrado, lo hizo con la condición que hubiese contacto visual entre el imputado y defensor con el niño, lo que quitaba el efecto protectoral perseguido, por lo que la fiscal del caso interpuso recurso de reposición, resolviéndose finalmente por el Tribunal que el niño debía declarar como cualquier testigo. A raíz de dicha resolución, la fiscal decidió no presentar como prueba el testimonio del niño, terminando el juicio con veredicto absolutorio.”⁹⁷

1.7.2.- Medidas de Protección que requieren Autorización Judicial:

Son aquellas medidas contempladas en el art. 372 ter del CP, consistente en la solicitud del fiscal al JG ya sea: 1) la sujeción del agresor a la vigilancia de una institución; 2) prohibición

⁹⁶ Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

⁹⁷ SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. 2014 Medidas de Protección para Niños, Niñas y Adolescentes víctimas o testigos. Una cuestión de Principios. Revista Jurídica del Ministerio Público, Nº 59. Pp., 187.

de visitar el domicilio; 3) oficina o establecimiento educacional del ofendido; 4) orden de restricción de acercamiento y; 5) abandono del hogar.

También se puede determinar las medidas contempladas en el artículo 17 ter de la Ley Nº18.216, ante imposición de la libertad vigilada intensiva, como la prohibición de acercamiento, o de comunicarse con las personas relacionadas, así como obligación de cumplir programas formativos, de educación sexual, tratamiento de la violencia, entre otros y mantenerse en un domicilio determinado.

1.8.- Medidas de Protección en caso de NNA víctimas de delitos sexuales:

La Ley Nº 20.066⁹⁸ en su artículo 15 establece la facultad del juez penal de decretar todas las medidas cautelares necesarias para la protección del menor y su familia, haciendo referencia a aquellas establecidas en la Ley de Tribunales de Familia, contempladas en el art. 72⁹⁹, cuyo objeto es la protección de la víctima y su núcleo familiar, como la integridad y subsistencia patrimonial.

Tales medidas consisten en: (I) prohibición de acercamiento a la víctima y a su residencia; (II) asegurar la entrega de efectos personales a la víctima para que no deba regresar al hogar común; (III) prohibición de celebrar actos y contratos; (IV) las establecidas en el artículo 71 de la misma ley cuando se trate de proteger a NNA y se cumplan con los requisitos legales.

Las medidas del artículo 71, son de carácter especial, en virtud de su radicalidad. Detallando las medidas, podemos señalar: 1) la entrega inmediata a los padres o quien tenga su custodia; 2) confiar el cuidado a una persona o familia en casos de urgencia; 3) ingreso a familias de acogida o de centros de diagnóstico o residencia del SENAME; 4) suspensión de una o más personas a mantener relaciones directas y regulares con el NNA; 5) disponer la concurrencia del NNA, sus padres o persona que tenga su cuidado a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación y; 6) la internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado según corresponda, cuando su vida esté en riesgo.¹⁰⁰

⁹⁸ CHILE, Ministerio de Justicia, 2005. Ley Nº20.066: Ley de Violencia Intrafamiliar. 7 de octubre de 2005.

⁹⁹CHILE Ministerio de Justicia, 2004. Ley Nº19.968: Crea Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.

¹⁰⁰ CHILE Ministerio de Justicia, 2004. Ley Nº19.968: Crea Tribunales de Familia. 30 de agosto de 2004.

Las medidas anteriormente señaladas, podrán ser solicitadas por el fiscal al JG, cuando se encuentren en conformidad a la evaluación del riesgo del URAVIT.¹⁰¹

En contextos de VIF, y ante el rechazo de las medidas solicitadas, el fiscal tiene la obligación de poner en conocimiento de dicha situación al Tribunal de Familia, pudiendo solicitar las medidas pertinentes para su protección.

2.- Etapa Intermedia o de Preparación de Juicio Oral:

La etapa intermedia se compone de la acusación por parte del Ministerio Público y la audiencia de preparación de juicio oral. La primera consiste en una etapa escrita, en la que se formula la acusación, y puede proceder la adhesión a la acusación del fiscal o la acusación particular y demanda civil.

El JG controla la formalidad y validez de la acusación junto con la pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes en juicio.

La acusación se debe presentar ante el juez de garantía dentro de los 10 días siguientes a la declaración del cierre de la investigación, y debe señalar concretamente los delitos y participación que se le atribuye al agresor, la pena que se quiere aplicar y los medios de prueba que se harán valer en juicio. Posterior a ello, el JG en el plazo de 24 horas debe ordenar la notificación de la acusación a los intervinientes y citar a audiencia de preparación de juicio oral para día y hora determinado.

2.1.- Medidas de publicidad en las audiencias desarrolladas en el marco de investigaciones que afecten a NNA: A la luz del art. 289 del CPP, puede el fiscal solicitar algunas de las medidas contempladas en el artículo señalado, tanto al JG o al TOP, a efectos de proteger la intimidad, honor o seguridad de la víctima. Se puede solicitar la salida de personas determinadas (por ejemplo, del imputado cuando declare el NNA), prohibición de dar

¹⁰¹ El mismo artículo 15 de la Ley VIF, hace referencia al artículo 7 de la misma, el que define la situación de riesgo, la que consiste en la denuncia de VIF o que haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

información u opiniones a los medios de comunicación social durante la audiencia, impedir el acceso de determinadas personas a la sala de la audiencia, etc.

2.2.- Solicitud de la defensa de realizar pericias a la víctima a la luz del artículo 320 del

CPP: Tanto en esta etapa como en la de investigación, puede la defensa proceder a solicitar que la víctima, sea periciada a la luz del artículo 320 del CPP, que permite solicitar las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su prueba, o para cualquier otro fin pertinente. Ante este caso, se ha instruido a la fiscalía oponerse. En caso de que el JG acceda a dicha petición, debe informar a la víctima que no es obligación su asistencia en la diligencia respectiva, debiendo ejercer las acciones constitucionales respectivas en caso de apercibimiento.

El fiscal debe fundamentar sus alegaciones en la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°1 de la CPR, protección a la integridad psíquica y física,¹⁰² así como considerando el rol que tiene la víctima en el proceso penal. Del tenor literal del art. 320, la solicitud puede hacerse respecto de objetos, documentos o lugares, lo que manifiestamente es contradictorio a la calidad de interviniente de la víctima y su naturaleza de persona.¹⁰³ A ello debe sumarse, la oportunidad procesal para que la defensa debata la prueba del MP, la cual procede en juicio oral.¹⁰⁴ De hecho, en caso de que el JG admita tal diligencia, la víctima no está obligada a comparecer en ella, y en caso de apercibimiento, se pueden deducir las acciones constitucionales que correspondan.¹⁰⁵

Es destacable señalar, que en relación a la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, esta salida alternativa puede proceder cuando (I) los hechos no impliquen a la víctima una afectación grave del bien jurídico protegido y no sea de conmoción pública, (II) cuando solo se vale de la declaración de la víctima, como medio probatorio y, se verifique la afectación de un daño significativo, lo que conllevaría a una mayor afectación si se prosigue con el juicio, previo informe psicológico que dé cuenta del daño y su proyección en la enfrentación del juicio. Todo esto con previa autorización del FR, tanto de la salida misma

¹⁰² Contemplado también en los artículos 6, 78 y 308 del CPP.

¹⁰³ Se puede invocar la obligación de los órganos del Estado de protección de los NNA en conformidad de la CIDN.

¹⁰⁴ En conformidad a los artículos 309 y 318 CPP.

¹⁰⁵ Siguiendo lo establecido en la CPR en su artículo 20, procede el recurso de protección ante la vulneración de las garantías establecidas en el art. 19 N° 1 (derecho a la integridad física y psíquica), 2, 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos), 4 (respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia), entre otros.

como de las condiciones a proponer y siempre deberá escuchar a la víctima y a sus representantes legales.¹⁰⁶

No se aplican los acuerdos reparatorios en virtud de la naturaleza del bien jurídico protegido, por lo que, siguiendo la misma línea, no se puede imponer como condición la de la letra e) del artículo 238, que es el pago de una suma de dinero a la víctima, sin embargo, mediante la letra h) del mismo artículo, procedería el establecimiento de un pago de un tratamiento psiquiátrico o psicológico en favor de la víctima, o cualquier pago asociado a un fin específico.¹⁰⁷

Las condiciones mínimas que el MP debe solicitar en la SCP, consisten en residir en un lugar determinado, abstenerse de frecuentar lugares donde vive, estudia o trabaja la víctima y su familia, y fijar domicilio conocido al MP, e informar cualquier cambio del mismo.

En casos de delitos sobre pornografía infantil, ya sea distribución, comercialización producción y almacenamiento, se encuentra expresamente prohibido solicitar la SCP.

Los procedimientos abreviado y simplificado podrán aplicarse siempre que concurren los requisitos legales, salvo que se trate de casos complejos o de conmoción pública, para los cuales se requerirá autorización previa del FR.

Finalizada la audiencia, el tribunal procede a dictar el auto de apertura de juicio oral en conformidad al artículo 277 del CPP, estableciendo el objeto de la acusación, tribunal competente, demanda civil si hubiere, individualización de las personas citadas al juicio oral, y en especial, los hechos que se dieren por acreditados y las pruebas que deberán rendir ello incluye testigos, peritos y víctimas que van a declarar, el contenido de su declaración y su individualización completa.

3.- Juicio Oral:

Es la tercera y última etapa del procedimiento, en la que se resolverá definitivamente el conflicto penal.

¹⁰⁶ Ministerio Público (2015) Oficio Fiscal Nacional N° 914-2015 Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales. Santiago, Chile 17 de Noviembre de 2015.

¹⁰⁷ Excepcionalmente puede aplicarse la letra e) para el pago de una suma indemnizatoria previa autorización del FR respectivo.

La importancia de esta fase, se debe a la declaración presencial del NNA menor de edad, como el contexto y condiciones en las que se lleva a cabo.

El Oficio N°258/2010 Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre el juicio oral, señala que toda víctima tiene derecho a ser oída como interviniente en el proceso penal, pudiendo actuar a su vez, como testigo en el juicio, en especial si presencié los hechos constitutivos de delito de la acusación. A efectos de dar protección, en casos calificados, atendiendo la gravedad del delito y el estado emocional de la víctima, se puede proceder a la utilización de mecanismo de protección durante la declaración en juicio oral, evitando el contacto visual entre la víctima y el público, como con el imputado. Tales medidas consisten en la declaración en circuito cerrado de televisión, biombos, salas Gesell, entre otros.

Es obligación del fiscal a cargo solicitar la utilización de las salas especiales de los TOP para la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales, salvo que excepcionalmente sea oportuna otra medida de protección, caso en el que se debe consultar y dejar constancia, de la opinión de la víctima y/o representante y URAVIT.

No procede la remisión condicional como pena sustitutiva, contemplada en la Ley N° 20.063, si se sentencia condenatoriamente por los delitos de estupro, abusos sexuales de cualquier tipo, corrupción de menores, pornografía infantil (producción, comercialización, distribución) y prostitución infantil.

Para finalizar debemos señalar explícitamente que la CIDN obliga a los Estados partes a adoptar *“todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.¹⁰⁸

A ello debe sumarse el principio del interés superior del Niño, derecho a ser oído, aplicación de derechos, su derecho de opinión y a expresarse libremente, en virtud de su calidad de interviniente del proceso penal, lo que no se cumple, pues sólo se establecen las diligencias para protegerlo como objeto de prueba, no como sujeto de derechos. Deriva de la aseveración

¹⁰⁸ ONU, 1989. Convención Internacional de los Derechos del Niño. Aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 19.

anterior, la victimización secundaria, pues se superpone el objetivo de la investigación antes que la protección misma de la víctima.

Especificando lo anterior, al ingresar el NNA víctima de delitos sexual al proceso judicial, sufre perjuicio económico al asistir a las instancias procesales, recibe un trato inadecuado por parte de los funcionarios, debe hacer forzosas esperas, enfrentar la poca prioridad de sus intereses en virtud de la institucionalidad del proceso, la posibilidad de enfrentarse al agresor, falta de atención e información a lo largo del proceso, lo que se acentúa con el escaso conocimiento que tiene respecto de las etapas procesales o la relevancia de su relato, entendiendo finalmente, que simplemente no le creen, en virtud de todas las pruebas que deben realizarle.

Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

A modo de síntesis debemos destacar, el esfuerzo realizado al respecto por parte de la Corte Suprema, la que conforme al Acta N° 79-2014 de fecha 3 de junio de 2014, establece el Auto Acordado que regula la implementación y uso de una sala especial para la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito, la que dispone en conformidad a su artículo primero respecto del ámbito de aplicación que todos los jueces de los TOP deberán disponer como medida de protección el uso de la sala especial para la toma de declaración de los NNA. *“Que con miras a contribuir a la mejor ejecución de dicha normativa y la consecución de los fines buscados con ellas, se hace necesario reforzar las actuaciones que despliega actualmente la jurisdicción mediante la incorporación de prácticas que propicien, respecto del niño, niña o adolescente, la generación de un entorno facilitador de la libre expresión del declarante, que morigere su sobrexposición y que evite la generación de ambientes que puedan percibirse como hostiles, en términos de promover adecuado a su especial condición.”*¹⁰⁹

¹⁰⁹ PODER JUDICIAL, Corte Suprema. Acta N° 79 – 2014, Auto Acordado que regula la implementación y uso de una sala especial para la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito. Pp.2.

A modo de conclusión, podemos responder la interrogante sobre cómo se aplican las medidas de protección¹¹⁰ que se han adoptado por el ordenamiento jurídico nacional, para resguardar la protección de los NNA víctimas de delitos sexuales, durante el procedimiento penal. Se puede decir, que la forma de aplicación de las medidas de protección, si bien se encuentran algunas estandarizadas, no se aplican como regla general a todos los casos, pues como bien se señala en Informe Anual de Derechos Humanos de 2014¹¹¹, *“la falta de protocolos es un problema extendido. En el caso de NNA víctimas de delitos sexuales, cada institución involucrada posee sus propios protocolos, e incluso dentro de la misma institución su aplicación varía.”*¹¹²

Las directrices dadas por el Oficio N° 914 – 2015 del Ministerio Público, establece como objetivo la de evitar la reiteración de declaraciones de forma innecesaria, sin embargo, en el estudio realizado por el INDH, se identificaron por lo menos 8 instancias en las que debe dar nuevamente su relato. Tales instancias consisten en: 1) la develación del delito, es decir, la primera vez que manifiesta expresamente a otra persona la vivencia de la agresión sexual, consistiendo normalmente en una persona de su afecto; 2) la denuncia, la que como bien se señaló puede realizarse ante Carabineros de Chile, SML, en un Centro Asistencial de Salud o directamente al MP; 3) la declaración ante el fiscal a cargo, quien decide y autoriza la realización de peritajes físicos, sexológicos y/o psicológicos; 4) en el SML mientras se realiza el peritaje. 5) *Si el fiscal considera que los antecedentes que él ha recabado no constituyen la necesidad de realizar un juicio, el proceso llega hasta esa instancia, sin que el NNA reciba ningún tipo de atención psicológica u otro apoyo institucional.*¹¹³

¹¹⁰ Recordar el concepto de medidas de protección aplicado en el presente trabajo: “todos aquellos actos jurídicos normativos, procesales e institucionales tendientes a la protección de sus derechos como víctima, víctima de delitos sexuales y como menor de edad, sujeto de derechos, pero de especial protección”

¹¹¹ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 137 a 153.

¹¹² INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 149.

¹¹³ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 150.

A partir de las primeras entrevistas mencionadas en el párrafo anterior, y de los antecedentes que ellas provean, el fiscal presentará el caso ante un juez penal. Sin embargo, debe decidir si deriva al NNA a Tribunales de Familia.

En este último caso, el fiscal a cargo debe decidir si se deriva al NNA a Tribunales de Familia (6). Si lo hace, se abren dos posibilidades. La primera, que se notifique al juez/a de familia para que decrete medidas de protección (6.1). Esto implica que puede ser citado/a de forma paralela ante el Tribunal de Familia y los tribunales penales, lo que propende a su victimización secundaria. La segunda posibilidad, es que el juez/a de familia, ante la afectación psicológica y necesidad de protección del NNA, derive a Programas de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) y/o a terapia reparatoria (6.2). Ambas posibilidades implican nuevas entrevistas por nuevos profesionales y especialistas. Mientras que, por el lado del proceso penal, la víctima continuará hacia la preparación del juicio (7) y el juicio en sí mismo (8).¹¹⁴

Entendiendo el concepto de medidas de protección, como todos aquellos actos jurídicos normativos, procesales e institucionales tendientes a la protección de sus derechos como víctima, víctima de delitos sexuales y como menor de edad, sujeto de derechos, pero de especial protección, y dándole un sentido y alcance un poco más acotado, *“aquellas que, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio o aún antes de su inicio, son decretadas por el juez para dar una efectiva solución y restaurar el imperio del derecho frente a acciones u omisiones que atenten, amenacen o vulneren los derechos y garantías fundamentales de los niños, niñas o adolescentes, todo ello en el marco de la aplicación jurídica y fáctica de la doctrina de la protección integral del menor y su principio rector del interés superior del niño.”¹¹⁵*

De lo anterior podemos concluir que las medidas de protección aplicadas durante el proceso penal respecto de NNA víctimas de delitos sexuales son, en la práctica, insuficientes e inadecuadas en relación al protocolo teórico del MP.

¹¹⁴ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 150

¹¹⁵ SEURA Gutiérrez, Cristian Manuel. Las Medidas de Protección al Niño, Niña o Adolescente en el ámbito de la Violencia Intrafamiliar, desde la perspectiva del Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Maricruz Gomez de la Torre Vargas. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile 2008. pp.52.

CAPITULO 3.- Instituciones intervinientes del Procedimiento Penal cuya obligación es proteger al Menor Víctima de Delitos Sexuales

Para poder comprender con mayor profundidad la vulneración de los derechos de los NNA víctimas de delitos sexuales, junto con la inadecuación de las disposiciones respecto de la protección de los mismos, es menester preguntarse ¿cuáles son las instituciones que intervienen en el proceso penal cuya obligación es proteger a las víctimas (NNA de delitos sexuales)? Por lo mismo, debemos identificar el deber de protección de dichas instituciones para con las víctimas.

Consecuentemente con la interrogante anterior, es necesario graficar los derechos de la víctima con antelación al señalamiento del deber de protección de las instituciones.

1.1.- Derechos de las Víctimas en el Proceso Penal:

1. Que los fiscales, jueces y policía la reciban y atiendan.¹¹⁶
2. Recibir un trato digno conforme a su condición de víctima.¹¹⁷
3. Denunciar ante los Tribunales, Fiscalía y Policías.¹¹⁸
4. Interponer querrela a través de un abogado.¹¹⁹
5. Ser informada sobre el curso y resultado del procedimiento, las diligencias y actuaciones realizadas en el mismo.¹²⁰
6. Ejercer acciones tendientes a perseguir la responsabilidad civil del hecho ilícito.¹²¹
7. Solicitar medidas de protección al MP frente a hostigamientos, amenazas o atentados contra suya o su familia.¹²²

¹¹⁶ Art.6 y 109 CPP.

¹¹⁷ Art. 6 inciso 3º CPP.

¹¹⁸ art. 173 CPP.

¹¹⁹ art. 109 letra b) y 111.

¹²⁰ art. 78 letra a) y 137 CPP

¹²¹ art. 59 y art.109 letra c) CPP.

¹²² Art. 6 inciso primero y art. 109 letra a) CPP, complementado con el artículo 78 del CP que impone el deber del Ministerio Público de proteger a la víctima y su familia.

8. Reparación, obteniendo la restitución de cosas hurtadas, robadas o estafadas.¹²³
9. Reparación: los fiscales promuevan cualquier medida tendiente a facilitar o asegurar la reparación del daño sufrido.¹²⁴
10. Ser informada sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.¹²⁵
11. Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa.¹²⁶
12. Ser oída, si lo solicitare por el fiscal, antes de solicitarse o resolverse la suspensión del procedimiento o su término anticipado.¹²⁷
13. Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.¹²⁸
14. Participar en el proceso, obteniendo de la policía, de los fiscales y de los organismos auxiliares, apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deban intervenir.¹²⁹
15. Asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso.
16. Reclamar ante las autoridades del Ministerio Público o el Juez que corresponda, frente a las resoluciones que signifiquen el término de su caso.¹³⁰

2.- Derechos de los Menores de Edad en conformidad a los Estándares Internacionales de Derechos Humanos (ratificados por Chile):

1. *Derecho a expresar su opinión y de ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo, teniendo la debida consideración de su edad y madurez. Así se*

¹²³ Art. 59 CPP.

¹²⁴ Art. 6 inciso segundo CPP

¹²⁵ art.78, letra c) CPP.

¹²⁶ Art. 109 letra f) CPP.

¹²⁷ Art. 109 letra d) CPP.

¹²⁸ Art. 109 letra f) en relación al art. 12 CPP.

¹²⁹ Art. 6 y. 78 CPP.

¹³⁰ art.167 y 170 CPP.

establece en la CIDN en su artículo 12, y en el artículo 21 de las Directrices del 2005 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, refiriéndose a que los niños pueden expresar libremente su opinión sin influencias ni presiones, siendo optativo ejercer este derecho. *“Los NNA no se encuentran obligados/as a dar su opinión. Por lo mismo, cuando se investiguen acontecimientos dañinos, “[e]l niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria [...] El proceso de ‘escuchar’ a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño”.* (párr. 24 OG N° 12,2009).”¹³¹

2. *Derecho a participar en los procesos judiciales y el respeto de sus garantías procesales.* Así se confirma tanto en el PIDCP “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley [...]”¹³²
3. *No ser sujeto de ningún delito sexual, ya sea prostitución, pornografía, violación, entre otros.*
4. *Derecho a solicitar medidas necesarias de protección ante situaciones en que sea vulnerado, como el abuso sexual.* Este derecho debe analizarse en relación a los establecidos los tres puntos anteriores, pues en conformidad a la postura manifestada en el Protocolo Facultativo de la CIDN relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, es obligación de los Estados Partes adoptar las medidas de protección necesarias para resguardar los derechos de los NNA en todas las fases del proceso. Ello de suma importancia pues reconocer *“la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos.”*¹³³

¹³¹ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 141.

¹³² Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³³ Resolución Asamblea General A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en Vigor: 18 de enero de 2002.

Siguiendo esta misma línea de ideas, se manifiesta en las Directrices, que, al respetar tales derechos, se puede expresar libremente su opinión, o decidir no hacerlo, sin que ello signifique una renuncia a su derecho a la protección o acceso a la justicia.

5. *Derecho a ser informado.* En este en específico, a ser informado de forma adecuada, que el conducto de obtención de información sea en un formato adaptado a su edad y madurez.¹³⁴
6. *Derecho a un trato digno y comprensivo:* se refiere a que todo contacto con funcionarios, sin importar el objetivo o la finalidad, debe hacerse a través de profesionales que cuenten con “[...] *la capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con el objeto de proteger a los [NNA] [...] tratarlos con efectividad y sensibilidad.*”¹³⁵
7. *Protección especial del Estado ante situaciones en las que se encuentra privado de su ambiente familiar.*¹³⁶ Es el derecho de solicitar medidas preventivas especiales y de protección, obligación prescrita en la normativa nacional, como vimos anteriormente, y en la internacional, tanto en la CIDN, como en el Protocolo Facultativo, en las Directrices, entre otros.
8. *Derecho a no ser objeto de intromisiones en su vida privada, domicilio o correspondencia.*¹³⁷ Es la obligación de resguardar la vida privada y la intimidad del menor, derecho expresamente reconocido en nuestra CPR, como en el artículo 16 de la CIDN y de forma más concreta al tema que investigamos, las Directrices del 2005, afirman que se puede garantizar la intimidad del NNA, mediante la sujeción a estricta confidencialidad y restricción de acceso a la información o su divulgación, lo que incluiría “*restricciones a la exhibición del niño/a (aparición excesiva en público), o la transmisión de imágenes o contenidos directos de su declaración, siendo una*

¹³⁴ Artículo 13 CIDN.

¹³⁵ Artículos 10 al 14 de la Resolución Asamblea General A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en Vigor: 18 de enero de 2002.

¹³⁶ Art. 20 CIDN.

¹³⁷ Tiene relación con la solicitud de reserva que se puede hacer respecto de su identidad para los medios de comunicación durante el proceso penal.

alternativa excluir al público y medios de comunicación de la sala de audiencia, mientras el NNA entrega su testimonio (párrf.28).¹³⁸

9. Protección contra los malos tratos por parte de los padres o persona que tenga su cuidado, y establecer medidas preventivas como de tratamiento de recuperación.
10. Derecho a salud y servicios médicos, en especial en materias de primera infancia, cuidados preventivos, y disminución de la mortalidad. El Estado debe de otorgarles las medidas de salud necesarias para abolir el tratamiento tradicional.

Tales derechos no son excluyentes, sino que se compatibilizan y complementan entre ellos. Habiendo señalado lo anterior es menester detallar brevemente las instituciones que tiene el deber de proteger a las víctimas de delitos sexuales menores de edad.

3.-Intervinientes en el proceso penal cuya obligación es proteger al menor víctima de delitos sexuales:

3.1.- Tribunales en materia de Familia:

Los Tribunales de Familia tiene la jurisdicción única, especializada y concentrada en todos los asuntos relacionados con la familia. Para el presente trabajo, es importante destacar la intervención de éstos y la competencia en los procesos judiciales que afecten a los NNA, especialmente en todos los asuntos, que en conformidad al art. 30 de la Ley de Menores, el artículo 62 de la Ley Nº16.618 o ante cualquier acto de VIF, requieran de la adopción de una medida de protección en beneficio de un NNA en cualquier asunto en donde sus derechos se vean vulnerados.

Dicho lo anterior, se le encomienda específicamente el deber de otorgar las medidas de protección que sean necesarias para el resguardo de los derechos de los NNA, lo que es de suma importancia, puesto que, considerando el 70% de los casos de abusos sexuales son cometidos por conocidos o familiares de la víctima, tiene la facultad de designar a un curador ad litem, quien asume su representación legal, ante casos en donde el menor no tenga un representante legal, o el adulto responsable de su cuidado es el imputado, o cuando los intereses del menor sean contradictorios a los de su familia o adultos significativos.

¹³⁸ Resolución E/2005/INF/2/add. 1, del 22 de julio de 2005 aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

3.2.- Tribunales en materia Penal:

3.2.1.- Juzgados de Garantía.

El JG es un órgano jurisdiccional letrado y unipersonal, cuya competencia se encuentra establecida por la ley penal, reconocida desde el inicio de la investigación hasta el término de la etapa intermedia, con la dictación del auto de apertura del juicio oral.

Dentro de las atribuciones que le competen conforme al CPP, en relación a la protección de los NNA víctimas de delitos sexuales, se encuentran:

1. *Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal.*¹³⁹
 - a. Debe exhibirse, en el recinto del JG, un cartel al público que señale los derechos de las víctimas, dispuesto en un lugar destacado y público, a efectos de resguardar sus derechos, en armonía con lo establecido en el artículo 137 del CPP.
 - b. Para asegurar los derechos de la víctima, resuelve respecto de:
 - i. Autorización judicial previa de cualquier solicitud del MP para actuaciones que priven, restrinjan o perturben derechos de los intervinientes.
 - ii. Autorización de diligencias de carácter urgente e impostergable. Como lo son las realizadas en el SML, para los peritajes en casos de violación.
 - c. Recepcionar la querrela por parte del delito en los casos de delitos de acción privada o de acción pública previa instancia particular.
2. *Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de acuerdo a la ley procesal penal.*
Entre tales audiencias, considero importante señalar:
 - a. Audiencia para decretar o modificar o revocar prisión preventiva.¹⁴⁰
 - b. Audiencia de formalización de la investigación.¹⁴¹

¹³⁹ En conformidad al art. 70 CPP y 80 A inciso 3º CPR.

¹⁴⁰ Art.142, 144 y 145 inciso 2º del CPP.

¹⁴¹ Art. 232 CPP.

c. Audiencia de resolución sobre solicitud de suspensión condicional del procedimiento.¹⁴²⁻

En relación a la resolución de la SCP, la que consiste en la decisión de suspender la investigación criminal, justificándose en la ausencia de antecedentes penales previos del imputado y del delito cometido, es decir, se renuncia a la pretensión punitiva en virtud de que el imputado no presenta un patrón de conductas criminológicas.¹⁴³

Con la SPC, el juez de garantía suspende la investigación por el plazo mínimo de un año, subordinado al cumplimiento de condiciones impuestas por el juez. Entre tales condiciones, en conformidad al estudio sobre Violencia de Género y Administración de Justicia¹⁴⁴, las condiciones mayormente impuestas por el juez en sede penal, consisten en el abandono del hogar común y la prohibición de acercamiento a la víctima, siendo su aplicación el 58,1%. Respecto del 41,9% restante, consiste en la aplicación de combinaciones entre las medidas señaladas y el resto.

Las combinaciones más frecuentes consisten en: (I) fijar domicilio y prohibición de acercamiento a la víctima (47%); (II) prohibición de acercamiento, fijación de domicilio y tratamiento y; (III) firma y prohibición de acercamiento. Los últimos dos puntos corresponden cada uno a 9,4% de los casos registrados.

De suma importancia, respecto del punto 3.3 siguiente, señala expresamente el estudio que de la *“revisión de las 148 carpetas de cinco distintas fiscalías da cuenta que, en el proceso de definición de las condiciones, no aparecen las voces de las víctimas. De acuerdo a la información recabada, no se puede establecer si hubo o no comunicación o entrevistas con ellas para preguntarles sobre los hechos denunciados, la salida propuesta por la fiscalía y las condiciones a fijar.”*¹⁴⁵

¹⁴² Art. 245 CPP.

¹⁴³ De ello, infiere el ordenamiento, de que no se vislumbra la posibilidad de reiteración del delito, podría decirse que fue un hecho excepcional de solo una vez.

¹⁴⁴ CASA B., Lidia. RIVEROS W., Francisca., VARGAS P., Macarena. 2012 Violencia de Género y la Administración de Justicia. Con la colaboración de Paula Luque C, Angie Olguín, Antonio Poveda y Alejandro Guajardo. Servicio Nacional de la Mujer. Santiago de Chile.

¹⁴⁵ CASA B., Lidia. RIVEROS W., Francisca., VARGAS P., Macarena. 2012 Violencia de Género y la Administración de Justicia. Con la colaboración de Paula Luque C, Angie Olguín, Antonio Poveda y Alejandro Guajardo. Servicio Nacional de la Mujer. Santiago de Chile.

Es preocupante que, dentro de las condiciones establecidas, se encuentre la de acreditar por parte del imputado el cumplimiento de las medidas, es decir, se impone una condición genérica que no da cuenta del efectivo cumplimiento de las otras decretadas.¹⁴⁶

d. Audiencia de resolución sobre sobreseimiento definitivo, temporal o de comunicación de no perseverar el procedimiento.¹⁴⁷ Tiene mayor relevancia en aquellos casos en que la defensa solicita el sobreseimiento definitivo, en virtud del art. 369 CP, respecto del perdón del ofendido, en donde debe el JG, a solicitud del fiscal, cita a la víctima a la audiencia, para que sea escuchada directamente por el juez, en virtud de su derecho contemplado en la letra e) del 109 del CPP, consistente en su derecho a ser oída, en concordancia con su facultad de impugnar dicha sentencia, aun cuando no hubiere intervenido en el proceso.¹⁴⁸

e. Audiencia de preparación del juicio oral.

f. Audiencia de juicio en procedimiento simplificado y por delito de acción privada.

3. *Resolver la solicitud del MP de medidas de protección y otorgarlas eventualmente, a las víctimas:*

a. Las contempladas en el art.372 ter del CP, cuando sea indispensable por la situación de riesgo de la víctima o su familia:

i. Sujeción del agresor a la vigilancia de una institución.

ii. Prohibición de visitar el domicilio, oficina o establecimiento educacional del ofendido.

iii. Orden de restricción de acercamiento y abandono del hogar.

b. Determinar las medidas contempladas en el artículo 17 ter de la Ley N°18.216, ante imposición de la libertad vigilada intensiva, tales como:

i. Prohibición de acercamiento.

¹⁴⁶ Se analizará con mayor profundidad en el capítulo 4.

¹⁴⁷ Art. 249 del CPP. P.123.

¹⁴⁸ Art. 109 letra f) CPP.

- ii. Prohibición de comunicarse con las personas relacionadas.
- iii. Obligación de cumplir programas formativos, de educación sexual, tratamiento de la violencia, entre otros.
- iv. Mantenerse en un domicilio determinado.

Resulta preocupante que el trabajo de los tribunales, en materia penal y de familia, sea por separado. Lo anterior quiere decir, que la víctima es objeto de diligencias, actuaciones y peritajes por parte de ambas áreas, encontrándose en dos procesos judiciales paralelos por un mismo hecho.

3.2.2.- Tribunales Orales en lo Penal.

Es un órgano jurisdiccional, colegiado y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones conferidas por ley, desde el momento del auto de apertura del juicio oral hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Dentro de las atribuciones que le competen conforme al CPP, en relación a la protección de los NNA víctimas de delitos sexuales, se encuentran:

1. Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo las de competencia del JG.
2. Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición o de otras medidas cautelares.
3. Resolver todo incidente promovido en el juicio oral. Entre tales se encuentran:
 - a. Disponer, a petición de parte, de las medidas establecidas en el art. 289 CPP, para resguardar la privacidad de la audiencia. Dichas medidas son:
 - i. Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.
 - ii. Impedir el acceso al público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas.

- iii. Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.
- b. Disponer de medidas de protección para el testigo o víctima que debe declarar ante el TOP.¹⁴⁹ Ante situaciones graves y calificadas, el TOP puede disponer medidas especiales de protección para resguardar la seguridad del testigo o víctima que lo solicitare, cuya duración quedara a discreción del tribunal, así como su renovación. En caso de que el testigo sea menor de edad, sólo podrá ser interrogado por el presidente de la sala, debiendo, los demás intervinientes, dirigir sus preguntas por intermedio de éste.
- c. Disponer la aplicación de medidas especiales de protección para la declaración del NNNA víctima de delitos sexuales, como:
 - i. Declaración en una sala aparte con sistema de circuito cerrado de televisión.
 - ii. Declaración en una sala especial o Sala Gesell.
 - iii. Contar con perros de asistencia judicial durante el proceso penal.
 - iv. Declaración en la misma sala de juicio, pero con la separación a través de un Biombo.

Un dato relevante al respecto, en conformidad a la rendición de cuentas realizada por la Unidad de Apoyo de Justicia Procesal Penal, en la que Informa actividades realizadas por la Unidad de Apoyo a la reforma procesal penal, de fecha 9 de febrero de 2015, ante la Corte Suprema en conformidad al Auto Acordado en acta 237-2014 de fecha 30 de diciembre de 2014, se informa que durante el 2014 se implementaron 5 salas especiales con circuito cerrado y que durante el 2015 se implementarían 31 más, cosa que a la fecha no hay constancia de su implementación. Sin embargo, bajo ningún punto de vista, 36 salas especiales para la cantidad de NNA que deben declarar como víctimas o testigos, supera exponencialmente dicho número, dejando la insuficiencia de los servicios que la justicia puede brindar.

¹⁴⁹ Ello en conformidad al art.308 y del art. 310 del CPP.

3.3.- Ministerio Público.

El Ministerio Público, en conformidad a lo establecido en el capítulo VII de la CPR, junto con la LOCMP, Ley N° 19.640, establece que es un organismo autónomo e independiente de cualquier Poder del Estado, cuya función exclusiva es la de dirigir la investigación penal de hechos constitutivos de delitos, que determinen la participación y los que acrediten la inocencia del imputado, así como ejercer la acción penal pública en la forma prevista por ley como la adopción de medidas de protección para víctimas y testigos.

Tal organismo tiene una estructura jerarquizada de forma piramidal, encontrándose en la cúspide la Fiscalía Nacional, dirigida por el Fiscal Nacional, en segundo lugar, el Consejo General, luego los Fiscales Regionales y por último los Fiscales Adjuntos.

El Fiscal Nacional se encuentra en el nivel superior de la Fiscalía Nacional, encargado de la gestión y administración de la misma. Sus funciones esenciales consisten en (I) fijar criterios de actuación, mediante instrucciones generales, oyendo previamente al Consejo General, para el adecuado cumplimiento de los objetivos encomendados por la ley y la Constitución al Ministerio Público; (II) controlar el funcionamiento administrativo de las fiscalías regionales; (III) establecer criterios y políticas aplicables en materia de recursos humanos, administración financiera, y lo relativo al desarrollo y gestión institucional y; (IV) resolver las dificultades que se susciten acerca de la dirección de la investigación entre fiscales regionales, en el ejercicio de la acción penal pública y en la protección de víctimas y testigos.

Actividades a favor de la protección de las víctimas por parte del MP o Fiscales:

1. Dar un trato digno a la víctima en su condición de tal: ello tiene relación directa con el concepto de victimización secundaria¹⁵⁰, debiendo los fiscales evitar o intentar mitigar tal perjuicio. Lo anterior se confirma en el artículo 78 del CPP, que impone la obligación de facilitar la intervención en el proceso como la de evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que debiere soportar con ocasión a tramites del mismo.

¹⁵⁰ '[...] nuevo perjuicio patrimonial, físico, psicológico o moral a la víctima producto de su intervención en el procedimiento (victimización secundaria).' en CASTRO JOFRÉ, Javier. 2004 "La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso, Chile año 2004. (pp. 127 – 144) p. 132.

2. Entregar a la víctima información acerca del curso y resultado de la investigación, de sus derechos y de las actividades que debe realizar para ejercerlos:¹⁵¹ en virtud de esta obligación, debe el MP informar, al momento de la declaración de la víctima, los derechos del artículo 109 del CPP, dada su calidad de interviniente, -lo que le exime de la obligación de, necesariamente, otorgar mandato de patrocinio y poder a un abogado, cuando la investigación es desformalizada¹⁵². Siguiendo la misma línea, el derecho a ser oída antes de que se solicite la suspensión condicional del procedimiento o su término anticipado. Asimismo, la víctima tiene acceso a los registros de las actuaciones en el procedimiento que realicen las instituciones, siendo en este caso específico, el derecho a solicitar copia de la carpeta investigativa de su caso, a revisarla presencialmente y solicitar audiencia con el fiscal.

3. Ordenar de oficio, o solicitar a los tribunales, medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados: Este derecho, se encuentra consagrado en diversos cuerpos legales, imponiendo el deber de protección a distintas instituciones. De esta forma, se impone el deber de protección al MP, tanto en varios artículos del CPP,¹⁵³ encontrándose dentro de la categoría de principio básico del sistema procesal penal, como a nivel constitucional¹⁵⁴, y en la LOCMP en sus artículos 20 letra f) y 34 letra e), que consagran la existencia de divisiones de atención a víctimas en las fiscalías como respecto del artículo 17 letra c) de la misma LOCMP, en relación a la creación de unidades especializadas (en este caso la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar). Sin embargo, tal protección, no sólo queda conferida al MP, sino que también a los tribunales, en especial los de garantía, que deben cautelar los “derechos durante el

¹⁵¹ Art.78 CPP.

¹⁵² En palabras de Castro, “Cabe destacar que la víctima no necesita otorgar mandato de patrocinio y poder a un abogado para que se le entregue información, pues la etapa de investigación es desformalizada, en consecuencia, es improcedente imponer a la víctima la formalidad de comparecencia prevista en la ley 18.120. Lo anterior resulta reforzado por lo dispuesto en el inciso final del artículo 78, esto es, que si la víctima hubiere designado abogado, el MP estará obligado «también» a realizar a su respecto la actividad señalada en la letra a) del artículo 78.” CASTRO JOFRÉ, Javier. 2004 “La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso, Chile año 2004. (pp. 127 – 144) p. 133.

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Art.83 CPR.

procedimiento y comprende atribuciones precisas de protección¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ . “También se pueden aplicar a favor de la víctima las normas de protección de los testigos del artículo 308 y de limitación de publicidad de la audiencia de juicio oral [...]”¹⁵⁷.

Asimismo, el CPP encarga en su artículo 83, a las policías prestar auxilio a las víctimas sin necesidad de instrucción previa del fiscal –sin perjuicio de las instrucciones generales de los fiscales respecto de la forma en que deben cumplir dicha obligación¹⁵⁸- lo que es de suma importancia, puesto que son las primeras instituciones que generalmente, tienen el primer contacto con la víctima.

4. Informar a la víctima sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.
5. Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa: esta obligación se encuentra directamente relacionada con el derecho de participación de la víctima, mediante el cual participa en el proceso y ejerce control respecto de la actividad del MP. Lo anterior tiene importancia, pues constituye un contrapeso frente a las decisiones adoptadas por fiscalía, no sólo en la etapa de investigación, sino que también en la judicial. De esta forma, la víctima puede provocar la intervención del juez, en caso de que las autoridades del MP le hayan denegado sus solicitudes.

La obligación de oír a la víctima no se limita exclusivamente respecto de su opinión al cierre de la investigación, sino que se amplía de manera tal que permite la proposición de diligencias a realizar en la investigación por parte de la misma, solicitar la reapertura del proceso, así como reclamar ante autoridades superiores del Ministerio Público.¹⁵⁹

¹⁵⁵ CASTRO JOFRÉ, Javier. 2004 “La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso, Chile año 2004. (pp. 127 – 144) p. 131.

¹⁵⁶ Artículos 140 inciso final y 155 del CPP.

¹⁵⁷ CASTRO JOFRÉ, Javier. 2004 “La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso, Chile año 2004. (pp. 127 – 144) p. 132.

¹⁵⁸ Art.87 CPP.

Ahora bien, hay ciertas unidades especializadas de la FN, que debemos analizar con mayor atención, en primer lugar, la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar y la Unidad Administrativa denominada División de Atención a las Víctimas y Testigos, “que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.”¹⁶⁰

3.3.1.- Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar (USEXVIF):

En conformidad al Reglamento de Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional, en su artículo 26 establece que el objetivo de la USEXVIF es la de asesorar y colaborar con los fiscales que tengan a su cargo, la dirección de la investigación de delitos sexuales y aquellos cometidos entre os sujetos del art. 5 de la Ley N° 20.066, de acuerdo con las instrucciones dictadas por el FN.

Dentro de sus funciones específicas podemos destacar: (I) afianzar la relación existente entre el MP y la BRISEXME; (II) afianzar las relaciones existentes entre el MP y las entidades públicas y privadas encargadas de elaborar los peritajes de delitos sexuales y VIF; (III) crear una base de datos de los delitos sexuales y VIF con toda la información del procedimiento en el SAF y; (IV) llevar registro de resoluciones pronunciadas en procedimientos en materia de agresiones sexuales y VIF.

Su rol fundamental es la de establecer una política criminal, orientada a los delitos sexuales, en la forma en que son perseguidas por los fiscales, y asesorar en la misma materia, como en aquellas investigaciones que, por su complejidad, ameritan un mayor desarrollo y un análisis mucho más profundo, que requieren el apoyo de los abogados asesores y de los profesionales que integran esta Unidad. El deber de coordinación interinstitucional, a efectos de mejorar las condiciones en que las víctimas enfrentan los procesos.

Respecto de las mejoras en las condiciones que deben enfrentar los NNA víctimas de delitos sexuales durante el proceso penal, para lo cual se dictó el Oficio N° 914 / 2015, así como se dedica a una labor de capacitación y especialización en diversos funcionarios, desde fiscales hasta auxiliares de la investigación, como las policías, SML, SENAME, etc.

¹⁶⁰ Artículo 20 de Ley 19.640 LOCMP.

Los fiscales especializados capacitados por los programas de USEXVIF, han sido capacitados de forma integral, tanto en el área legal, como aspectos médicos y psicológicos necesarios para abordar de forma correcta a las víctimas como llevar debidamente el proceso.

3.3.2.- Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT):

Su objetivo es proponer, promover y supervisar las políticas y modelos, generales como especializados, de atención a las víctimas, a efectos de garantizar su protección y el ejercicio de sus derechos.

Esta división se encuentra constituida por un equipo interdisciplinario, integrada por abogados, psicólogos, sociólogos y asistentes sociales que funcionan en cada Fiscalía Regional, apoyando a los fiscales en las materias referidas a la atención y protección de víctimas y testigos.

El fiscal a cargo de una investigación de delitos sexual contra menores, debe coordinar la intervención de la URAVIT, a fin de evitar o disminuir cualquier perturbación que debiere soportar el NNA en virtud de las primeras actuaciones del proceso. De esta forma las URAVIT establecen mecanismos de intervención, apoyo y protección a las víctimas, aminorando de esta forma la victimización secundaria.

Dentro de sus funciones, en relación a la protección de NNA víctimas de delitos sexuales y considerando el modelo de intervención especializada en la materia¹⁶¹, podemos señalar las etapas:

- 1) **Acciones Iniciales:** contacto inicial destinado a recopilar información para la evaluación del riesgo, implementación de medidas de protección urgentes y necesarias de acuerdo al riesgo evaluado y determinación de la procedencia de intervención

¹⁶¹Al respecto señala el EX Fiscal Nacional, Sr. Sabas Chahuán Sarrás, en la Cuenta Pública 2015 de la Fiscalía de Chile en su Discurso Final: *“En el caso del modelo de intervención especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y/o en contexto de violencia intrafamiliar, su implementación ha permitido entregar una atención especializada, a estas particulares víctimas y a sus referentes protectores. Los denunciantes y los adultos protectores son contactados por los profesionales para evaluar su situación de riesgo en un plazo máximo de 3 días hábiles desde que llega la denuncia a la Fiscalía y se implementan las medidas de protección necesarias, se entrega orientación especializada y se deriva a la red pública o privada para el acceso a la atención psicológica o psiquiátrica.”* Pp. 18.

presencial de la URAVIT.¹⁶² Así como la entrega de información sobre el proceso penal. Se tiene un plazo de 72 horas para la realización de estas diligencias.

- 2) **Intervención especializada de la URAVIT:** su objetivo es profundizar la evaluación de riesgo inicial, mediante la realización de entrevistas u otras actividades psicosociales. Se debe analizar todos los factores de influencia y las características del delito, la víctima, imputado, adulto protector y la efectividad de las medidas empleadas inicialmente. Luego, junto al fiscal a cargo, se diseña una estrategia de protección, implementando medidas adicionales de protección.

Se evalúa la necesidad de intervención reparatoria, para su derivación a instituciones públicas o privadas. Se entrega orientación psicosocial en relación a los efectos de la victimización secundaria del NNA, contexto familiar, protección y reparación, como también orientación en materia penal, entregando información respecto de los derechos de las víctimas, medidas de protección, etapas del proceso, particularidades de la investigación y la relación con la Fiscalía.

- 3) **Seguimiento:** se puede efectuar de forma presencial o telefónica, y está destinado a evaluar el riesgo de retractación o manipulación del NNA, cumplimiento y efectividad de las medidas de protección, orientar sobre el estado de la investigación y su avance, junto con la coordinación de acciones con instituciones de la red proteccional.
- 4) **Preparación metodológica y acompañamiento en juicio oral:** se hace una evaluación respecto de las condiciones presentes para que el NNA pueda declarar en el juicio, realizando un informe dirigido al fiscal, donde se sugiere el tipo de preparación metodológica más apropiada junto con el análisis de la afectación emocional que podría implicar para el NNA declarar en juicio.

En caso de que proceda la declaración del NNA, se prepara mediante varias sesiones y se realizan visitas al tribunal para que se familiarice. A su vez, el profesional encargado acompaña al NNA al tribunal el día de la declaración.

¹⁶²SALDIVIA OYARZUN, Marlys, HUILCAREMA CABRERA, Danilo. 2015. Política Institucional y Modelos de Atención a Usuarios implementados por el Ministerio Público. Aspectos conceptuales, resultados de gestión e impacto en la satisfacción de usuarios. Revista Jurídica del Ministerio Público N° 63 MP, p. 54.

- 5) **Cierre de la atención:** cuando el profesional URAVIT determina que no hay más acciones de seguimiento a realizar, o en subsidio, al término del procedimiento

Es relevante manifestar, que el MP no se encuentra obligado por ley a poner en conocimiento a los Tribunales de Familia respecto de alguna situación de vulneración de derechos de los NNA, sin perjuicio de la obligación que tienen tales tribunales de informar al MP respecto de algún delito en el que esté involucrado un menor. Lo anterior conlleva, una falta de articulación entre ambas instituciones, provocando inevitablemente una dilación innecesaria de los juicios, así como un gasto innecesario de tiempo y recursos en la investigación y toma de decisión del asunto por parte de, los funcionarios de los tribunales, así como de los organismos auxiliares que pasamos a describir.

3.4.- Organismos Auxiliares:

3.4.1.- Policía:

Si bien en conformidad a lo establecido en el artículo 12 del CPP, es un órgano auxiliar o colaborador de la investigación dirigida por el Ministerio Público, la policía tiene relevancia práctica en terreno, a pesar de estar sujeta a la supervigilancia del Ministerio Público, en todas las actuaciones que ésta ejecute.

La Policía se encuentra constituida por Policía de Investigación y Carabineros de Chile, los últimos sólo podrán desempeñar tareas de investigación cuando así lo dispongan los fiscales, en cambio la PDI, es la auxiliar por excelencia del ministerio público en todos los actos investigativos. De hecho, Carabineros de Chile tiene un carácter subsidiario ante la Policía de Investigaciones, tanto a nivel legal como empíricamente en las investigaciones. De hecho, en conformidad al artículo 3 de la Ley N° 18.961, en que se señala que la misión esencial de Carabineros de Chile es desarrollar actividades tendientes a fortalecer su rol de policía preventiva, limitando su función legalmente de forma exclusiva a la prevención, lo que en relación a los artículos 4 y 5 de la LOCPDI, establecen las funciones de éstos, las que son de carácter bastante más amplio y específico respecto de la investigación de un delito y su rol en el proceso que la policía.

Ahora bien, para aquellos casos de mayor complejidad, en los que el fiscal debe dictar instrucciones que debe ejecutar la policía. Sin embargo, ello no obsta de la libertad de acción que tienen mayor autonomía, como son los casos de flagrancia, protección de víctimas,

recepción de denuncias, actuaciones voluntarias de testigos e imputados así como el sitio del suceso.¹⁶³

3.4.1.1.- Carabineros de Chile.

La misión de carabineros de Chile se centra en primera instancia en dar eficacia al derecho, en segundo lugar, garantizar el orden y la seguridad pública en todo el territorio nacional, y por último apoyar en el proceso de investigación liderado por el Ministerio Público de los delitos, aportando antecedentes científicos y criminalísticos.

Dentro de las actuaciones autónomas realizadas por Carabineros de Chile, se encuentra en llamado “Fono Niños de Carabineros 147”. Durante el año 2011, la línea de emergencia para menores recibió 15 llamados de denuncia de violaciones y 120 respecto de abusos sexuales, mientras que en el 2012 recibió 23 y 125 llamadas respectivamente. Lo anterior, conlleva a que en el 2013 se inaugurara la 35° Comisaría de Delitos Sexuales, cuya misión es la de investigar todos aquellos ilícitos de connotación sexual, efectuar actuaciones de prevención y brindar apoyo a las víctimas. De suma importancia es que tal unidad policial posee una sala “Gesell”, habitación especial para la toma de declaraciones de las víctimas.

3.4.1.1.1.- Fono Niño 147: otorgar atención telefónica durante las 24 horas del día todos los días de la semana, con la finalidad de orientar, informar y dar auxilio inmediato a todos los NNA en lo relativo a VIF, delitos sexuales, vulneración de derechos y todos los delitos que atenten contra la infancia.

3.4.1.1.2.- 35° Comisaría de Delitos Sexuales: unidad especializada de carabineros de Chile en materia de delitos sexuales, cuya misión es brindar auxilio, apoyo, orientación y contención a las víctimas de delitos sexuales, adoptando procedimientos especiales conforme a la ley y reglamentos, en la actuación y cursos de acción preventivos e investigativos oportunos y pertinentes en el marco de protección integral y seguridad de las víctimas.

En relación a lo anterior, la 35° Comisaría ha desarrollado una Guía de Auxilio, Apoyo y Contención de las Víctimas de Agresiones Sexuales durante el año 2015, que aún no se

¹⁶³ Artículo 83 del Código Procesal Penal.

encuentra institucionalizado,¹⁶⁴ para que sus funcionarios tengan una guía de actuación frente a este tipo de víctimas.

3.4.1.2.- Policía de Investigaciones.

En conformidad al artículo 4 de la LOCPDI, su función es la de investigar los delitos en conformidad a las instrucciones emanadas del MP, sin perjuicio de las actuaciones que por ley pueden efectuar autónomamente.

Les corresponde prestar auxilio a la víctima y recibir las denuncias del público. Dentro de su oferta programática encontramos a la JENAFAM, cuya finalidad es proteger la unidad familiar en el ámbito de delitos sexuales y vulneración de derechos de los NNA.

Las unidades especializadas que podemos encontrar en materia de delitos sexuales contra NNA son:

3.4.1.2.1.- Brigada Investigadora de Delitos Sexuales y Menores Metropolitana (BRISEXME): como bien señala su nombre se especializa en la investigación de delitos sexuales, mediante instrucción de Tribunales o del MP, como mediante sus atribuciones autónomas. Para cumplir con su labor, se organiza y cuenta con los siguientes servicios:

1. Equipos Investigativos de Delitos Sexuales: compuesto por Oficiales Policiales, encargados de realizar todas las diligencias emanadas de los Tribunales, MP, el Mando Superior y de las otorgadas a la PDI, mediante la CPR, leyes y reglamentos.
2. Equipo Investigativo Juzgados de Familia: cumplir con las instrucciones del Mando Superior como de los Tribunales de Familia en materias como órdenes de ubicar paradero, búsqueda y traslado compulsivo de los NNA afectos de medidas de protección.
3. Servicio de primeras diligencias 24/7: consiste en el servicio presencial los siete días de la semana, 24 horas al día, a efectos de cumplir con las primeras diligencias originadas por las denuncias de delitos sexuales, provenientes de la misma institución

¹⁶⁴ CARABINEROS DE CHILE, Prefectura Familia e Infancia, 35° Comisaria “Delitos Sexuales”, Guía de Auxilio, Apoyo, Orientación y Contención de las Víctimas de Agresiones Sexuales. 2015.

o del MP. Tienen el deber de acompañar y trasladar a la víctima al SML, servicios de emergencia y domicilio particular cuando corresponda.

4. Servicios de Guardia 24/7: coordinación de diligencias con el MP, 24 horas al día los siete días de la semana, como la toma de denuncia y la realización de exámenes sexológicos cuando corresponda.
5. Equipo de Entrevista Policial Forense NNA: al igual que los dos puntos anteriores, su atención es 24/7, y consiste en un equipo de oficiales cuyo grado académico es de psicólogo, contando con la especialización en “Entrevista Policial Forense en Delitos Sexuales y Violentos” de la Pontificia Universidad Católica de Chile, debiendo realizar las entrevistas a los NNA víctimas de agresiones sexuales, considerando los aspectos psíquicos, físicos y mentales de NNA.
6. Sala Gesell: consiste en una sala espejo para la realización de entrevistas de los NNA, que cuenta con los medios tecnológicos para la videograbación de la misma.

3.4.1.2.2.- Departamento de Apoyo y Acción Comunitaria (DACOM): creado en julio de 2002 con la finalidad de fortalecer la relación de la PDI con la comunidad, mediante la difusión, información, educación y prevención de la población a través de la entrega de herramientas de seguridad por parte de una asistencia policial especializada y profesionalizada.

Tal actividad se efectúa mediante la realización de charlas educo-preventivas en materia de Delitos Sexuales y materias relacionadas como sobre ESCNNA, convivencia escolar, trata de personas entre otros. Dichas charlas se efectúan a lo largo de todo el país y se encuentran dirigidas tanto a padres y apoderados, como a profesionales de la educación e interinstitucional y NNA de diversas edades.

3.4.1.2.3.- Instituto de Criminología (INSCRIM) Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS Metropolitano): centro dependiente del instituto de criminología de la PDI, cuyo objetivo es la asistencia integral a las víctimas de agresiones sexuales, labor educacional preventiva, investigaciones científicas y realización de peritajes junto con la capacitación y formación de especialistas.

Para la consecución de su misión, CAVAS cuenta con tres áreas de ejecución, el área pericial, área reparación y área de evaluación pericial de imputados. Para efectos de este trabajo y capítulo nos abocaremos sólo a las primeras dos.

3.4.1.2.3.1.- CAVAS Área de Reparación:

El objetivo principal consiste en otorgar una respuesta gubernamental mejor en materia de violencia sexual, “mediante la aplicación de un conocimiento especializado e interdisciplinario, que permita prevenir y reparar los efectos psicosociales negativos provocados por los procesos de victimización primaria y secundaria, asumiendo un compromiso activo con la protección de los derechos de indemnidad y libertad sexual de niños, niñas, adolescentes y adultos de nuestra sociedad.”¹⁶⁵

Se ha desarrollado tres líneas de acción al respecto, la primera consiste en un conjunto de iniciativas relativas a la atención integral de las víctimas, tendientes a la reparación de la victimización secundaria, seguido por una línea de trabajo orientado a la producción y difusión de conocimiento especializado para la formación de profesionales expertos en la materia y, por último, junto con la colaboración con la administración de justicia, la producción de informes técnicos que dan cuenta del daño psicosocial resultado del delito.

Sus objetivos específicos consisten en: (I) Brindar protección a la víctima a efectos de asegurar su integridad física y emocional, mediante la utilización de recursos legales, sociales y psicológicos, con el objeto de interrumpir la situación de agresión; (II) Favorecer la reparación de las consecuencias psicosociales producto de la agresión sexual, mediante intervenciones terapéuticas, ya sea individuales o grupales, con la finalidad de resignificar la experiencia del delito, fortaleciendo su autoestima y la visión de sí mismo; (III) Otorgar apoyo a las familias, mediante estrategias terapéuticas desarrolladas para potenciar los recursos protectores de las familias, para que puedan asumir adecuadamente la responsabilidad de cuidado y protección del NNA y evitar la recurrencia del delito; (IV) Proporcionar orientación y apoyo legal del procedimiento, mediante evaluaciones e informes psicológicos que permitan agilizar el proceso.

3.4.1.2.3.2.- CAVAS Área Pericial:

Su objetivo principal es la de efectuar peritajes a las víctimas de agresiones sexuales y apoyar a las unidades operativas en la elaboración de perfiles psicológicos, como respuesta a los

¹⁶⁵ CAVAS Metropolitano. Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS Metropolitano Área Reparación). Santiago, Chile: Instituto de Criminología, Policía de Investigaciones de Chile. pp. 3.

requerimientos y solicitudes de evaluación y pronunciamientos periciales psicológicos solicitados por los organismos de la investigación penal.

En cifras, Carabineros de Chile recepcionó durante el 2013, a un total de 6.608 NNA víctimas de delitos sexuales, 68% correspondió a NNA menores de 14 años, es decir, 4.507 menores, siendo el 79,7% correspondiente al sexo femenino.

3.4.2.- Servicio Médico Legal.

Institución estatal inaugurada en 1926, caracterizada por ser la principal fuente científico-técnico en materias médico-legales y forenses, ofreciendo servicios como la realización de pericias médico-legales e investigación científica.

En relación a la protección de NNA víctimas de delitos sexuales hay dos áreas de interés:

3.4.2.1.- Departamento de Clínica: en este departamento se llevan a cabo las pericias solicitadas por los tribunales o por el MP, como antecedentes o pruebas del proceso. Se destaca el departamento de Sexología forense en el que se constatan lesiones producidas por agresiones sexuales.

Sin embargo, en la Unidad de Sexología del SML, en conformidad al artículo de revista de CIPER sobre la Dolorosa ruta judicial que recorren los niños víctimas de abuso sexual, trabajan solo nueve médicos, seis de ellos son ginecólogos, de los cuales tan sólo 2 tienen la subespecialidad de ginecología infantil y adolescente. El resto son becados del programa de Ginecología y Obstetricia, por lo que no tienen la experiencia necesaria en relación a las evaluaciones medico legales de los delitos sexuales. Todos deben elaborar informes, por lo que tienen un rol activo en los procesos, sobre todo a la hora de declarar en el juicio oral.¹⁶⁶

El problema es que el informe en la práctica, no existe, pues lo único que se toma en consideración por los jueces es lo dicho en la declaración, que es la reiteración de lo señalado en el informe. Ahora bien, las consecuencias que esto conlleva, se manifiesta expresamente en lo dicho por uno de los médicos del SML “para algunos la situación es tan tediosa y estresante, **que optan por emitir informes que descartan lesiones, a pesar de que sí las**

¹⁶⁶ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

hay. Lo hacen así para que su peritaje sea desestimado y no lo citen a declarar.”¹⁶⁷ A ello se le suma que el tiempo utilizado para la declaración sobre el informe no se encuentra remunerado, por lo que se desincentiva la cooperación de los funcionarios del SML, situación que se agrava ante la inexistencia de un protocolo de actuación en juicios orales.

La mayor complejidad de la situación de juicio oral por abuso se encuentra ante la presentación de metaperitajes y contraperitajes. Los metaperitajes se encuentran a cargo de un perito del tribunal con la finalidad de destruir o poner en duda, los informes periciales previamente presentados. Si el juez estima que hay duda razonable ante la comparación con el metaperitaje, se descarta el peritaje original, debiendo posteriormente el NNA, volver a someterse a nuevas pericias, siendo su experiencia anterior en vano. Los contraperitajes, son efectuados por peritos privados a efectos de contrarrestar los informes presentados por la fiscalía, a cuenta de quien los solicita. Esto implica que hay un desequilibrio en la balanza, pues se favorece a la parte que tenga más recursos económicos, limitando la defensa de la parte más humilde.

Ahora bien, el SML es el método de pericia del Estado, por lo que se entiende, que sirven como herramienta de justicia equitativa de las partes. Al perito privado se le está pagando para que demuestre otra verdad, dando paso a la invalidación del trabajo realizado por el SML.

Lo importante, en el juicio oral, es que el juez se basa en dos elementos para dictar sentencia condenatoria o absolutoria: 1) si el perito fundamentó suficientemente el informe realizado y; 2) si la credibilidad de la víctima queda o no acreditada en concordancia con las declaraciones anteriores.¹⁶⁸ De esta forma, en la práctica, se desacredita a las instituciones auxiliares de la justicia.

3.4.2.2.- Departamento de Salud Mental: departamento conformado por psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, subdividido en dos unidades, psiquiatría adultos y psiquiatría infantil. Esta última se especializa en la evaluación psiquiátrica y psicológica de NNA víctimas de delitos sexuales, entrevistando en algunos casos a los padres o acompañantes de los NNA.

¹⁶⁷ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

¹⁶⁸ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

La finalidad de las evaluaciones es la de determinar la validez del testimonio y los indicadores del daño emocional causado por la agresión sexual.

Normas Generales para la Atención de Personas que han sufrido violencia o abuso sexual:¹⁶⁹

1.- Derecho a ser atendida por un profesional o técnico de la salud, cuando haya recurrido o haya sido llevada a un servicio de urgencia. Tal atención tiene como finalidad, en primera instancia, reconocer, diagnosticar y tratar adecuadamente los síntomas y daños, procurando disminuir el sufrimiento y minimizar las consecuencias de la violencia, y fomentar la recuperación del bienestar.

2.- Derecho a que se registren antecedentes, hallazgos de exploración y recolección de muestras biológicas, u otras, para que sean utilizadas, en caso de hacer la denuncia. La idea, es intentar no repetir innecesariamente la interrogación sobre el hecho ocurrido.

3.- Reconocimiento de los derechos emanados de su calidad de víctima, al consultar en un servicio de urgencia, tiene derecho a recibir atención que permita acceder a actividades de acogida, explotación clínica, tratamiento de lesiones, preventivo, de orientación y derivación, junto con la toma y conservación de muestras para la elaboración de un informe pericial.

4.- Coordinar y trabajar en conjunto con Servicios de Urgencia y Maternidades, Carabineros, SML y MP. También asegurar la cooperación con Equipos de Salud Mental y Psiquiatría.

5.- Disponer de la Guía Clínica y los Protocolos de Atención de Personas que han Sufrido Violencia o Abuso Sexual a todo el personal.

6.- La acogida debe efectuarse por una persona que no tenga objeción de conciencia para informar, prescribir o realizar los procedimientos de atención. La acogida consiste en que todo el personal del servicio de urgencia, profesional, técnico, auxiliares y administrativos, deben tener un trato digno, respetuoso y sensible, una actitud neutral, sin expresión de juicios de valor o comentarios acerca de lo sucedido, debiendo expresar comprensión por la magnitud y trascendencia del daño sufrido. Se necesita, con suma urgencia en esta primera atención, la capacidad de contención emocional, por parte del profesional tratante.

¹⁶⁹ MINISTERIO DE SALUD, Gobierno de Chile. “Normas y Guía Clínica para la atención en servicios de urgencia de personas víctimas de violencia sexual”. Abril 2004.

Es importante destacar que, durante el 2013, el SML realizó un total de 8.145 peritajes sexológicos, estableciendo que el 98,3% de los peritajes de ese carácter, solicitados por el MP eran por violación. El 81% de las personas atendidas para estos efectos por el médico legal, fueron NNA, 980 niños y 2.805 niñas (74,1%). Respecto de los peritajes de salud mental, se realizaron un total de 544, por motivo de abuso sexual y violación, el 68,75% del total de peritajes de salud mental corresponde a niñas, el 31,25% a niños. Sin embargo, lo grave, es que el 79% de esos peritajes fueron realizados a NNA menores de 14 años y sólo el 21% a mayores de 14 años, pero menores de 18.¹⁷⁰

3.4.3.- Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Organismo gubernamental centralizado, colaborador del sistema judicial con dependencia del Ministerio de Justicia, cuya misión es la protección de los derechos de los NNA. Dentro de su oferta programática se encuentran:

3.4.3.1.- Línea de Acción Diagnóstica (DAM): su objetivo general es la realización ambulatoria de evaluaciones periciales proteccionales o forenses, de forma oportuna y especializada a NNA que se encuentran en una situación de grave vulneración de derechos o de victimización, de modo de obtener información respecto de la gravedad, cronicidad, nivel de vulnerabilidad y consecuencias en el desarrollo del NNA víctima de delito sexual.

3.4.3.2.- Línea de Programas Especializados:

3.4.3.2.1.- Programas de Protección especializada en Maltrato y Abuso Sexual Infantil (PRM): programa que promueve la recuperación integral del NNA, mediante la resignificación de las experiencias, mediante la interrupción de del maltrato o agresión sexual. Sus objetivos específicos consisten en: (I) interrumpir la situación de abuso sexual, mediante la activación de medios judiciales que garanticen su protección; (II) favorecer la resignificación de la experiencia de abuso sexual; (III) fortalecer recursos familiares y adultos responsables de menores de edad, para potenciar el bienestar psicológico y social del NNA.

El acceso a este tipo de programas se da por la exclusiva derivación formal de fiscalía o tribunales de justicias.

¹⁷⁰ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, Informe Final Comisión Técnica de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos Judiciales, Abril 2015. Pp.6

3.4.3.2.2.- Programa especializado en Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y

Adolescentes (PEE): su finalidad es la reparación del NNA víctima de ESC, para propiciar su integración familiar y social, para ello: (I) apoya la resignificación o elaboración de daños y experiencias traumáticas; (II) interrupción prácticas de explotación sexual; (III) fortalecer recursos de protección en materia social, psicológica, y familiar; (IV) asegurar la reinserción social de los NNA; (V) coordinación con servicios y sectores legales, salud y educación.

3.4.3.2.3.- Línea de Protección en General Programa de Representación Jurídica (PRJ):

tiene como objeto otorgar defensa jurídica especializada ante los tribunales de justicia para reestablecer la protección de sus derechos vulnerados por la agresión sexual. De esta forma se facilita el acceso a la justicia del menor, y su adherencia a proyectos reparatorios, contribuyendo a la reducción de la victimización secundaria durante el proceso penal.

Es importante señalar que otro punto débil del sistema judicial actual es el tiempo de espera que tienen para ingresar a los programas especializados de reparación, protección o representación jurídica. *“En casos de abusos sexual, el 47,2% de los casos derivados a terapia tuvo que esperar entre uno a seis meses para ser atendidos luego de interpuesta la denuncia, y un 28,8% debió esperar entre una y cuatro semanas. Esto es preocupante, si se considera que la primera fase es crucial para minimizar el daño psicológico producido por este delito.”*¹⁷¹

En resumen, podemos identificar una serie de instituciones destinadas a la protección y reparación de los NNA víctimas de delitos sexuales que sin embargo, no cumplen con sus obligaciones de forma integral, vulnerando los derechos de las víctimas y de los NNA. La aseveración anterior se justifica en el hecho de que la gran mayoría de estas instituciones como el SML, SENAME, CAVAS, tiene como función principal la evaluación pericial, ya sea de la credibilidad del testimonio, del daño provocado por la agresión sexual, entre otros. A modo de ejemplo, de conformidad a lo establecido en el estudio de doble victimización de niños/as y adolescentes de MIDE UC y Fundación Amparo y Justicia, se estableció que el 67,4% de los casos denunciados fue sometido a peritajes físicos, de los cuales el 11,7% fue repetido. Siguiendo la misma línea, un 42,6% es sometido a peritaje psicológico, entre los cuales el 18,4% debe repetir la evaluación.

¹⁷¹ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 151.

También el mismo estudio señala que el 80,3% de los NNA son entrevistados, siendo más de la mitad, es decir, el 54% entrevistado por diversas personas, entre 2 a 6 personas en total.¹⁷² Como bien se manifestó en el capítulo anterior, el Informe Anual sobre DDHH en Chile de 2014, identificó ocho instancias en las que debe, por lo menos, declarar el menor. Podría considerarse que, no todas esas instancias pueden considerarse como “instancias de toma de declaración del menor”, sin embargo, los funcionarios que tratan a estas víctimas, deben preguntar sobre el ilícito sufrido para poder realizar su trabajo. A modo de ejemplo, el médico del SML debe interrogar al menor qué fue lo que sucedió para saber qué y cómo efectuar el peritaje.

A modo de síntesis, las circunstancias de que la inexistente obligación del MP de poner en conocimiento de ilícitos vulneratorios de los derechos de los NNA a los tribunales de familia, así como el desarrollo paralelo de ambos procesos, penal y familia, por un mismo hecho, junto con la descoordinación temporal de las terapias de reparación respecto del avance del proceso judicial, conllevan a que estas mismas instituciones encargadas de proteger a las víctimas, vulneren al mismo tiempo sus derechos en su calidad de víctima y de menor, haciéndolo objeto de múltiples diligencias, peritajes y declaraciones repetitivas e innecesarias por la falta de comunicación eficiente y expedita y de coordinación interinstitucional óptima.

¹⁷²Amparo y Justicia (2011, diciembre). Entrevista investigativa videograbada: experiencias internacionales y la realidad chilena. Ponencia presentada en la Segunda Sesión del Observatorio Nacional sobre violencia hacia niños (as) y adolescentes. Santiago, Chile.

CAPITULO 4.- Victimización Secundaria: consecuencias de la participación del menor, víctima de delito sexual en el proceso penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta los tres capítulos anteriores, se debe efectuar la interrogante sobre qué consecuencias derivan de la intervención en el proceso penal, de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Para ello se procederá describir las consecuencias derivadas de la participación, en el proceso penal, de los NNA, víctimas de delitos sexuales y las causas de la problemática. En síntesis, el objeto de este capítulo es describir la victimización secundaria que sufren los menores de edad, víctimas de delitos sexuales en su ruta por el proceso judicial.

Sobre la base de las ideas expuestas, se debe diferenciar, primeramente, entre la victimización primaria y la secundaria.

4.1.- Victimización Primaria:

La **Victimización Primaria** se entiende como el proceso de sufrimiento y consecuencias, que debe soportar una persona, de modo directo o indirecto, de daños físicos y psíquicos, por la vivencia de una experiencia traumática; “corresponde a la realizada por el agresor original, vale decir, el sujeto que maltrata o abusa directamente al niño o niña.”¹⁷³

El perjuicio ocasionado por la vivencia de una agresión sexual, no se limita sólo al bien jurídico protegido establecido por la normativa penal, sino que se amplía también, a otros aspectos de la vida de la persona, como el área psicológica, integridad física, el entorno social, laboral y familiar, como la situación económica y cultural.¹⁷⁴

Es la vivencia directa las consecuencias mediatas, que sufre la víctima como producto de su experiencia traumática de una agresión sexual. Es importante recalcar que el daño producido

¹⁷³ Boletín N° 7.538-07. Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.968, de Tribunales de Familia y el Código Procesal Penal respecto a la declaración video grabada de menores. 16 de marzo de 2011, Sesión 3ª ordinaria de la Cámara de Diputados, en miércoles 16 de marzo de 2011, Legislatura Numero 359. [En línea] «https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7934&prmBL=7538-07» [Consulta el 28 de diciembre de 2015]

¹⁷⁴ Económicamente hablando perjudica a la víctima ya sea en el costo del proceso judicial propiamente tal, como en la recuperación psicológica y físico-médica de la misma. A ello se debe sumar el costo económico que implica si es que el agresor es familiar y cabecilla de la familia, siendo quien aporta el ingreso central de la casa.

no se limita a la indemnidad sexual, sino que se debe considerar el impacto severo psicológico que sufre, incrementando el daño físico producido.

Si recordamos el capítulo primero, se puede inferir que el menor siente impotencia ante la agresión, o miedo a que vuelva a repetirse, produciendo un estado de angustia y ansiedad, junto con el sentimiento de culpabilidad, repercutiendo, finalmente, en la capacidad de relacionarse con las personas y su entorno, como con sus hábitos. En definitiva, cuando hablamos de victimización primaria, se habla de la victimización producida directamente por los hechos acaecidos.¹⁷⁵

4.2.- Victimización Secundaria o Revictimización.

La victimización secundaria tiene dos acepciones según Herrera, “[l]a primera, de carácter más general, relacionada con la reacción de las distintas instancias sociales e instituciones, que se relacionan con la víctima después de ocurrido el delito, incluidos los medios de comunicación y el sistema familiar, infringiendo a la víctima un daño adicional, y la segunda, de carácter más restringido, referida a las consecuencias negativas asociadas con el paso de la víctima por el sistema de justicia penal.”¹⁷⁶

Ahora bien, el concepto es tratado por el Ministerio Público como el resultado de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal (policía o sistema judicial), contribuyendo a agravar el daño psicológico de la víctima o a crucificar las secuelas psicopatológicas. Algunos ejemplos de ésta los podemos observar en los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales repetidos, la falta de delicadeza o inadecuación de las preguntas formuladas, la exploración médico-forense y/o psicológica reiterada, la lentitud y demora de los procesos -incluido el juicio oral tardío-, la desinformación, el contacto con el presunto ofensor en el juicio oral u otras instancias previas, la declaración en público, las estrategias de neutralización de la responsabilización del infractor mediante atribución de responsabilidad a la víctima, la crítica directa o encubierta a su estilo

¹⁷⁵ Para mayor profundización ver “Victimización Secundaria en Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una Aproximación Narrativa.” Tesis para optar al grado de Magister en Psicología, Mención Psicología Clínica Infanto Juvenil de Mayra Miran Herrera.

¹⁷⁶ HERRERA, Mayra Miran. 2012 “Victimización Secundaria en Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una Aproximación Narrativa.” Tesis para optar al grado de Magister en Psicología, Mención Psicología Clínica Infanto Juvenil. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y de Medicina. Escuela de Postgrado. Departamento de Psicología. P.56.

de vida o la puesta en tela de juicio de su testimonio y –en un sentido más extenso- los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación.¹⁷⁷

Siguiendo la línea del Boletín N° 7.538-07, la victimización secundaria es aquella realizada por los organismos estatales que, debiendo proteger a la víctima, la maltratan a través de procedimientos y medidas, desconociendo su dignidad, sus derechos y su calidad de víctima, junto con la exposición reiterada a procesos de declaración, que reviven la experiencia traumática y las dolorosas emociones de la misma.

Por último, es necesario recalcar las palabras del señor Sabas Chahuán Sarrás, Ex Fiscal Nacional, quien en su Discurso de la Cuenta Pública de 2015 expresa: *“muchas veces los niños y adolescentes se ven enfrentados a la necesidad de participar en distintas instancias investigativas y judiciales, y ante distintas instituciones, lugares en los que deben prestar declaración una y otra vez acerca de la experiencia vivida, la que, evidentemente, en la mayoría de las ocasiones les ha resultado traumática, sin que todas las instituciones tomen en consideración sus características evolutivas y la imperiosa necesidad de disminuir la victimización secundaria.”*

*La victimización secundaria ha sido definida como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. La exposición al sistema jurídico penal se entiende como una segunda experiencia victimizante, que resulta con alguna frecuencia, siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial.*¹⁷⁸

De esta definición y de las anteriores podemos identificar las fuentes o factores que contribuyen en la producción de éste fenómeno. La primera causa consiste en la diferencia existente entre las expectativas de la víctima respecto de la realidad institucional con la que se encuentra. Lo que se manifiesta en la excesiva burocratización del sistema, provocando la

¹⁷⁷ MINISTERIO PÚBLICO, Chile. 2010. Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales. Documento de Trabajo Interinstitucional. Original Manual MINPU. Publicado el 22 de noviembre de 2010. [En línea] «<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=627&pid=61&tid=1&d=1>. » [Consulta 30 de julio 2015] pp.37-38.

¹⁷⁸ PINERES BOTERO, Carolina Gutiérrez de; CORONEL, Elisa y PEREZ, Carlos Andrés. Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit* [online]. 2009, vol.15, n.1 [citado 2015-12-28], pp. 49-58. Disponible en: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1729-4827.

dilatación del proceso penal, es decir, - desde la perspectiva de la víctima- el transcurso de un extenso periodo de tiempo entre la denuncia y el juicio oral. Un tercer factor es el trato inadecuado por parte de funcionarios policiales, en especial si se trata a la víctima como responsable del delito. En efecto, según los dichos de un funcionario de la Brisexme de la IX Región: *“Si yo pienso que el sujeto no puede haber violado a la víctima, yo a la víctima la trato como víctima, pero sin embargo le digo ‘¿sabes? Que necesito que me cuentes la verdad, si me estás diciendo la verdad, conforme, yo te voy a creer, pero tienes que tomar en cuenta que la persona va a ir a la cárcel, está arriesgando 5 años de cárcel... y si no fue una violación lo que sucedió y simplemente lo estás haciendo por despecho porque es un pololo que no quieres ver más, dímelo ahora...’ y si no te lo dicen, bien... tú la sigues tratando como víctima y le das todo, y le ofreces todo lo que le ofreces a cualquier víctima: psicólogo, asistentes sociales, etc. Pero en mi informe yo voy a dar mis apreciaciones, o sea ‘fiscal, yo pienso que, pese a que la víctima señala esto, yo pienso que no es realidad...’... la víctima no lo sabe, el informe es netamente secreto. Y nosotros lo pasamos a la Fiscalía.”*¹⁷⁹

Un cuarto factor a considerar, es la experiencia traumática del contrainterrogatorio en la audiencia de juicio oral, donde, no sólo se pone en duda (nuevamente) su relato, sino que se trata de transferir responsabilidad de los hechos a la propia víctima, a efectos de desacreditar su persona como de minimizar la culpabilidad del imputado.

A su vez, se debe considerar la circunstancia de que el proceso penal se encuentra configurado para el mundo adulto, es decir, opera bajo el supuesto de que sus intervinientes tienen la madurez suficiente y la capacidad psíquico-emocional de un adulto.

Todos estos factores se ven ahondados por las características propias de los delitos sexuales contra NNA: 1) el agresor es, en la mayoría de los casos, un miembro de la familia o de confianza, con quien el menor comparte un fuerte lazo de afecto; 2) cronicidad del delito, el tiempo transcurrido desde la primera agresión hasta la develación y la cantidad de veces que sucedía; 3) la condición de menor de edad de la víctima, por lo que tiene menos herramientas o medios deficientes para enfrentar una vulneración de tanta magnitud, como también la escasa comprensión del delito y sus implicancias.

¹⁷⁹ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.74.

Dicho lo anterior, pasaremos en consecuencia a explicar los puntos de tensión clave en la victimización secundaria, identificados en diversos momentos del proceso.

4.3.- Tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de la víctima – ruta judicial que deben recorrer los niños víctimas.

La tensión se presenta en diversos momentos del proceso judicial, a medida que avanzan las etapas del mismo. El proceso se inicia, en principio, con la develación del delito, extendiéndose hasta la realización del juicio oral. Sin embargo, es evidente que no todas las víctimas siguen un mismo camino único, pues conforme al análisis estadístico del estudio realizado por UNICEF y UDP en 2006, muchos de ellos “quedan en el camino”, pues se ven finalizados anticipadamente por diversos medios.

La tensión entre la eficacia u objetivo del proceso penal en contraposición a la protección de la víctima se manifiesta básicamente en el rastreo de pruebas y la dificultad probatoria en virtud de la tensión entre el relato infantil y las pruebas objetivas casi inexistentes que sustentan el relato.

Así se demuestra en la denuncia ante carabineros, que al menos hasta el 2006, consideraban mejor no denunciar casos de abusos sexuales que hayan ocurrido hace algún tiempo atrás, puesto que son difíciles de comprobar, en especial por la falta de evidencia física. Esto genera un fuerte impacto en las víctimas y sus familias, pues se ven expuestas a episodios de victimización secundaria, intensificándose la sensación de indefensión, humillación y vergüenza por los costos que implica hacer pública su situación.

Actualmente con la reforma, la subordinación de la policía ante el MP, disminuye la posibilidad de desestimación arbitraria de casos, sin perjuicio de la persistencia de discrecionalidad respecto de la selección de casos, donde el fiscal a cargo discrimina cuales son más o menos graves, lo que afecta gravitadamente a las víctimas y sus expectativas respecto de la respuesta que esperan del sistema.

Lo anterior se ve ahondado con los periodos de tiempo entre la denuncia y el primer contacto con el fiscal, y posteriormente al fin del proceso. Junto a la ignorancia de la víctima sobre las etapas del proceso, la falta de comprensión del lenguaje del sistema, efectos del estrés post traumático y los pocos medios de información y orientación en el área judicial, se presentan riesgos evidentes de victimización secundaria. A lo que, si le sumamos, los casos de

denuncias de delitos de larga data, por ejemplo con el nuevo plazo de prescripción establecido en 2007, para los NNA, que corre a partir del cumplimiento de su mayoría de edad, las pruebas se vuelven más difíciles de conseguir y la posibilidad de éxito de la investigación disminuye cuantiosamente, lo que desvía la balanza hacia la decisión de no seguir con la investigación.

Entre los principales criterios que hay tras la decisión de no seguir con el proceso se debe a que en los casos de abusos sexuales contra NNA está la imposibilidad de encontrar pruebas físicas contundentes, imposibilidad de contar con testimonios sólidos, en virtud de la edad de la víctima o por la resistencia de las familias a seguir con el proceso o por los conflictos familiares que ello implica.

“Yo solo razono si el caso tiene pruebas o no tiene pruebas (...) el anterior sistema actuaba en forma ciega, siempre igual y esa es la diferencia, nosotros los fiscales matizamos, ciertos casos ridículos los cerramos de inmediato, llega el parte y lo cerramos, no perdemos tiempo en eso (...) en cambio si el caso es grave le podemos dar el trato que se merece, de inmediato. Fiscal Adjunto, VII Región”¹⁸⁰

Debido a lo anterior, se someterá al NNA a duros exámenes médicos en búsqueda de alguna marca del delito en su cuerpo: alguna herida, algún moretón o cicatriz que prueben su relato. “Porque sus dichos estarán siempre bajo un manto de duda. Entonces, deberá ser consistente en cada una de las instancias del proceso. Se elaborarán informes periciales psicológicos que dirán si es creíble o no. Luego tendrá que defender todo lo que ha dicho frente a un magistrado en un juicio oral y convencerlo de que dice la verdad. Lo mismo tendrá que hacer los profesionales que elaboraron los informes periciales. Para ese momento, lo importante ya no serán los informes en sí, sino la capacidad de transmitirle al juez la seguridad de que son certeros. Pero como también las partes pueden pedir contra peritajes a un experto externo, el niño deberá pasar una vez más por todo el proceso, salvo que el magistrado lo impida.¹⁸¹

Respecto de los peritajes, es importante destacar que los de carácter sexológico, son efectuados generalmente con posterioridad a la denuncia oficial ya ingresada en el sistema,

¹⁸⁰ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.69

¹⁸¹ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación. 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

“[I]os objetivos del peritaje son establecer si hay lesiones, el lugar y fecha de delito, el agresor, y corroborar lo que las personas cuentan con lo que el medico ve, y determinar la data de la lesión. Medico SML, IV región.¹⁸² De esta forma, la victima debe de declarar nuevamente, aunque de forma informal, victimizando nuevamente al NNA.

Los peritajes también se ven afectados negativamente por el factor tiempo. Hay excesiva lentitud en la realización de los peritajes, dado que los profesionales especializados no dan abasto con la demanda, encontrándose el sistema congestionado. Ello se debe a que no sólo deben hacer los peritajes iniciales, sino que deben hacer nuevos peritajes a partir de informes previos emanados de otras instituciones médicas, que a opinión del MP, no tienen el mismo peso que el SML.

Tal creencia del MP, es a nuestra opinión ineficiente y poco realista pues no consideran que los exámenes médicos realizados por los servicios de urgencia de hospitales públicos, se realizan, generalmente, antes de la formalización, por lo que las muestras recogidas son pruebas privilegiadas e irremplazables, pues se encuentran frescas, a diferencia de las que debe tomar el SML (después de la formalización). Para contrarrestar este problema es que se ha iniciado una serie de capacitaciones y especializaciones de diversos intervinientes del proceso a modo de estandarizar las diligencias y pericias.

Ello se debe a la necesidad de pruebas objetivas que den mayor credibilidad al relato del menor, por lo mismo es que se efectúan numerosos peritajes de distinta naturaleza, así como se intenta buscar la mayor cantidad de testigos para que declaren en juicio oral.

“[...] se hace necesario señalar que la centralidad de los peritajes viene dada no solo porque la Fiscalía los requiera para decidir sus acciones respecto de la causa. A partir de las entrevistas realizadas, se observó que su centralidad también se explica porque son un elemento probatorio altamente cotizado por los propios jueces. Ello siempre es así sobre todo en los delitos contra niños, puesto que el testimonio proveniente de ellos no siempre resulta

¹⁸² UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.76.

“convincente”, requiriendo ser complementado con el mayor número de pruebas posibles para evitar que el juez aplique el argumento de la “duda razonable” y fundamente su absolución.”¹⁸³

“Puede optarse por llegar al juicio sin el peritaje psiquiátrico cuando entendemos que es claro su relato. Pero entonces lo que pasa es que en el tribunal oral hay un alto porcentaje de [posibilidades] que se absuelva al imputado, pues están acostumbrados al peritaje psiquiátrico como prueba [...] Entonces, seguir adelante con el proceso [sin el peritaje] resulta muy riesgoso, ya que el niño tendrá que exponerse a juicio y si absuelven al imputado, la frustración será tremenda. Fiscal Adjunto, IX Región”¹⁸⁴

La credibilidad del testimonio es una herramienta clave para proveer los elementos de convicción bases de la sentencia. Postura contraria manifiesta Patricia Muñoz, directora de la USEXVIF, quien expresa que dicha diligencia solo retrasa el proceso completo. “Asegura que el sistema está tan colapsado que, si se le pide al SML, al CAVAS, a un DAM (Programa de Diagnóstico Ambulatorio) o a cualquier otra entidad que realiza peritajes psicológicos de credibilidad, no habrá disponibilidad sino hasta dentro de nueve meses o incluso un año. Niño quedará inscrito en una lista de espera. A partir de ese momento mientras espera, comienza el proceso de recuperación, has que lo llamen y nuevamente deba detallar la experiencia traumática de la agresión sexual. Tales nuevas pericias determinarían si el relato del NNA es creíble o no. [...] *“Un niño de tres años, por su desarrollo evolutivo, tiene un determinado desarrollo del lenguaje, que le permite entregar la información respecto de lo que ha ocurrido con una estructura limitada por su desarrollo. Lo que en ningún caso implica que el hecho delictivo no haya ocurrido”*.¹⁸⁵

Siguiendo la afirmación anterior, podemos establecer la instrumentalización del menor víctima como objeto probatorio, especialmente en la etapa de juicio oral, la declaración del menor tiene un rol protagónico, debiendo ser preciso y coherente en los detalles de las declaraciones anteriormente prestadas, debiendo no sólo revivir la agresión sexual, sino que debe declarar

¹⁸³ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.72.

¹⁸⁴ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.72

¹⁸⁵ GRAN VALPARAISO. 2014. Niños en Peligro. Publicado el 2 de julio de 2014 por Equipo GV. [En línea] «<http://www.granvalparaiso.cl/reportajes/ninosenpeligro/>» [Consulta el 16 diciembre de 2015]

enfrentándose a adultos que dudan de su relato, y aguantar la presión de, que, si el relato es inconsistente, signifique para el magistrado calificar la declaración como no creíble.

A modo de síntesis, la tensión se debe a la prevalencia del objetivo del MP de persecución penal por sobre la protección de víctimas, en virtud de la dificultad probatoria al ser el relato del NNA la prueba principal, dado que la agresión sexual se desarrolla en la privacidad del hogar, sin testigos, y sin dejar huellas corporales que se mantengan en el tiempo, lo que conlleva al archivo o término anticipado de las causas.

Se puede concluir que el tránsito por el sistema judicial es percibido en términos de descrédito, lo que determina principalmente las posibilidades de acceso y consecución de justicia y reparación.

4.4.- Tensión entre el ejercicio del derecho a ser oído en los procesos que afectan a los NNA y la falta de mecanismos adecuados para su ejercicio.

La presente tensión, se puede explicar mediante la respuesta institucional ante la denuncia o develación de la agresión sexual, cuyo impacto dependerá de las condiciones de receptividad existentes en los espacios institucionales, que se encuentran constituidas por las actitudes, procedimientos e información de que disponen los sujetos encargados de atender a las víctimas, cuya atención determinara los efectos emocionales y psicológicos de los NNA víctimas. Lo anterior junto con las expectativas propias de las víctimas sobre el resultado de la denuncia, en última instancia, marca la diferencia en la decisión de sostenerla o retractarse, de recurrir o no a las entidades policiales y sanitarias posteriormente. El trato inadecuado que reciba el menor por parte de funcionarios policiales tiene importancia radical, puesto que generalmente son los primeros con quienes tiene contacto la víctima.

Respecto de dicha labor, señalo una madre de una víctima entrevistada en el estudio de 2006, *[Refiriéndose al resto de instituciones judiciales]... cumplen su trabajo, justifican su sueldo, pero en el fondo el trato es bastante deshumanizado. Son prácticos, como que actúan a favor de su ley, de la ley y nada más. Madre de la víctima: niña de 10 años, intento de homicidio y abuso sexual, extrafamiliar*¹⁸⁶

¹⁸⁶ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. Pp.53-54

Otra forma de vulnerar el derecho a ser oído, es mediante la no entrega de la información del proceso, a la víctima o su familia. El acceso a la información es muy dificultoso, sobre todo para los civiles, quienes desconocen la forma de funcionar, los procedimientos, el lenguaje, etc...

“[De los peritajes]...yo no vi los resultados de los informes...nunca lo tuve...Lo que sí, no fue... cosas como claras, o sea, citación a los padres y decirnos los resultados, siempre uno tiene que andar preguntando” Madre de la víctima: niña de 10 años, intento de homicidio y abuso sexual, extrafamiliar. ¹⁸⁷

Durante el juicio oral se ve mermado el ejercicio del derecho a ser oído en el contrainterrogatorio, pues se pone en duda sus afirmaciones, sometiendo al menor a un ambiente y lenguaje hostil y severo en donde recrea el delito, junto con los sentimientos de traición y desconfianzas emanados del propio delito.

Según un estudio más reciente, Informe Final “NNA ante tribunales de familia” de la UDP 2010, concluye que la participación de los NNA en procesos de familia se reduce a: 1) Audiencias reservadas; 2) Peritajes e informes de diagnósticos; 3) Curador ad litem. El mismo estudio señala expresamente que “existiría una mirada unidireccional para afrontar el tema de la participación de los niños en los procesos judiciales, evaluando la participación de un NNA de acuerdo a la capacidad de este de participar en el sistema judicial y no desde la evaluación de las capacidades de los operadores y de las condiciones existentes en el sistema para recoger la voz del niño/a y hacerlo participar.”

Ni la CDN ni la legislación nacional establece como poner en práctica el derecho a ser oído de los menores, pero se han identificados ciertos factores que inciden en su mayor o menor participación, tales como la naturaleza de la materia que se trata, la edad del NNA -menor edad menor participación- y la capacidad de los adultos de alcanzar acuerdo.

Podemos concluir que se ve afectado este derecho por la falta de capacitación del personal que escucha al menor, vocabulario inadecuado que no puede comprender el menor, limitación

¹⁸⁷ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.54.

del acceso a la información, al no encontrarse en un formato accesible para él, falta de instalaciones adaptadas y amigables.

4.5.- Tensión entre la inexistente articulación en beneficio de un NNA que sigue conjuntamente un proceso penal y otro proteccional (familia).

Como bien se ha señalado reiteradas veces a lo largo del presente trabajo, y en conformidad a los estudios¹⁸⁸, la mayor parte de los maltratos infantiles constitutivos de delitos y las agresiones sexuales en Chile, son provocadas por un adulto conocido del menor, siendo muchas veces miembro de la propia familia, consistiendo el 88,5% a abusadores conocidos por NNA, del cual el 50,4% son familiares.

Cuando el NNA víctima y el imputado pertenecen al mismo grupo familiar o el imputado se encuentra directamente en contacto con el niño, es deber del sistema de justicia interponer medidas adecuadas para su protección.

En atención a la problemática expuesta, al no considerar el sistema penal el contexto familiar en donde se cometen los delitos así como el hecho de no informar a los Tribunales de Familia respecto *“de las causas penales en las que se ven involucrados los NNA, las víctimas menores de edad seguirán respondiendo a las diligencias de cada ámbito, lo que propende a su no consideración como víctima directa en casos de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y otros, contribuyendo en última instancia a su victimización secundaria.”*¹⁸⁹

Ello se confirma con la información dada por el estudio de UNICEF-UDO2006, “es habitual que quienes se dirigen a la Brisexme a denunciar un hecho, ya hayan concurrido anteriormente a otra institución para indagar sobre los procedimientos a seguir (por ejemplo, el Hospital Regional o un centro del SENAME). Funcionarios de investigaciones indicaron en el estudio, que los niños ya han relatado los hechos reiteradas veces antes de llegar a sus oficinas, para

¹⁸⁸ UNICEF. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2004, UNICEF Chile. 4º Estudio de Maltrato Infantil, 2012.

MINISTERIO DEL INTERIOR. Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. DESUC, Santiago de Chile, 2008.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Chile, 2012

¹⁸⁹ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 151.

hacer la oficial. “*Cuando nosotros tomamos contacto con la víctima, ya es la quinta vez que ha relatado lo que sucedió...* Policia BRISEXME, IV Región”.¹⁹⁰

Tal manifiesta falta de coordinación y trabajo interinstitucional se expone groseramente en la realización de procesos paralelos, en ámbito de familia y en penal, en los que se cita al paralelamente ante ambos tribunales, y repitiendo los mismos peritajes al haber dos solicitudes distintas, lo que propende victimización secundaria.

A nuestro parecer, al haber una confusión respecto de la competencia de cada uno en los casos de delitos sexuales contra menores, en consideración a las características propias de los mismos, sería prudente monopolizar en un solo tribunal especial la investigación, solicitud de diligencias y el proceso, para evitar el movimiento innecesario de recursos fiscales y públicos, así como para hacer más eficiente el proceso.

A modo de síntesis, y siguiendo a la Comisión Técnica de Garantías de Derechos NNA en Procesos Judiciales, en su Informe de abril de 2015, podemos identificar los nudos críticos:

1. ***Inexistencia de un sistema integral en relación a los NNA vulnerados en sus derechos (víctimas de delitos sexuales):*** esto debido a la inexistencia de un sistema coordinado y eficaz en los procesos en ámbito de familia y penal en los que participa un NNA. *Las instituciones que participan en esta ruta judicial y pre-judicial tienden a trabajar e intervenir de una manera aislada y disgregada*, tanto entre los sistemas de justicia penal y de familia, como desde estos sistemas hacia el resto de los servicios e instituciones que intervienen en la ruta judicial que sigue el NNA.¹⁹¹ Asimismo no se cuenta con instrumentos para evaluar el riesgo efectivo para adoptar las medidas de protección necesarias de forma más inmediata. Por último, la ausencia de un flujograma unificado del ingreso de denuncias entre las diversas instituciones, de forma que no se puede evaluar realmente la situación actual de los NNA víctimas de delitos sexuales en Chile.
2. ***Las medidas de protección no son inmediatas ni integrales:*** lo que se debe primordialmente a la ausencia de coordinación y articulación entre los sistemas de familia y penal, pues debemos recordar que tales medidas pueden activarse mediante las

¹⁹⁰ UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.59

¹⁹¹ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, Informe Final Comisión Técnica de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos Judiciales, Abril 2015. Pp.41.

facultades autónomas del fiscal como también a petición del juez de familia, sin embargo al no existir una comunicación constante y directa entre ambos sistemas judiciales, en relación a la urgencia con las que son necesitadas por los NNA, se dejan a la deriva en sus propias situaciones de riesgo las que tiene carácter de intrafamiliar. *“Respecto a la imposición de medidas cautelares, están enfocadas a la protección de la víctima, por esta razón, cuando los delitos sexuales tienen una gravedad menor, el fiscal solicita medidas como la firma en la unidad penal para tener al imputado sujeto a un territorio jurisdiccional, la prohibición de acercarse a la víctima o a su familia, de comunicarse con ella o su familia. Cuando se trata de delitos más graves y la pena que eventualmente pudiere imponerse es mucho más alta, se solicita derechamente la prisión preventiva. Fiscal Adjunto, IV Región.”*¹⁹²

Dicho lo anterior se puede concluir que la protección vigente no da una respuesta eficaz a las urgencias y necesidades de los NNA, en especial, respecto del acompañamiento y reparación psicosocial.

3. ***Escasos mecanismo de orientación e información dirigidos a los NNA y a sus familias:*** el acceso a información y orientación para los NNA y sus familias es deficitario, pues el formato se encuentra desarrollado para los intervinientes con conocimientos del funcionamiento y lenguaje jurídico, a diferencia de las víctimas, quienes no tienen información básica de las etapas del proceso, debiendo ir, generalmente, de forma presencial a las Fiscalías Locales, para que puedan otorgarles información. De esta forma no hay garantía para el derecho de información y orientación durante el proceso penal, desde su inicio y hasta el final, ya sea para su ejercicio por parte de la víctima menor de edad como por parte de sus representantes legales familiares. A ello se debe añadir, que la poca información que se les otorga, tiende a estar en un vocabulario de difícil comprensión, conllevando a que la toma de decisiones, respecto del proceso, sean desinformadas.
4. ***Falta de programas especiales destinados a la formación especializada o capacitación permanente para los operadores del sistema que deben intervenir con los NNA:*** lo anterior deriva del trato inadecuado y de la formación de los funcionarios

¹⁹² UNICEF-UDP. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales. P.86

policiales que no tienen la capacitación necesaria para poder relacionarse con los NNA víctimas de delitos sexuales, a su vez, los médicos profesionales que realizan las pericias sexológicas y/o psicológicas, no tienen entrenamiento sobre la forma en que se debe tratar a los NNA.

“Diversas investigaciones muestran que se dan “ondas de choque” que afectan no sólo a la víctima, sino también a su entorno inmediato y cuyos efectos pueden durar años o incluso una vida. Es así como, la experiencia de ser víctima muchas veces marca un antes y un después en la vida de las personas. Es decir, constituye una experiencia que las hace re-significar su comprensión del mundo, de los demás y de sí mismas”¹⁹³

“[...] es importante recalcar que, para las víctimas y sus familias, el momento de la denuncia es vivido con una especial emotividad. Es un hito que adquiere carácter simbólico y que define un antes y un después en sus vidas. De manera que cualquier gesto de consideración por parte de los actores del sistema, como el ofrecimiento de un vaso de agua, una sonrisa o la atención en un espacio privado, es altamente agradecido.”¹⁹⁴

A pesar de los esfuerzos realizados por el MP en estos años, las capacitaciones y entrenamiento para los intervinientes del proceso penal (jueces, defensores, fiscales, fiscales adjuntos, etc...) no es de carácter permanente, y no se aplica a todos los equipos de trabajo. Consecuencia de lo anterior, es la falta de especialización adecuada respecto de las técnicas de entrevistas para NNA, lo que es de especial preocupación en la audiencia de juicio oral (contrainterrogatorio).

Por último, respecto de los asistentes sociales encargados del área de reparación e intervención psicoterapéutica, carecen de especialización constante en el tiempo.

5. ***Inexistencia de un sistema de registro único global desarrollado por todas las instituciones relacionadas para tal efecto, conlleva a la inexistencia de estudios y/o informes empíricos de tipo cuantitativo que permitan caracterizar la problemática en cuestión.*** Lo anterior se manifiesta en la inexistencia de un registro estadístico oficial común en nuestro país, por lo que la información otorgada por las diversas instituciones

¹⁹³ AZÓCAR, M.J., CERDA, A. & RAMM, A., Imputados y víctimas: vivir la justicia desde orillas opuestas. En: Documentos de trabajo ICSO, 13, 2006. Pp. 15.

¹⁹⁴ AZÓCAR, M.J., CERDA, A. & RAMM, A., Imputados y víctimas: vivir la justicia desde orillas opuestas. En: Documentos de trabajo ICSO, 13, 2006. Pp. 16.

que, si llevan un registro, se encuentra limitado por el número de casos, geografía y demografía que tratan. Esto impide que Chile pueda tratar de forma global e integral la problemática en cuestión.

6. ***Falta de espacios adecuados para atender e intervenir con NNA en función de sus propias características, y que además permitan otorgar privacidad en casos de delitos sexuales.*** Ello puede verse a simple vista, en el hecho de que sólo la 35ª Comisaría de Delitos Sexuales, tiene en sus instalaciones una sala Gesell, así como la Brisexme es la única que cuenta con una sala especializada para la toma de declaraciones de NNA.

Según la Unidad de Apoyo de Justicia Procesal Penal, en la que Informa actividades realizadas por la Unidad de Apoyo a la reforma procesal penal, de fecha 9 de febrero de 2015, ante la Corte Suprema en conformidad al Auto Acordado en acta 237-2014 de fecha 30 de diciembre de 2014, se informa que durante el 2014 se implementaron 5 salas especiales con circuito cerrado y que durante el 2015 se implementarían 31 más, cosa que a la fecha no hay constancia de su implementación. Sin embargo, bajo ningún punto de vista, 36 salas especiales para la cantidad de NNA que deben declarar como víctimas o testigos, supera exponencialmente dicho número, dejando la insuficiencia de los servicios que la justicia puede brindar

CAPITULO 5.- Proyecto Actual para la Protección de los Menores Víctimas de Delitos Sexuales durante el Procedimiento Penal: Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.

Considerando todo lo expuesto en los capítulos precedentes nos queda la interrogante respecto de qué medidas o políticas está tomando el ordenamiento jurídico para mejorar la relación del menor víctima de delitos sexuales con el proceso penal, a modo de aminorar la victimización secundaria. A efectos de responder tal interrogante, es necesario describir el Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales y sus fuentes jurídicas, así como las propuestas dadas para disminuir la victimización secundaria por parte de la Comisión Técnica de Garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes en Procesos Judiciales.

Sin embargo, el objetivo del presente capítulo se enfoca, más que nada, en el Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, en virtud del sistema de declaraciones videograbadas. Siguiendo el mismo objetivo, durante el 2014 se implementaron 5 salas de circuito cerrado en tribunales ofreciendo así un espacio especial para la declaración de NNA víctimas o testigos, durante el 2015 se implementarán 31 salas más. En conformidad al AA de fecha 30 de diciembre de 2014 Acta N° 237-2014.¹⁹⁵

1.- Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales:

El presente proyecto de ley fue presentado el 22 de enero de 2014 ante el Congreso, mediante Mensaje del Presidente de la República, en virtud de la importancia dada al proyecto. Se distingue el objetivo del proyecto, consistiendo en “*mejorar la forma en que un menor de edad que ha sido víctima de un delito sexual se relaciona con el sistema procesal penal, de manera*

¹⁹⁵ BRITO CRUZ, Haroldo. Ministro. Informa actividades realizadas por la Unidad de Apoyo a la Reforma Procesal Penal. Santiago, 9 de febrero de 2015, Secretaría de la Presidencia, Corte Suprema de Chile 10 de febrero de 2015.

de minimizar la victimización secundaria que puede afectarle y dar un más efectivo resguardo a sus derechos”.

1.1.- Mensaje Ejecutivo del Proyecto Ley.

Antecedentes de Hecho del Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales: *“Pocos atentados en contra de la integridad física y psíquica de una persona producen un efecto tan dañino y psíquicamente perturbador como aquél que sufre una persona que ha sido víctima de un delito sexual. Pero cuando la víctima es, además, un menor de edad, el sufrimiento, la confusión y el daño que provocan los ataques de esta naturaleza se multiplican varias veces, habida cuenta de la fragilidad física y la inmadurez psicológica que caracteriza al ser humano en dicha etapa de su vida.”*

“Todo el desarrollo de una dimensión tan íntima y sensible como lo es la sexualidad, se ve violentamente trastocado por una experiencia traumática, inhumana y profundamente humillante. Para un menor de edad, la agresión sexual se presenta con una fuerza desestabilizadora inconmensurable, involucrando aspectos afectivos, conductuales y relacionales altamente confusos, que no sabe cómo juzgar y ante los cuales no tiene las herramientas para responder adecuadamente.”¹⁹⁶

Otro antecedente es la dificultad probatoria que existe en todos los procesos penales en delitos de esta materia, pues falta de pruebas materiales, ausencia de testigos, encontrándose en contexto intrafamiliar en que los mismos parientes encubren el delito.

El relato del NNA como fuente primordial de prueba, tiende a ser incoherente en relación a la declaración que un adulto podría dar, debido a las reducidas capacidades de articulación del relato, junto con el estado de confusión en al que se encuentra. Hay una contraposición entre las necesidades de prueba del proceso en relación a las necesidades de reparación y las posibilidades psicológicas de hacer frente a la experiencia vivida.

Única excepción legal es el artículo 191 bis del CPP, tratándose de la prueba anticipada de la declaración del NNA. Sin embargo, el proceso penal tiene particularidades y complejidades

¹⁹⁶ Boletín N° 9.245-07, Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, 22 de enero de 2014, Sesión 89ª ordinaria del Senado, en miércoles 22 de enero de 2014, Legislatura Número 361.

que no pueden ser subsanadas por esta norma, por lo que resulta insuficiente para la protección integral de los derechos y la integridad psíquica y social de la víctima en su paso por el proceso judicial.

Antecedentes Jurídicos Boletín N° 9.245-07 Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales:

La situación descrita en los antecedentes de hecho, *“importa que el interés del menor de edad se encuentra supeditado a los objetivos generales de la investigación y el proceso penal, en abierta infracción al principio del interés superior del niño o niña.”*¹⁹⁷ El ordenamiento jurídico olvida la consideración que deberían tener los menores como víctimas, como menores de edad, y como víctimas de delitos sexuales. Actualmente deben de conformarse con las normas generales de los intervinientes en el proceso.

Sin embargo, las normas generales de los intervinientes con contemplan la hipótesis de la eventual lesividad que podría implicar la participación del NNA en el proceso penal, quien se encuentra en un estado de *severa fragilidad psicológica*, es decir, el proceso actúa bajo el supuesto de que la víctima cuenta con la capacidad emocional, psicológica y social suficiente para enfrentar el proceso.

El objetivo en suma es la de reducir el impacto negativo que importa el proceso penal para un menor de edad víctima de delitos sexuales, adecuando las normas del procedimiento que rige a las especiales circunstancias de estos menores de edad.

Para cumplir adecuadamente con este objetivo se debe considerar la situación jurídica de los NNA que participan en el proceso penal, desde dos perspectivas: (I) individualmente considerados, los NNA gozan de ciertos derechos en su calidad de menor de edad, así como víctimas de un delito; (II) reconocimiento del estatuto jurídico particular de ser menor de edad víctima de abusos sexuales.¹⁹⁸

El diseño procedimental de nuestro sistema penal debe de considerar aspectos particulares del menor -la etapa evolutiva del menor de edad, sus circunstancias personales y emocionales, cognitivas, físicas, idiomáticas, étnicas, culturales y de género- en base al principio

¹⁹⁷ Boletín N° 9.245-07, Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, 22 de enero de 2014, Sesión 89ª ordinaria del Senado, en miércoles 22 de enero de 2014, Legislatura Número 361.

¹⁹⁸ Fue desarrollado en el capítulo cuarto.

interpretativo del interés superior del niño. Ello implica una limitación al número de veces que puede declarar el NNA en el proceso penal, que supone la limitación de los mecanismos de investigación penal y defensa del imputado.

A fin de cuentas, se establece la necesidad de implementar ciertas medidas de resguardo, es la imposición de ciertas condiciones y restricciones a las facultades de los jueces y de los fiscales de forma tal, que permita la adecuada protección de los NNA. Las medidas de resguardo no sólo serían en beneficio del menor, sino que también de los demás intervinientes.

No solo se limita el número de veces en que debe declarar el menor, sino que la persona quien interroge o tome dicha declaración debe estar debidamente entrenada y capacitada al respecto. También se debe contar, de forma obligatoria con instalaciones adecuadas para la toma de declaración, ya sea una sala especial en los TOP o sala Gesell en los Tribunales de Familia. Cumpliendo con los requisitos anteriores, se estaría respetando la integridad psíquica del NNA, así como se garantizaría la imparcialidad de la entrevista y se ofrecen condiciones óptimas al menor para que realice la entrevista sin presiones ni hostigamientos.

De esta forma, se respetarían las normas establecidas en la CIDN incorporado por el Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 24 de septiembre de 1990., en relación a su artículo 3.1 que indica la consideración primordial que deben atender las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos en todas las medidas relacionadas a los NNA.

Siguiendo la misma línea de ideas, se respetaría el artículo 12 del CPP que otorga la calidad de interviniente a la víctima, en este caso menor de edad, así como los artículos 191 bis, 280 y 320 del mismo cuerpo legal. Respecto del 191 bis en relación al 280, se ampliaría los beneficios que esta excepción otorga en relación a los NNA, lo que permitiría abarcar las extensas particularidades del proceso penal y presentar la declaración videograbada como prueba anticipada. De esta misma forma se respetaría el art.41 de la Ley N°19.968

Como bien se señaló anteriormente, se vulneraría el numeral primero y cuarto del art. 19 de la CPR, por parte de la institucionalidad estatal, la integridad psíquica y el derecho a la intimidad de los menores, por lo que la implementación del sistema de declaraciones videograbadas revertiría la situación de vulneración de derechos constitucionales. Asimismo, al implementar un lugar seguro y adecuado para que el menor puede ejercer su derecho a ser oído -numeral

tercero del art.19 CPR, pues podría dar un relato más detallado en un ambiente cómodo y adaptado a su edad.

1.2.- Contenido del Proyecto.

En su artículo primero se menciona el objetivo, consistente en el establecimiento de medidas especiales de protección que deberían observarse respecto de los menores de edad que sean presuntas víctimas de delitos sexuales, a efectos de prevenir la victimización secundaria.

Se contemplan modificaciones en la manera en que el sistema procesal penal toma contacto con el NNA víctima, en la etapa de investigación como en la judicial.

Lo más importante de este proyecto es que se abarca una entrevista videograbada, no sólo en la etapa judicial -como lo es el artículo 191 bis del CPP- sino que también se procede a regular una entrevista videograbada en la etapa investigativa¹⁹⁹, estableciendo que ésta debe hacerse en el plazo de 72 horas desde la denuncia o, en caso de que el menor sufra algún impedimento, desde que éste último haya terminado.

Ambas entrevistas deberán ser realizadas por un entrevistador especializado y capacitado en la materia en salas acondicionadas, debiendo guardar el registro audiovisual de la entrevista y su transcripción completa en la carpeta investigativa. El acceso a las entrevistas es reducido, estableciendo el proyecto, las personas que tendrán acceso a ella, siendo sancionada la vulneración de reserva a quien no respete la confidencialidad.

El proyecto en cuestión, otorga un estándar del formato institucional que debe tener la entrevista, contrario al sistema actual en donde cada institución tiene su propio formato de entrevista. Así, a modo de ejemplo, la 35ª Comisaría de Delitos Sexuales, tiene la Guía de Auxilio, Apoyo, Orientación y Contención de las Víctimas de Agresiones Sexuales, la que no se encuentra institucionalizada, sino que es sólo para esa comisaría, sin compartir la información con otros cuerpos policiales.

En lo referido a las primeras decisiones que se deben tomar por la autoridad al momento de contactarse con el NNA, se dispone que el MP deberá establecer medidas y protocolos necesarios para regular la recepción de la denuncia. Actualmente el MP publicó el 17 de

¹⁹⁹ La entrevista investigativa se entiende como una herramienta de investigación penal, que permite obtener un testimonio válido, mediante técnicas específicas, por parte de un NNA.

noviembre de 2015, el Oficio N° 914 – 2015, que instruye los criterios de actuación respecto de los delitos sexuales, estableciendo, como bien vimos en el capítulo segundo, los protocolos a seguir ante la denuncia de una agresión sexual cuya víctima corresponda a un menor de edad.

Una innovación bastante provechosa que dispone el proyecto, es el mejoramiento de la articulación entre los Tribunales Penales y los Tribunales de Familia, estableciendo que el registro íntegro de la entrevista debe ser remitido al tribunal que no la tenga, con la finalidad de evitar la reiteración innecesaria de declaraciones, pudiendo de esta forma, por ejemplo, prescindir de la declaración en el proceso penal, pues ya se realizó en ámbito de familia. De esta forma la solicitud de entrega de información audiovisual entre ambos tribunales también da paso a la entrega de antecedentes de la causa en cuestión.

Respecto de la declaración en sede judicial, ésta debe ser solicitada por el fiscal, el querellante representante del menor o por el curador ad litem, tan pronto se haya formalizado la investigación, o en subsidio, cuando se haya declarado la rebeldía del imputado.

El juez citará a una audiencia, en la cual deberán asistir todos aquellos con derecho a comparecer en la audiencia de juicio oral, *“aplicándose normas afines a aquellas fijadas respecto de la entrevista investigativa, tendientes a prevenir su victimización secundaria, relativas a las personas que pueden tomar contacto con el menor de edad, los requerimientos tecnológicos y las normas sobre continuidad y suspensión de la audiencia.”*²⁰⁰ La idea es privilegiar las instalaciones utilizadas previamente en la primera entrevista, ya que el menor se sentirá más cómodo al reconocer la sala y el entrevistador.

1.3.- Legislación Comparada como Fuente del Proyecto.

Con fecha 6 de mayo de 2015, la Biblioteca del Congreso Nacional contribuyó con Informe *“Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada”*²⁰¹.

²⁰⁰ **INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN JUSTICIA Y REGLAMENTO**, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Boletín N°9.245-07. Fecha 10 de marzo de 2014. P.11.

²⁰¹ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. TRUFFELLO, Paola. HAFNER, Annette; WEIDENSLAUFER, Christine. CAVADA, Juan Pablo. Asesoría Técnica Parlamentaria. ptruffello@bcn.cl , Anexo 3185. 05.05.2015

1.3.1.- Unión Europea:

En la Unión Europea, según el informe de la Comisión Europea²⁰² “Resumen sobre el rol de los niños en procedimientos penales en 28 Estados Miembros de la Unión Europea”²⁰³ (2014, en adelante, el Informe) en 28 jurisdicciones se han establecido requisitos especiales para el entorno físico en el cual se desarrolla la o las entrevistas de menores de edad, para evitarles un trauma adicional.²⁰⁴

De esta forma se distinguen ciertas reglas especiales que se aplican respecto de distintos elementos, así, por ejemplo, establecen que tales reglas se aplican si el NNA tiene una edad determinada (menores de 14 años en Hungría, menores de 16 en Escocia) o en caso de delitos de determinado carácter (abusos sexuales en Italia y Polonia). Las reglas especiales mencionadas consisten en: 1) La presencia de una persona a la vez que entreviste al menor;²⁰⁵ 2) uso de pantalla o técnicas audiovisuales para que el NNA no tenga contacto directo con el agresor; 3) Obligación de ausentarse en la audiencia por parte del agresor.

También se puede apreciar otro grupo de reglas especiales respecto de la realización de la entrevista: 1) persona profesionalmente capacitado²⁰⁶; 2) Participación de una persona especialista, como un psicólogo, en la entrevista; 3) Videograbación de las mismas.

La videograbación mencionada se encuentra regulada en 17 países de forma obligatoria. Siguiendo la misma línea, la mayoría de las jurisdicciones restringen el número de entrevistas, no así Grecia, Finlandia, Malta y Escocia.

Llama la atención que algunas jurisdicciones que permiten que le menor sea acompañado por una persona de su confianza, lo que a nuestro parecer debería incluirse dentro del proyecto, pues “persona de confianza” no limita la calidad o el tipo de relación que tenga con el menor de edad, quedando a discreción del menor, determinar quién lo puede acompañar. De esta

²⁰² Comisión Europea. “Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union”. Disponible en: <http://bcn.cl/1qmog> (Febrero, 2016).

²⁰³ *Summary of contextual overviews on children's involvement in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union*

²⁰⁴ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. TRUFFELLO, Paola. HAFNER, Annette; WEIDENSLAUFER, Christine. CAVADA, Juan Pablo. Asesoría Técnica Parlamentaria. ptruffello@bcn.cl , Anexo 3185. 05.05.2015 p.13

²⁰⁵ Austria, Alemania y Polonia.

²⁰⁶ Mismo requisito que se solicita en el Proyecto de ley.,

forma se respeta el derecho a ser oído, así como interés superior del niño y la autonomía progresiva de NNA.

Otra técnica para realizar la entrevista, que podría considerarse más integrativa, es la opción de ser entrevistado de forma remota, mediante una videoconferencia. Es importante considerar que esta opción sea regulada, dado que en los otros formatos de entrevista videograbada se considera que el menor de edad se encuentra en sus plenas condiciones físicas, dejando de lado a la persona de discapacidad física, limitando sus posibilidades de movilización.

1.3.2.- Reino Unido:

En Reino Unido se aplica la Guía “Logrando la mejor evidencia en el proceso penal: Orientación sobre entrevistas a víctimas y testigos de entrevista, y Orientación sobre el uso de medidas especiales” (ABE)²⁰⁷, del año 2011, que recomienda un procedimiento detallado para entrevistar a los niños testigos. ABE regula cuestiones prácticas del proceso como el primer contacto con el testigo o NNA víctima, cuando realizar la entrevista y cuestiones a considerar respecto de niños muy pequeños, con discapacidades o que están psicológicamente perturbados²⁰⁸.

Las medidas especiales reguladas en la Ley de Justicia Juvenil y Evidencia Criminal de 1999, introdujo medidas tales como: 1) uso de pantallas, enlaces televisivos, videograbaciones y aparatos de comunicación especiales; 2) prestar la declaración en privado; 3) eliminación de pelucas.

1.3.3.- Perú y Argentina:

A partir del 2007, se ha implementado en Perú el proyecto llamado “El Estado y la sociedad civil frente a la violencia, abuso sexual infantil y la explotación sexual infantil”, el que se encuentra a cargo de distintas instituciones como el Poder Judicial, MP y diversos Ministerios junto con gobiernos regionales. Su gestión y ejecución financiera se encuentra a cargo del Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus

²⁰⁷ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on interviewing victims and witnesses, and guidance on using special measures, ABE. Disponible en: <http://bcn.cl/1qg98> [consultada en: abril de 2015].

²⁰⁸ The Crown Prosecution Service. Safeguarding Children as Victims and Witnesses. Op. cit.

siglas en inglés)²⁰⁹. Siguiendo el programa, paulatinamente se han instalado las salas Gesell, bajo una política de integración y coordinación de las instituciones que participan en el proceso, de forma de disminuir la victimización secundaria.

“En virtud de dicho Proyecto, se aplica en Perú, el procedimiento de atención a NNA víctimas y testigos de violencia, abuso y explotación sexual infantil. Dicho procedimiento constituiría un esfuerzo interinstitucional con el objeto de evitar la revictimización, y brindar una atención única, rápida, oportuna y eficaz, en la recepción de la denuncia penal a nivel policial y fiscal, y en la realización de los peritajes del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público y entrevista única al niño, niña y adolescente, velando además por que la víctima y el testigo reciban atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica, que incluya también a la familia de la víctima.”²¹⁰

Llama la atención que en Perú tanto las pericias médico-legales en todas sus variantes, protocolo de pericia psicológica y la entrevista única se realizan en una sola oportunidad al mismo tiempo. Para ello, los distintos intervinientes del proceso se juntan para coordinar esta declaración y pericias a realizar, como la forma de abordarla.

El proyecto de ley, Boletín N°9.245-07 sobre entrevista grabadas en videos y otras medidas de protección, utiliza las etapas de la entrevista establecidas en Perú, es decir, inicia con el *rapport* o confianza, el conocimiento del desarrollo sexual de la víctima, los hechos constitutivos de la agresión sexual y, finalmente, cierre de la entrevista.

Perú, a diferencia de Chile, tiene un Fiscal de Familia, que dirige esta entrevista única, y el psicólogo exigido se encuentra adscrito al Instituto de Medicina Legal, éste último es quien actúa directamente con el NNA -siendo el entrevistador especializado que se señala en el

²⁰⁹ Dicho Programa se fundaría en diversas normas de rango constitucional, legal e internacional. Entre ellas, la Ley N° 27.055, que Modifica diversos artículos del Código de los Niños y Adolescentes y del Código de Procedimientos Penales, referidos a los derechos de las víctimas de violencia sexual (22/1/1999); la Ley N° 27.115, que Establece la acción penal pública en los Delitos contra la Libertad Sexual y un nuevo procedimiento (26/4/1999); el Código de Procedimientos Penales (Arts. 143' y 146' (ley 9024 - 16/1/1940 y sus modificaciones); el Código de los Niños y Adolescentes (Título Preliminar, arts. IX y X. Arts. 21', 38, 144, inc. b), 244 (21/7/2000)); y la N° Ley 28.950, contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (16/1/2007). González Barbadillo, Miguel Ángel. Ob cit.

²¹⁰ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. TRUFFELLO, Paola. HAFNER, Annette; WEIDENSLAUFER, Christine. CAVADA, Juan Pablo. Asesoría Técnica Parlamentaria. ptruffello@bcn.cl, Anexo 3185. 05.05.2015 p.18.

proyecto. Nos interesa destacar, la figura del “Fiscal de Familia”, pues se puede ver como una figura que agrupa lo que en Chile sería, el fiscal a cargo -proceso penal- y el Tribunal de Familia -proceso proteccional- unificándolos de forma tal, que hace más eficiente el proceso en sí. Ahora bien, la legislación peruana contempla también un fiscal penal paralelo al de familia, sin embargo, creemos que un Fiscal de Menores, podría integrarse como figura en el proyecto de ley.

Argentina por su lado incorporó una modificación al Código Procesal de la Nación en sus artículos 250 bis y ter, en los que establece un procedimiento especial para la declaración de NA víctimas de lesiones o delitos contra la indemnidad sexual.

Tal procedimiento proteccional de Argentina, distingue entre menores de 16 y 18 años., estableciendo que solo pueden ser entrevistados por un psicólogo especialista en NNA, designado por el tribunal, pero ni éste ni ninguna otra institución pueden interrogar directamente al menor.

De la revisión de la legislación comparada se destacan ciertas conclusiones en el mismo texto las cuales consisten en: 1) en general todos los países exigen que las entrevistas a NNA se limiten al mínimo posible, sin indicar un número determinado de entrevistas; 2) En algunos casos, las reglas especiales en esta materia se aplican solo hasta cierta edad (14 o 16 años), otros no distinguen; 3) Suecia extiende la aplicación de las reglas especiales para las declaraciones de NNA, a los infractores de ley penal relevando por tanto la protección a la condición de menor de edad y no de víctima o testigo; 4) En Bélgica, esta normativa especial se aplica especialmente a los delitos graves, en Argentina solo a delitos de lesiones o contra la integridad sexual, mientras que en Reino Unido se aplica a todos los casos en que NNA sean víctimas de delito; 5) Se procura que la entrevista sea efectuada por la misma persona. En Suecia se intenta que quien entreviste, conozca con anterioridad al niño en su entorno (casa, colegio, etc...); 6) Existe disparidad sobre quien realiza la entrevista (policía, fiscalía, jueces, psicólogo), pero en general se dispone que la persona debe estar capacitada en materia de delitos contra menores de edad. 7) En algunos casos la videograbación de la entrevista es obligatoria, en otros opcional; 8) En Perú, las pericias medico legales (físicas y psicológicas), así como la entrevista, se efectúan en un mismo momento; y 9) En Alemania, Perú y argentina, se dispone expresamente que pueden presenciar la entrevista determinados intervinientes (juez, fiscal, imputado, defensa de la víctima y del imputado), y efectuar preguntas a través del juez o de quien realiza la entrevista.

1.4.- Discusión parlamentaria del proyecto del primer informe de fecha 10 de marzo de 2014.

En el presente punto sólo se darán a conocer las ideas y conclusiones más relevantes, a opinión de las autoras, que se presentaron durante el debate de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento,²¹¹ a efectos de no reiterar ideas y fundamentos de forma innecesaria.

A las sesiones en que la Comisión trató esta iniciativa concurrieron, por el Ministerio de Justicia, el Subsecretario de dicha Secretaría de Estado, señor Sebastián Valenzuela, y la abogada asesora señora Bárbara Sanhueza. En representación del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, asistieron los abogados señor Eduardo Ramírez y señora María Paz Rute y el asesor señor Cristóbal Pérez. Por el Ministerio Público, participaron el Fiscal Nacional, señor Sabas Chahuán; la Directora de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, señora Patricia Muñoz, y el Director de la Unidad de Comunicaciones, señor Christian Fuenzalida. En representación de la Defensoría Penal Pública concurrieron la Jefa Nacional de Estudios de esa institución, señora Francisca Werth, y el abogado de la misma unidad, señor Francisco Geisse. Por la Fundación Amparo y Justicia, asistieron su Presidente, señor Ramón Suárez, y el abogado señor Maurizio Sovino. Especialmente invitada, asistió la abogada y académica señora María Elena Santibáñez. Igualmente, concurrieron la asesora del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, señora Paz Anastasiadis; la asesora de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, señora Catalina Rizo, y el asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señor Francisco Montero. Y finalmente en representación de la Biblioteca del Congreso Nacional, participó el abogado señor Juan Pablo Cavada.²¹²

²¹¹ Para mayor profundización de las ideas individuales de los participantes, ver Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 10 de marzo de 2014. P. 11 a la 40. Disponible en Cámara de Diputados de Chile, Boletín 9245-07, 2014. [en línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9657&prmBL=9245-07. P. 27 [consulta 10 de febrero de 2016].

²¹² Cámara de Diputados de Chile, Boletín 9245-07, 2014. [en línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9657&prmBL=9245-07. P. 27 [consulta 10 de febrero de 2016].

1.4.1.- Posición de la Corte Suprema:

En conformidad a la noticia en la página de www.abogados.cl, Sergio Muñoz, Presidente de la Corte Suprema, manifiesta su postura a favor de la entrevista videograbada, e inclusive, señala que prescindiría de la declaración de los NNA, pues es una revictimización injustificada.²¹³ Sus palabras fueron: "*Eliminaría la declaración de los niños en todo tipo de delitos, porque creo que debe el Estado ser capaz de investigar los hechos ilícitos, con ausencia de los menores*".

Establece que las teorías del caso, tanto de la fiscalía como de la defensoría, deberían de adecuarse a la grabación de la declaración y los antecedentes que recopilen, porque conforme el diagnóstico de 2014, los NNA declaraban hasta 10 veces entre el hecho y el juicio: "*desafortunadamente, hay muchos casos en que pasa muchísimo tiempo entre el hecho y cuando es llamado el menor. Si a nosotros nos es difícil recordar hechos con connotación positiva, cómo será para un menor un hecho de connotación negativa, lo trata de borrar automáticamente*".

A su opinión, las salas especiales o las salas Gesell, solo mitigan monetariamente, es una solución parche, no elimina la victimización secundaria. Sin embargo, en conformidad a las Observaciones a proyecto de ley que regula las entrevistas videograbadas, material entregado a la Comisión con fecha 29 de abril de 2015, expuso nuevas ideas al respecto.²¹⁴

En primer lugar, el derecho de abstenerse en casos graves del imputado debería extenderse a las víctimas y testigos. En segundo lugar, señala la necesidad de que los NNA sean atendidos en lugares adecuados para ellos, con la participación de padres o adulto responsable legalmente siempre que no sean los ofensores. Debería también estar un profesional de salud mental presente para la determinación de la factibilidad del testimonio, rechazando la presencia de policías.

²¹³8 de agosto 2014. "Eliminaría la declaración de niños en todo tipo de delitos" - Fuente: El Mercurio, viernes 08 de agosto de 2014. [en línea] «http://www.abogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/contenido_detalle.html&idcat=1194&nseccion=%3a%20%22Eliminar%eda%20la%20declaraci%3n%20de%20ni%20fios%20en%20todo%20tipo%20de%20delitos%22%20%2d%20Fuente%3a%20El%20Mercurio%2c%20viernes%2008%20de%20agosto%20de%202014%20» [23 de febrero de 2016]

²¹⁴ Observaciones del Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, señor Sergio Muñoz G. al proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Disponible en línea en: Cámara de Diputados de Chile, Boletín 9245-07, 2014. [en línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9657&prmBL=9245-07. P. 27 [consulta 10 de febrero de 2016].

Al igual que en su comentario expuesto en la entrevista anterior, persiste en la necesidad de prescindir en la mayor medida posible la concurrencia de los NNA. Critica la limitación de la regulación y alcance de la entrevista videograbada, estableciendo que debería extenderse a todos los delitos que afecten a los menores, sea en calidad de víctima o testigo.

Desde su perspectiva, concibe que el nivel de profesionalización en la investigación hoy en día, se puede prescindir de la declaración del menor de edad. Apunta la importancia que tiene la protección de la indemnidad de los niños, más que castigar el hecho punible.

1.4.2.- Posición de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público:

En conformidad al Oficio FN N° 325/2014 de fecha 9 de mayo de 2014, el Fiscal Nacional de ese año, Sabas Chahuán, hace presente que el proyecto de ley debe considerar la normativa procesal penal y constitucional actual atendiendo a las funciones exclusivas del MP.

A opinión del MP, se debe hablar de niños, niñas y adolescentes y no de menor de edad, para un tratamiento más específico. Asimismo, añade la necesidad de ampliar a todos los NNA víctimas de delitos, no hacerlo exclusivo de los que son víctimas de atentados sexuales, pues los menores son víctimas de diversos delitos como lo es la VIF, o por ejemplo aquellos delitos relacionados con la pornografía infantil.

Critica la limitación que implica la definición de victimización secundaria en su inciso tercero del primer artículo, pues es un concepto que en psicología está en constante desarrollo. Al limitar con una definición fija, no se considera las consecuencias asociadas a la ocurrencia de un delito y del tránsito del NNA en los procesos penales y protectores.

Respecto de los protocolos generalizados que se quieren establecer, considera el MP que debería dejarse a discreción del fiscal a cargo de la investigación, pues las necesidades de información y protección de la víctima dependerá caso a caso. Además, los fiscales se encuentran capacitados en virtud del instrumento GEV, Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales, como también se dispone de los funcionarios especializados de los URAVIT.

En relación a los peritajes, el proyecto impide cualquier comunicación verbal con el menor, sin embargo, se entiende que el medico se encuentra capacitado en la materia, además necesita recabar información para realizar la anamnesis. Inclusive, respecto del peritaje sobre la

credibilidad del relato, el que debe hacerse a partir de la grabación también, limita y excluye fuentes de datos para pericias de distinta naturaleza.

Señala el MP, que en la práctica sería imposible cumplir el plazo de realizar la entrevista investigativa en 72 horas, dado que por lo general las víctimas develan posteriormente al plazo. Además, la imposición de un plazo a la institución que dirige exclusivamente la investigación, se encuentra fuera de lugar.

Siguiendo con la entrevista investigativa, es menester señalar respecto del impedimento grave, que el proyecto de ley no determina una definición al respecto, dejándolo al arbitrio interpretativo de los fiscales.

La postura del MP respecto de la limitación de la cantidad de entrevista que se pueden realizar es negativa, pues no se condice con la realidad de la institución. El hecho de que se sume un entrevistador encargado de la declaración videograbada vulnera y excede la facultad otorgada por la CPR al Ministerio Público en la dirección de la investigación.

La transcripción de la entrevista videograbada es inútil, y utilizaría recursos humanos y tecnológicos innecesarios, pues todos los intervinientes tienen acceso a la grabación. Encuentra el MP que la obligación de registro es muy positiva, sin embargo, se debe de tener los recursos económicos y tecnológicos suficientes, lo que no tiene el MP.

Respecto de la articulación de los procesos criminales y protectores, establece que los objetivos de ambos son totalmente distintos, por los que los antecedentes remitidos del Tribunal de Familia jamás bastaran para prescindir de la entrevista investigativa. Nuestra opinión al respecto, es que no puede ser que no haya siquiera intención inicial de cooperación entre ambos procesos e instituciones intervinientes, deberían de crear un tribunal especializado en esta materia, en todos los delitos que atenten contra la indemnidad sexual de los menores, dado que es necesario analizar, investigar y solucionar este tipo de problemas de forma global, pues tienen demasiadas aristas que no se pueden satisfacer con la competencia entre el proceso penal y el protector.

Se presencia un problema operativo respecto del uso de las mismas instalaciones de la entrevista investigativa en la realización de la judicial, pues deberían trasladarse los tribunales a las fiscalías donde se tomó la declaración.

Pone en manifiesto la paradoja existente con el artículo 310 del CPP, pues vulnera las facultades atribuidas al juez en la declaración en juicio, estableciendo que deberá hacerlo un entrevistador.

En síntesis, la materia que se regula en el proyecto ley, genera altas expectativas en la sociedad en relación a lo que la Fiscalía de Chile efectivamente puede entregar. El MP entiende que para este tipo de casos se requiere de la coordinación interinstitucional, como el Poder Judicial, la red de organismos periciales, entre otros. Para ello es más práctico realizar una mesa de trabajo para fomentar la coordinación entre las instituciones. Por último, es indispensable, para la implementación del proyecto, una considerable inyección de recursos económicos para el financiamiento de las capacitaciones y especialización en la materia de los funcionarios, así como para la adaptación de las instalaciones a las necesidades de los NNA en los Tribunales Orales en lo Penal, Tribunales de Familia, Policías, entidades periciales etc...

Ahora, en conformidad a la información dada en la presentación de fecha 21 de abril de 2015 ante la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el Senado por parte de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, exhibe la situación de la sexología forense del SML, en la que hay una grave escasez de médicos ginecólogos en la atención de víctimas de agresiones sexuales, lo que se agrava más aun con el hecho de no contar con un protocolo a nivel nacional. En el área de salud mental en el SML, se indica la necesidad de registro del trabajo pericial realizado.

Ahora bien, se señala que la declaración judicial puede tener una función terapéutica para el menor, sin embargo, la postura de las autoras, considera que se debe distinguir la edad, pues la capacidad de enfrentarse a una situación así de un niño de 6 años es totalmente distinta a la de un niño de 15 años, quien lo más probable, declare teñido de venganza y rabia.

Por su parte, el Ministerio de Justicia opinó brevemente señalando que la excepción de ofrecer como prueba anticipada la declaración videograbada del menor en conformidad al artículo 191 bis de CPP, sólo anticipa la declaración judicial, dejando de lado la fase de investigación.

1.4.3.- Posición de la Defensoría Penal Pública:

Los miembros que expusieron respecto de la diferenciación que se debe hacer respecto de la calidad de víctima y de menor. En la investigación se puede discutir la calidad de víctima que puede tener la presunta víctima, no así la calidad de menor de edad, la cual es indiscutible.

Se debe considerar el respeto de los derechos de los menores de edad dentro del proceso en conformidad a los tratados internacionales ratificados por el país, así como la normativa nacional. *“Los derechos del menor de edad no deben respetarse porque éste ha sido - supuestamente- víctima de un delito, sino porque internacionalmente se le ha otorgado un catálogo reforzado de derechos humano de que goza inalienablemente.”*²¹⁵ Sólo quedara realmente establecido la calidad de víctima del menor una vez que el tribunal haya dictado sentencia al respecto.

Otro punto de bastante relevancia, es que no es necesario disminuir el número de entrevistas que se realizan, sino que se debe mejorar la calidad de las mismas, mediante acuerdos entre distintas instituciones que intervienen en el proceso de toma de declaración, garantizando de esta forma el respeto al ejercicio del derecho a ser oído. Más aun, extrapolando el punto anterior, el hecho de que se mejore la calidad de las entrevistas conllevaría, finalmente, a disminuir la cantidad de entrevistas dado que no se debe reiterar tantas veces, pues ya, la primera vez, se hizo bien.

Siguiendo la misma línea, acelera el proceso en sí mismo, al haber menor trámites burocráticos, pues el proceso y el sistema serían más eficiente. Obviamente se debería implementar las instalaciones apropiadas al efecto. Además, aunque fuese una sola entrevista en todo el proceso, ante la inexistencia de protocolos estandarizados interinstitucionales, se seguirá revictimizando al NNA.

Se debe considerar que la revictimización ocurre en la etapa de investigación, no así en la fase judicial, lo que nos lleva a concluir que es necesario en dicha etapa imponer limitaciones.

La entrevista judicial sería la única instancia para controvertir y examinar la prueba por parte de la defensa, lo que vulnera la legítima defensa y el principio de inmediación.

²¹⁵ Cámara de Diputados de Chile, Boletín 9245-07, 2014. [en línea] https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9657&prmBL=9245-07. P. 27 [consulta 10 de febrero de 2016].

Ahora bien, tienen otra instancia que no menciona la DPP, la que es el juicio oral mismo, además tiene acceso a la grabación de la misma.

Por último, se debe regular y legislar respecto de una junta calificadoras que tenga potestad suficiente para determinar la especialización y capacitación de los entrevistadores.

1.4.4.- Posición de la Fundación Amparo y Justicia:

Actualmente los NNA vulnerados por un atentado sexual deben repetir entre cuatro a siete veces a distintas personas, en el mismo proceso, y las cuales no siempre tienen la capacitación y especialización en la materia.

La constante superposición del objetivo de la investigación en relación a la protección del menor, tiende finalmente a instrumentalizar al menor de edad como objeto de prueba y el tratamiento que se le da en la declaración en la etapa judicial es de testigo, no como interviniente conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del CPP.

Queda pendiente la reducción de las instancias, actores y procedimientos en los que debe participar el NNA, así como internalizar en las diversas instituciones las preguntas improcedentes al respecto. Se debe definir la figura del entrevistador y la institución a la cual se encontrará adscrito.

Por último, se propone la necesidad de la formación especializada e instaurar un sistema de capacitación continuo, y mejorar la coordinación institucional.

1.4.5.- Posición del Ministerio del Interior y Seguridad Pública:

Los asesores del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, señalan la lamentable situación y apreciación social y pública de este tipo de delitos, en que los menores de edad mienten al respecto.

Ello debido a los casos de conmoción pública en los que al final, se absuelve al presunto acusado, pues las declaraciones de los NNA fueron impuestas por terceros, haciendo incluso creer los menores que efectivamente habían sido vulnerados.

Debe desestimarse tal opinión, y es necesario considerar y entender que la entrevista, es un instrumento o técnica de investigación criminal, por lo que obviamente debe estar a cargo del MP.

1.4.6.- Posición de la Profesora María Elena Santibáñez (invitada especial):

1. El tratamiento del relato del NNA víctima del delito sexual como objeto de prueba se debe a que en el 60% de los casos de agresiones sexuales no se dejan rastros.
2. Se debe considerar el concepto de tiempo que tiene un menor de edad en relación a los adultos, pues 1 año es un periodo de tiempo muchísimo más extenso que para un adulto, de esta forma *“un año para un menor de 6 años constituye probablemente la tercera parte de su vida desde que tiene recuerdos.”*²¹⁶
3. La declaración más temprana permite que el menor recuerde con mayor detalle y se evita así la contaminación de la declaración. Se debe considerar, a su vez, que a medida que se repite sistemáticamente el relato, se vuelve mecánica y menos creíble a fin de cuentas.
4. Se evita la posibilidad de retractación de la denuncia, en virtud de presiones por parte del imputado, pues como bien hemos visto, la mayoría de los atentados sexuales ocurren en contexto intrafamiliar.
5. La declaración videograbada constituye una ventaja para el menor en el sentido de que disminuye la revictimización, además de sacarlo rápidamente del proceso, lo que implica, finalmente, que el daño asociado al delito disminuya, permitiendo la reparación psicológica de forma más temprana.
6. La prueba anticipada contemplada en el 191 bis del CPP, no es de carácter obligatorio, y muchas veces los fiscales prefieren llevar al NNA para que los jueces puedan verlos personalmente, en virtud de la emocionalidad que conlleva.
7. Las declaraciones realizadas en las instalaciones del MP, no tienen los medios tecnológicos, por lo que las pocas declaraciones grabadas en video, son de mala calidad y no se puede escuchar claramente los dichos del menor.
8. Falta de especialización de los jueces, implica que ellos mismos recomienden no llevar a los menores a declarar en sede judicial, por el incalculable daño que tare aparejado.²¹⁷

²¹⁶ https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9657&prmBL=9245-07. P.16

²¹⁷ Cita número 1 del informe de la Comisión, p. 19: En este sentido, mencionó la sentencia TOP de Temuco, de 10 de mayo de 2006, RUC 0400030793-4, cuyo considerando vigésimo primero dice:

9. Legislar respecto de la declaración videograbada, es una muy buena idea, pues en caso de repetir el juicio, se puede trabajar sobre las declaraciones ya prestadas.
10. La persecución penal debe ceder en beneficio del principio del interés superior del niño, por el bienestar del menor.
11. En relación a la opinión del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, respecto de la presunción pública de que los menores mienten, debe entenderse que tienen la misma capacidad para mentir que cualquier víctima o testigo adulto.

Observaciones respecto del proyecto ley:

1. La necesidad de regular detalladamente al experto entrevistador, respecto de su dependencia orgánica y en cuanto a su experticia. A opinión de la profesora Santibáñez, debería pertenecer el entrevistador al Poder Judicial, al menos, respecto de la declaración judicial.
2. El proyecto debe incluir otros delitos como lo son la comercialización y el almacenamiento de material pornográfico infantil del artículo 374 bis CP.

"Que el Tribunal no ha querido dejar pasar esta oportunidad, a fin de plantear la urgente necesidad de adecuar los procedimientos adoptados, tanto por los órganos persecutores de la responsabilidad penal, como por las entidades dedicadas a la defensa criminal, en lo que dice relación con la comparecencia de los menores de edad a las audiencias de juicio, particularmente aquellos que han sido objeto de un delito de connotación sexual.

En este sentido, teniendo presente que lo primordial y obligatorio para todo tipo de autoridad, sea judicial o administrativa, es resguardar la integridad, dignidad y normal desarrollo de los menores de edad, conforme lo establece perentoriamente el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño, resulta ineludible el estudio y adopción de medidas que, sin vulnerar el derecho a defensa, minimicen la concurrencia de nuevos daños a quienes son afectados por esta clase de delitos.

Estos sentenciadores, fruto de la experiencia y del análisis reflexivo de los diversos casos, han podido apreciar que, en la gran mayoría de ellos, la víctima que concurre al juicio llega dolida, confundida, con una gran carga emocional y sujeta a enormes presiones. En estas condiciones debe enfrentarse a un escenario que no puede sino presentársele como inhóspito, desconocido y repleto de símbolos que no comprende. Es por ello que, tal como ocurre en aquellos países que gozan de un elevado y consolidado sistema penal, habrá que buscar aquellas fórmulas que permitan al Tribunal y a los intervinientes hacer saber sus inquietudes a un entrevistador especializado en temas de infancia y psicología, quien debería tener la exclusiva labor de interrogar al niño, ya sea utilizando un vidrio espejado o a través de la grabación de un video o audio directo, o cualquier otro sistema que resulte eficaz para resguardar el interés superior del menor.

La tarea propuesta no parece sencilla, pues implica que todos los actores que intervienen en el sistema, desde el momento en que se recibe la denuncia, deben adecuar su actuar al objetivo prioritario, cual es la protección integral de la víctima, y entender que la obligación de evitar procedimientos revictimizantes está sobre cualquier otra, incluso el eventual esclarecimiento de un ilícito".

3. Conforme a las características del peritaje de credibilidad del relato, es poco probable su realización a partir de la grabación.
4. Se debe considerar que, si bien se considera que a partir de los 14 años se puede consentir en las relaciones sexuales, se debe analizar caso a caso cuando se trate de un menor que se encuentre en edad cercana a la de 14, para que pueda declarar en juicio oral.

1.4.7.- Posición de UNICEF:

A opinión de UNICEF hay ciertos aspectos que deben ser mejorados o precisados en el proyecto de ley.²¹⁸

En primera instancia se analiza la figura del entrevistador, respecto del cual el proyecto no define de forma clara la vinculación de esta figura con los intervinientes procesales, del análisis del texto de proyecto, el entrevistador podría venir de cualquier repartición pública. Es necesario que el proyecto determina de que institución depende orgánicamente el entrevistador, y las características de la misma institución, al que debe ser independiente y autónoma, que asegure la cobertura nacional.

Respecto de la sala acondicionada, se debe determinar en cual institución será emplazada y cuantas deben realizarse. Deberían tomar en cuenta legislaciones comparadas como es el caso de Suecia e Islandia que tienen “casa de niño”, en las que se ofrece asistencia legal a los niños y al mismo tiempo obtener pruebas. *“Las entrevistas con los niños víctimas y testigos de la violencia se llevan a cabo en un entorno propicio al niño, tratando de evitar sesiones excesivas, lo cual ha demostrado el valor de las pruebas que se obtienen.”*²¹⁹

Otro punto a mejorar, es la figura del curador ad litem, el cual en la práctica se ha comprobado que es insuficiente pues no cumple sus funciones de acompañamiento integral en las gestiones extrajudiciales.

²¹⁸ UNICEF-CHILE, Sesión de 06 de mayo de 2015, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Proyecto de Ley que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. P.4.

²¹⁹ UNICEF-CHILE, Sesión de 06 de mayo de 2015, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Proyecto de Ley que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. P.6

El mensaje del proyecto habla constantemente de la importancia de los procesos de reparación, sin embargo, en su parte dispositiva nada se dice al respecto. Por último, al igual que varias instituciones señaladas anteriormente, les llama la atención el hecho de no incluir otros delitos relacionados con los menores, como lo es la comercialización y almacenamiento de pornografía infantil.

1.5.- Posición de las Policías:

La PDI en el informe de observaciones propuestas al proyecto de ley en cuestión,²²⁰ señala al igual que el resto de las instituciones, que el concepto de victimización secundaria puede variar a lo largo del tiempo.

Una observación bastante prudente, en relación al artículo 3º del proyecto respecto de primeros auxilios psicosociales, que deberían de considerar el contexto social de la víctima. Asimismo, deberían de dar ejemplos respecto de los elementos que configuran la situación de riesgo, como también incluir los canales de difusión masiva como concepto en la ley. Se debe detallar los plazos y el sentido y alcance de la “tramitación preferente”.

Opina que, deben incluir a esta institución dentro de los intervinientes con acceso a los registros, para futuras diligencias en conjunto con la obligación de oficio de informar una denuncia de delito sexual por un menor de edad que haya ingresado por cuenta propia.

Señalan que debería establecerse por ley la obligación de dejar constancia respecto de la evaluación para la entrega de información, para que el funcionario que posteriormente este a cargo, sepa cuál es el nivel de madurez que tiene el NNA.

Por último, se debe destacar que no corresponde dejar la entrevista investigativa y/o judicial a un entrevistador independiente, pues debe de estar adscrito a alguna institución que interviene en el proceso penal.

1.6.- Conclusión respecto del Boletín 9.245-07:

Se puede concluir que el proyecto de las declaraciones videograbadas implica una serie de beneficios para el proceso como para el menor. En primer lugar, disminuye la victimización

²²⁰ PDI, Policía de Investigaciones de Chile, Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia. Observaciones propuestas al proyecto de ley en primer trámite constitucional que regula “Entrevistas videograbadas y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales”.

secundaria, al ser atendidos por personas especializadas en la materia, y la reducción tanto del número de entrevistas como de las personas que la realizan.

El segundo lugar, mejora la investigación, la calidad de la evidencia obtenida -ya dijimos que se minimiza el riesgo de contaminación- y las decisiones judiciales, pues al grabar el relato del NNA, minimiza el riesgo de contaminación del relato, mejora el acceso a los defensores en la defensa y permite al juez presenciar el testimonio de la víctima, sin que ella sea objeto de presiones y victimización, lo que da mayor certeza a la hora de pronunciar la sentencia.

Ahora bien, respecto de las posturas expuestas en los puntos anteriores, debemos señalar los elementos, que en opinión general, deben mejorar o integrar:

1. La figura del entrevistador debe regularse de forma más detallada en virtud que se necesita saber a cuál institución estará adscrito, que institución certificará la capacitación y especialización adecuada para la materia.
2. Es necesario fijar el número de salas especializadas que deben instalarse y en que instalaciones debe construirse.
3. Se debe establecer como objetivo el aumento de la calidad de las entrevistas a efectos de disminuir el tiempo en el proceso y las entrevistas.

2.- SENAME:

En la presentación ante la Comisión del Senado con fecha 14 de abril de 2015, SENAME hizo un análisis técnico del proyecto de ley. En primera instancia da observaciones jurídicas señalando que el proyecto de ley cumple con el derecho de protección efectiva establecido en la CIDN en su artículo 4º como con el interés superior del niño, que se encuentra expresamente recogido por el artículo 4 del proyecto. Manifiesta, que al ser un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, en conformidad con su ley orgánica, es su deber resguardar especialmente la aplicación de la CIDN.

En segunda instancia procede a dar consideraciones generales, respecto del funcionario especializado del proyecto, debe ser evaluado en instancia estatal con el objeto de coordinar adecuadamente con las otras instituciones y no duplicar funciones o diligencias. Protesta respecto de la frase “presunta víctima de delito”, la que debería modificarse a “víctima de presunto delito” dado que se intenta probar el delito en sí, no la calidad de víctima del NNA.

Enuncia la necesidad de mencionar expresamente de quien es la responsabilidad de informar al funcionario especializado, pues si bien el proyecto lo menciona, solo puede inferirse que ciertas instituciones -Carabineros de Chile, PDI, MP- deben hacerlo.

Dentro de las propuestas que establece el SENAME para disminuir la victimización secundaria, se encuentran las propuestas en la Reunión Consejo Asesor de Niños, Niñas y Adolescentes de SENAME con Presidente de la Corte Suprema, don Sergio Muñoz, el Consejo expuso 7 puntos: 1) Generación de espacios más amigables para los NNA en los Tribunales de Familia; 2) Implementación de espacios de espera en los mismos tribunales en los que pueda jugar para bajar la tensión; 3) Que cualquier entrevista al NNA se haga con la ausencia de los padres, para que el relato no se vea presionado por los intereses cruzados; 4) Los jueces de familia efectivamente tomen en cuenta la opinión del menor en la práctica; 5) Que los jueces tengan una mayor disposición a charlar e iniciar una conversación con los NNA, para generar una relación más cerca y de confianza; 6) Que los NNA institucionalizados sean entrevistados privadamente por los jueces de familia cuando éstos revisen la ejecución de la medida; y 7) El Consejo propone, más que una declaración única, un entrevistador único, cosa de realizar una serie de entrevistas, pero con la misma persona, de este modo se va generando la confianza con el tiempo y las sesiones.

Respecto a la especialización de los profesionales involucrados en materia de infancia, expone la dificultad probatoria de este tipo de delitos, señalando que el 90% de los delitos de abusos sexuales que llegan a TOP, no tiene pruebas de ADN, lo que hace fundamental el testimonio del NNA.

La mayor especialización conlleva no solo al trato adecuado en la etapa de denuncia, sino que permite instalar estrategias nuevas judiciales, analizando condiciones psico-sociales de forma tal que sea una investigación más integral.

Finalmente propone una serie de mejoras al SENAME, informando que se realizaran modificación a los programas DAM, PRJ y PRM, lo que, a opinión de las autoras, no sólo lo hace por el proyecto de ley en cuestión, sino que por la serie de exposiciones de los horrores y abusos que sufren los niños institucionalizados dentro de sus instalaciones por parte de funcionarios del mismo SENAME.

Se crea el Observatorio de Abuso Sexual, y se amplía el programa de 24 Horas. Finalmente solicita ser incorporado en los comités regionales de seguridad y promover la incorporación del delito de abuso sexual en la Estrategia Nacional de Seguridad Pública.

Como bien ya hemos mencionado, respecto de la última solicitud, creemos firmemente que deben integrarse otros delitos sexuales sin limitaciones, pues hoy, solo se muestra preocupación en el delito de abuso sexual, dejando otro tipo de delito vulneratorios a los derechos de los NNA de lado.

3.- Comisión Técnica en Garantías de Derechos de Niños, niña y Adolescentes en Procesos Judiciales.

Las propuestas establecidas por esta Comisión, se detallan en el Informe Final de abril de 2015, ya citado previamente, que consisten en 7 puntos: 1) Ley de Garantías; 2) Entrevistas Video Grabadas; 3) Protocolo de Buenas Practicas Interinstitucionales; 4) Instancias de Prevención; 5) Medidas de Protección de ultima ratio; 6) Reparación y por ultimo 7) Estudio de costos.

Sin embargo, para efectos de este trabajo debemos acotar y desarrollar los puntos más importantes relacionados a las medidas de protección, por lo que nos abocaremos especialmente a los puntos 2) y 5) de formas más detallada.

4.1.- Entrevistas Video Grabadas: se debe implementar una serie de medidas necesarias para la reducción del número de entrevistas, de esta forma se puede reducir la victimización secundaria en los procesos judiciales que deben participar los NNA. La Comisión se encuentra en total acuerdo con las dos entrevistas establecidas en el proyecto de ley, así como la voluntariedad de declarar en juicio oral.

El proyecto de ley debería fijar un estatuto completo de los derechos y garantías que tienen los NNA víctimas de delitos sexuales en el proceso penal, en los delitos de agresiones sexuales, -también deja de lado, al igual que el proyecto otros delitos relacionados- mediante la consideración del interés superior del niño en la resolución de los juicios, diligencias, para fomentar el ejercicio de sus derechos.

Reitera la idea de tener instalaciones especiales para la realización de la entrevista investigativa y la judicial, de esta forma se respetaría el artículo 12 de la CIDN.

4.2.- Medidas de Protección de ultima ratio: SERNAM se compromete a establecer “casa de acogida” para todos aquellos menores de edad que hayan sido vulnerados en sus derechos por parte de sus padres o adulto responsable a cargo.

A modo de conclusión del presente capítulo, podemos contestar la interrogante ¿qué medidas o políticas está tomando el ordenamiento jurídico para mejorar la relación del menor víctima de delitos sexuales con el proceso penal, a modo de aminorar la victimización secundaria? Del análisis realizado en el presente capítulo, y toda la discusión que se ha dado y expuesto en los párrafos anteriores, da cuenta de una realidad bastante negativa. Si bien hay intenciones sumamente honestas y valorables para cambiar la situación actual, y que, de hecho, ha mejorado en estos últimos años, la aprobación del proyecto de ley se encuentra retrasada, sólo por conflictos de potestades y atribuciones que quieren mantenerse.

El Ministerio Público arguye problemas respecto de la figura del entrevistador, porque ve amenazada su atribución orgánica constitucional de dirección de la investigación. No ve el lado práctico, no está velando por la protección integral del NNA, sino que pelea por mantener su supremacía en la dirección de la investigación y de las otras instituciones.

Reiteramos nuestra opinión, que sería preferente la creación de un Tribunal Especial o Juzgado de Menores Abusados Sexualmente, que se dedique exclusivamente en los delitos contra la indemnidad sexual de los NNA, sin exclusión de delitos sexuales -como si lo hace el proyecto de ley que deja de lado delitos tales como almacenamiento y adquisición de pornografía infantil, prostitución infantil, entre otros- dado que de esta forma se evita que el NNA pase por el proceso penal y proteccional paralelo, como lo hace actualmente, -por ejemplo la realización paralela del mismo peritaje pero solicitado a distintas instituciones, MP al SML y Tribunal de Familia al DAM).

Que, si bien la cantidad de delitos no justificaría la creación de este nuevo tribunal o institución encargada de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, si se justifica por la complejidad de los casos, así como por el bien jurídico protegido -tanto por la normativa

nacional como por los tratados internacionales ratificados por Chile- pero en especial, por la calidad de menor que se debe tener presente constantemente en el proceso y que no se hace.

Se ha visto en la práctica que, desde el inicio de la reforma procesal penal en el 2000, se ha manifestado constantemente la intención de proteger a los NNA, sin embargo, como hemos manifestado a lo largo de esta investigación, en los 15 años nada ha cambiado al respecto. No puede ser que las policías, llámese la 35º Comisaria de Delitos Sexuales y la PDI, Brisexme, compitan entre sí, en vez de trabajar en grupo.

Por otro lado, se ha comprobado que el SENAME no cumple efectivamente con su misión y deber constitucional de protección de derechos vulnerados de NNA, pues como bien se ha visto en las noticias y diarios, se han denunciado reiterados casos, en que los propios funcionarios son quienes abusan sexualmente de los menores institucionalizados. Es decir, se mantiene la vulneración y se agrava la victimización primaria y secundaria de los menores.

CAPITULO 6.- Legislación Comparada: tratamiento de las víctimas NNA de delitos sexuales.

Finalmente, analizados todos los aspectos de la problemática nacional, nos queda la pregunta de ¿cómo se regula la situación de las víctimas menores de edad de delitos sexuales en la legislación comparada? Para ello, pasaremos a explicar la situación Interamericana, a partir de la jurisprudencia y obligatoriedad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para pasar después al continente europeo y sus convenios y directrices.

1.- Situación Interamericana – Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Es de público conocimiento que todo Estado que se defina como democrático y Constitucional de Derecho debe no solo acatar su legislación interna, sino que también la internacional que ha ratificado y, por lo tanto, existirá un real Estado de Derecho cuando existe un pleno sometimiento tanto a los jueces nacionales como internacionales.

Así lo establece la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ²²¹ por la cual cada vez que un Estado celebre el acto internacional de ratificación o aceptación de un tratado internacional, éste le estará afirmando al resto de la comunidad internacional su consentimiento de obligarse por dicho tratado, teniendo a la luz siempre dos principios:

- a) Pacta sunt servanda, por el cuál todo tratado en vigor obligará a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe²²² y;
- b) Observancia, donde una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.²²³

Es así como los Estados se obligan a someterse a las sentencias internacionales, dentro de las cuáles se incluyen las dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obligándose así todos aquellos Estados americanos que hayan ratificado la Convención

²²¹ Convención de Viena art.2 b)

²²² Convención de Viena art. 26

²²³ Convención de Viena, art. 27.

Americana de Derechos Humanos, o también denominado Pacto de San José de Costa Rica²²⁴ (en adelante “Convención Americana”).

Así lo establece la misma Convención en su artículo 62.1. ya que *todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención.*

A modo general, la Corte IDH presenta dos tipos de facultades:

1.- **Facultades Interpretativas:** La primera facultad de la Corte IDH consiste tanto en interpretar los tratados relativos a los derechos humanos vigentes en los Estados americanos, así como también pronunciarse sobre la compatibilidad del derecho interno con los tratados relativos a los derechos humanos en los Estados americanos. Estas facultades interpretativas las ejercerá la corte a través de la herramienta que ésta denomina “*Opiniones Consultivas*”.

2.- **Facultades Jurisdiccionales:** Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma, tales como el agotamiento de los recurso internos.

Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero sí pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado la competencia de esta. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la Corte.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

²²⁴ Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Fue ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990.

En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

1.1.- Jurisprudencia de CIDH sobre delitos sexuales contra menores de edad: hechos, razonamiento y derecho de fondo de la CIDH.

1.1.1.- Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala:

Síntesis de los hechos

El contexto donde ocurrieron estos hechos fue en el Estado de Guatemala entre los años 1962 y 1996, época en la cual existió una guerra civil en aquel país que trajo como consecuencias altísimos costos tanto humanos, como materiales, económicos y morales. En efecto, la Comisión de Esclarecimiento Histórico estimó que el saldo de muertos y desaparecidos dentro de este enfrentamiento armado interno superó a las doscientas mil personas, entre ellos niños, niñas y adolescentes.

Dentro de este contexto histórico existieron cuatro importantes masacres que la CIDH reconoce, rechaza y responsabiliza al Estado de Guatemala, específicamente contra la comunidad indígena de la región de Río Negro. Sin embargo, el caso es bastante extenso, lamentablemente violando muchos más derechos humanos que a los que acotamos en este trabajo, por lo tanto, nos remitiremos solamente a los que se abocan a niños, niñas y adolescentes.

a) Masacre de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom

Miembros del ejército guatemalteco y patrulleros de la aldea “enemiga” de Xococ llegan a la comunidad de Río Negro cargando armas, palas, lanzas, etc. Al no encontrar a los hombres de la comunidad (quienes pernoctaban en otro cerro por motivos de seguridad), éstos militares se llevan a las mujeres y niños de la aldea, a quienes los obligan caminar tres kilómetros cerro arriba sin agua ni comida. En el camino, maltratan y matan a quienes no podían continuar con la ruta, incluso mujeres embarazadas. Obligaron a las mujeres a bailar y luego tanto mujeres como niñas fueron violadas sexualmente, constando en los registros de la CIDH que al menos una de ellas se encontraba en claro estado de embarazo.

“María Eustaquia Uscap Ivoy, menor de edad para la época de los hechos, fue una de las personas que fue llevada al cerro de Pacoxom. Al llegar a dicho lugar un soldado le quitó a su hermano, a quien llevaba en la espalda. Posteriormente, fue conducida a una loma donde fue violada por dos soldados y dos patrulleros. Al regresar, encontró que su abuela, con quien había sido llevada al cerro de Pacoxom, había sido asesinada. Luego de ello, la llevaron hasta Xococ, en donde fue violada, nuevamente, por un patrullero en el mercado de aquel lugar”²²⁵

Estos mismos hechos relatados, ocurrieron reiteradas veces más²²⁶ con mujeres y niñas de dicha región de Río Negro durante todo aquel tiempo de la guerra civil. Para mayor información del caso, se puede leer la sentencia emitida por la Corte Interamericana con fecha 4 de septiembre de 2012.

Violaciones de derechos humanos declarados por la Corte Interamericana

Como ya señalamos, los antecedentes del caso, así como también sus consecuencias jurídicas son mucho más amplias que sólo la agresión sexual vivida tanto por niñas, adolescentes y mujeres de la aldea. Sin embargo, para efectos de este trabajo, sólo nos remitiremos a este tópico, con el objeto de no extenderse más de lo necesario.

La CIDH en su sentencia, declaró la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por las violaciones de carácter sexual sufridas tanto por el caso específico de María Eustaquia Uscap Ivoy, como por todas aquellas otras niñas, adolescentes y mujeres víctimas de agresiones sexuales por parte de los patrulleros y militares.

En base a esto, podemos concluir que la Corte establece que Guatemala violó la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención) en los siguientes derechos reconocidos en esta:

- 1) Artículo 1.1. de la Convención: Obligación de los Estados parte a respetar y garantizar los derechos reconocidos en esta Convención.

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

²²⁵ Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2012 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Caso Masacres de Río Negro VS. Guatemala.

²²⁶ Otro ejemplo corresponde al de la masacre de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros”.

*idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*²²⁷

- 2) Artículo 5.1. de la Convención respecto al derecho a la integridad personal, dónde se le condena al estado de Guatemala el derecho de toda persona a que se le respete su integridad física, psíquica y moral.
- 3) Artículo 11.1. de la Convención el cual se refiere al derecho de protección a la honra y la dignidad humana, dónde *“toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”*²²⁸
- 4) Artículo 11.2. de la Convención el cual expresa que *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”*²²⁹

Reparaciones establecidas en la sentencia de la CIDH

Al igual que todos los otros casos vistos por la Corte Interamericana, en primer lugar este tribunal colegiado siempre establece a modo de reparación la sentencia misma. Además de ésta, en este caso específico de las masacres de Río Negro VS. Guatemala la Corte ordenó las siguientes reparaciones:

- 1) Que se debe investigar, sin mayor dilación y de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas, con el propósito de juzgar y sancionar a los presuntos responsables.
- 2) Se debe realizar una real búsqueda del paradero de las víctimas desaparecidas forzosamente,
- 3) Se deben realizar las debidas publicaciones de esta sentencia de la Corte en los medios de comunicación guatemaltecos,
- 4) Se debe realizar un acto de reconocimiento público de responsabilidad internacional del Estado de Guatemala,
- 5) Nuevas obras de infraestructura y servicios básicos a la comunidad de Río Negro,
- 6) Implementar un plan de rescate de la cultura Maya de dicha región,
- 7) Se debe brindar por parte del Estado, tratamiento tanto médico, psicológico y psiquiátrico a las víctimas del presente caso,**

²²⁷ Artículo 1.1 Convención Americana de los Derechos Humanos.

²²⁸ Artículo 11.1 Convención Americana de los Derechos Humanos.

²²⁹ Artículo 11.2 Convención Americana de Derechos Humanos.

- 8) Guatemala deberá pagar las cantidades fijadas por la Corte a modo de indemnizaciones tanto por daños materiales como inmateriales.²³⁰

1.1.2.- Caso Contreras y Otros VS. El Salvador

Síntesis de los hechos

Al igual que el caso anterior guatemalteco, este caso se inserta también en el contexto de un conflicto armado interno desarrollado en El Salvador entre los años 1980 a 1991. Durante esos años se registraron serios hechos de violencia, los cuales incluyen desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas, sustracción de menores de las familias de oposición para educarlos bajo el régimen militar y su concepción ideológica, entre otras atrocidades.

Al igual que el caso anterior, este conflicto tiene una infinidad de aristas y distintas historias, sin embargo, como hicimos con el anterior, sólo nos abocaremos en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales.

Dentro de este contexto, Gregoria Herminia Contreras, a la edad de sólo cuatro años fue sustraída de sus padres y capturada por los militares, cuando sus padres huían de estos en el contexto de un operativo militar de grandes proporciones denominado “Invasión Amarillo”. Tanto los padres como el resto de la familia Contreras hizo durante años múltiples gestiones para localizar a su hija sin ningún tipo de resultados hasta el año 2006 donde se reencuentran, es decir, a la edad de veintiocho años.

Cuando fue capturada por los militares, ésta fue asignada a una familia de militares donde le cambiaron tanto el nombre, como la fecha y lugar de nacimiento. En la demanda frente a la Corte, se puede constatar que Gregoria Contreras durante toda su infancia y adolescencia con ésta familia fue objeto de distintos abusos físicos y psicológicos, obligándola a realizar labores domésticas. Durante el transcurso de todo este tiempo, la menor fue objeto de múltiples y graves maltratos físicos, psicológicos, agresiones sexuales permanentes y reiteradas así como también amenazas de muerte.

²³⁰ Específicamente en el caso de María Eustaquia Uscap Ivoy se condena a Guatemala a pagarle USD\$15.000 (quince mil dólares americanos) por su calidad de víctima de violación sexual, así como también USD\$10.000 adicionales en calidad de sobreviviente de las masacres.

Violaciones de derechos humanos declarados por la Corte Interamericana

Como ya vimos con el caso anterior de Río Negro VS. Guatemala, todo caso es siempre mucho más amplio de lo que nos podemos remitir en este caso específico. Es por esto, que sólo trataremos los derechos violados tocados por la Corte con respecto a los hechos en que hicimos énfasis en el caso, sin perjuicio de existir muchos más afectados y así también muchos otros tipos de violaciones a los derechos humanos.

Así, la Comisión como la Corte Internacional de Derechos Humanos estimó que la violencia sexual a la que fue sometida Gregoria Contreras por largos años de su vida así como también las reiteradas violaciones puede ser considerada como un acto de **tortura**, y así por tanto, atentan gravemente contra los artículos 5.1. Y 5.2. De la Convención.²³¹

Así también, es inevitable no entender estas agresiones también como una clara afectación a su vida privada, afirmando así la Corte que también a su vez se ve infringido por El Salvador el artículo 11 de la presente Convención (derecho al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad).

Es de especial interés estas reiteradas agresiones sexuales que sufren dentro de este contexto socio político de guerras civiles los niños, niñas y adolescentes, así como también las mujeres adultas. Así lo han notado numerosas organizaciones internacionales ya que “Asimismo, ha sido reconocido por diversos órganos internacionales que durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”. Además, “la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia”, siendo las niñas las más expuestas a sufrir este tipo de violencia.”²³²

²³¹ Artículo 5.1. CADH “Toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral”

Artículo 5.2. CADH “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

²³² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones. Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 16; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones de 2001, *Informe de la Sra. Radica Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, con inclusión*

Reparaciones establecidas en la sentencia de la CIDH

- 1) Que se debe investigar, sin mayor dilación y de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas, con el propósito de juzgar y sancionar a los presuntos responsables.
- 2) Determinar el paradero de los otros niños y niñas desaparecidos forzosamente en aquella época.
- 3) Recuperación de la verdadera identidad de Gregoria Herminia Contreras
- 4) Asistencia médica, psicológica y psiquiátrica tanto a Gregoria Contreras como a otras víctimas
- 5) Publicación y difusión de la sentencia por parte de los medios de comunicación masivos del Estado de El Salvador.
- 6) Realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional de El Salvador
- 7) Indemnizaciones compensatorias tanto por daño material como inmaterial ²³³

1.2.- Obligatoriedad de la CIDH para el Estado de Chile:

1.2.1. Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH

El artículo 68.1. de la Convención Americana establece que “*los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*”, estableciendo así la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana. Sin embargo, esta obligatoriedad no afectará sólo a los Estados parte de un conflicto determinado, sino que también al resto de la comunidad internacional. Esto, porque el artículo 69 de la Convención Americana establece lo siguiente: “*El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención*” esto por la razón de que dichas

de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, “La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997- 2000)”, E/CN.4/2001/73, párr. 44.

²³³ En el caso de Gregoria Contreras, la CIDH condena al Estado de El Salvador a pagarle la suma de USD \$120.000 (dólares americanos) en su carácter de víctima desaparecida y reencontrada a modo de daño inmaterial o “moral”.

sentencias establecen interpretaciones auténticas de la Convención Americana y por lo tanto pasarán a formar parte de la Convención misma.

A su vez, debemos recalcar que las sentencias de la Corte IDH tienen el carácter de definitivo e inapelable, estableciéndolo así el artículo 67 de la Convención Americana.

Por otro lado, la obligatoriedad de estas sentencias no sólo se basa en los artículos precedentes, sino que también en principios generales que no debemos pasar por alto.

Uno de ellos corresponde al derecho de la víctima a la *tutela judicial efectiva* internacional, es decir, que su derecho no sólo sea declarado en el fallo, sino que también éste sea efectivamente ejecutado. Por lo cual, las víctimas de violación de derechos humanos cuentan frente a la Corte Interamericana con un verdadero derecho a que ésta les garantice el goce de su derecho o libertad conculcados; y si ello fuera procedente, a que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.²³⁴

Así lo asegura también la Convención Americana en su artículo 25, donde establece en su numeral primero que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*. Continúa y deja establecido de una forma aún más clara este derecho de tutela judicial efectiva en su numeral segundo letra c) donde establece que los Estados Partes se comprometen a *“garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado precedente el recurso”*.

Este tema no deja de ser relevante, y en especial si estamos hablando de facultades jurisdiccionales en el derecho internacional, ya que siempre ha despertado polémica cuál es el real grado de efectividad del derecho internacional público, donde se encuentra incluida también, nuestra Corte Interamericana. Hablamos, en definitiva, de la real capacidad que posee la Corte para juzgar y luego ejecutar o hacer ejecutar lo decidido en la sentencia, lo cual finalmente expresará la real (o no) independencia y autonomía de estos jueces, lo que, de ser así, representará un avance democrático indudable, siendo así este derecho internacional una

²³⁴ AYALA CORAO, Carlos. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007, Talca, p. 132.

proyección de los mismos principios y valores de dignidad humana, libertad e igualdad defendido por cada una de las legislaciones internas de los Estados Partes.

Dicho de otro modo, esta obligatoriedad que caracteriza a estas sentencias internacionales forma parte de las reglas o pilares básicos del derecho internacional, y como afirmábamos en un comienzo, requisito esencial para que un Estado sea efectivamente de Derecho y se pueda garantizar así, realmente la protección de toda persona humana.

1.2.2.- Reconocimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por el Estado de Chile:

Efectos de las Sentencias de la Corte Interamericana

Cuando hablamos de “sentencias” estamos hablando de aquellas dictadas por la Corte en el ejercicio de su facultad jurisdiccional o contenciosa, es decir, excluyendo a los pronunciamientos interpretativos (opiniones consultivas). Estos fallos pueden ser de cuatro tipos:

- i) Excepciones preliminares
- ii) Fondo del conflicto
- iii) Reparaciones
- iv) Interpretación de sentencias

En el presente trabajo, nos abocaremos exclusivamente a las sentencias que tratan el fondo de la materia y las acerca de las reparaciones a las víctimas, tanto por razones de no alargarnos excesivamente en la materia como también porque éstas dos son las que presentan mayor interés para lograr nuestros objetivos.

Como ya veníamos adelantado líneas atrás, las sentencias de la Corte IDH no sólo genera vínculos de obligatoriedad con los Estados parte del conflicto específico, sino que a su vez, los producirá para todos los Estados Partes de la Convención Americana. Por lo tanto, los efectos de dichos fallos siempre serán de dos tipos:

Efectos entre las partes: Claramente, los directos e inmediatos afectados por la sentencia en un primer lugar serán las partes del proceso, los cuales corresponden al Estado demandado y condenado, las víctimas y la Comisión Interamericana. Por lo tanto, cada una de estas partes del proceso ante la Corte Interamericana, y en especial el Estado y las víctimas, serán los destinatarios directos de los efectos jurídicos de las sentencias.

Por su parte, las sentencias sobre reparaciones a las víctimas, para poder alcanzar su objetivo de lograr una reparación integral a éstas, en su mayoría establecen en su parte dispositiva una serie de mandatos específicos que normalmente se encuentran dirigidos tanto a las víctimas como a sus familiares. El contenido de dichos mandatos específicos dependerá de la materia que se trate y por lo tanto, irán variando caso a caso, pero ejemplos típicos de éstos corresponden a que se sancione a los responsables de la violación a los derechos de la víctima, el pago a la víctima y sus familiares de una indemnización compensatoria, dejar sin efecto una sentencia dictada en contra de la víctima, brindarle un tratamiento médico, psicológico u otro, ponerla en libertad, reponerla en un cargo que ocupaba, el perdón público a las víctimas, y así podrán ser un sinnúmero de medidas tendientes a reparar el daño producido por el Estado condenado.

Efectos generales: Para efectos académicos, sin duda que los efectos generales de las sentencias de la Corte nos reportan mucho mayor interés, dado que toda sentencia generará efectos indirectos para todos los Estados partes en la Convención Americana, así como también para otras víctimas que no formaron parte del proceso. Afirmo que nos presentan mayor interés, por la razón de que estas sentencias en sus considerandos establecen auténticas interpretaciones de la Convención Americana (y otros tratados de derechos humanos), las cuales de forma inmediata pasarán a formar parte también de dicha Convención y por lo tanto, en el futuro, cada disposición de ésta deberá ser interpretada de la manera que la Corte lo hizo en sus fallos más recientes.

De esta manera, la cosa juzgada de las sentencias interamericanas tiene un efecto general o erga omnes frente a todos los Estados parte de la Convención Americana, a la Comisión interamericana y a las víctimas. En otras palabras, la interpretación de los hechos, el valor de las pruebas, de los artículos de la Convención aplicados y los dispositivos del fallo, incluidas las medidas reparatorias acordadas, pasan a tener el efecto de cosa juzgada no sólo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos.²³⁵

Es por esto, por lo tanto, que el artículo 69 de la Convención Americana exige la notificación de la sentencia no sólo a los Estados parte del conflicto, sino que a todos los Estados Partes de la Convención.

²³⁵ AYALA CORAO, Carlos. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007, Talca, p. 135.

Respecto a los efectos generales de las sentencias reparatorias, éstos se fundamentan en los deberes del Estado de prevención y sobre todo, no repetición de los hechos acaecidos. Son típicos ejemplos de medidas generales que la Corte manda a cumplir al Estado, las modificaciones de leyes internas, la revisión de planes de seguridad, los cursos de formación para cuerpos de seguridad y otros funcionarios públicos, adoptar estándares internacionales en determinado sector, y así, muchos otros más.

Medios de Ejecución de las Sentencias de la Corte

La Corte en sus sentencias, establecerá las modalidades de tiempo y forma del cómo se llevarán a cabo las decisiones esgrimidas en el fallo. Ésta supone que el Estado dará cumplimiento voluntario a los requerimientos de la sentencia, dentro del plazo dispuesto por ésta. A continuación, veremos los medios de ejecución de estas sentencias, en los diversos tipos de sentencias que la Corte puede generar y por lo tanto, los diversos mandatos que esta puede imponer.

Ejecución de sentencias declarativas: Nos referimos a sentencias declarativas, a aquellos fallos donde la Corte simplemente se encargará de establecer un “relato oficial” respecto a una violación (o no) a los derechos humanos, y la determinación de esa infracción jurídica conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, en este tipo de sentencias, claramente no se requerirá de un medio de ejecución de ésta, puesto que la sentencia misma y la declaración contenida en ella constituirán en sí mismas una forma de reparación.

Ejecución de sentencias constitutivas: Éstas corresponden a aquellas sentencias que crean, modifican o extinguen una situación jurídica. La Corte Interamericana se ha caracterizado a través de los años por ser muy activa y a la vez creativa en esta materia, ordenando así mandatos de diversa índole a los diferentes Estados para lograr la integral reparación de las víctimas y familiares de una violación a sus derechos humanos.

Ejecución de condenas al pago de sumas de dinero: La Corte Interamericana ha establecido en su gran mayoría de sentencias reparatorias, la indemnización tanto del daño material como el moral sufrido por la víctima y sus familiares. Así también lo establece la Convención Americana en su artículo 63.1.

A su vez, el artículo 68.2. de la Convención Americana establece que *“la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”*.

Supervisión del Cumplimiento de las Sentencias

Tanto en las sentencias de fondo como en las de reparaciones, la Corte ha adoptado la decisión de declarar expresamente en éstas que ella misma se encargará de supervisar el cumplimiento del fallo ahí pronunciado, puesto que ésta constituye una de las facultades inherentes a sus funciones jurisdiccionales.

Según el reglamento de la Corte IDH, esta facultad la ejerce declarando al final de cada uno de sus fallos que supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en ésta. En la misma sentencia, la Corte establecerá un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá remitirle un informe que contenga el estado de avance de dicho cumplimiento.

La Corte IDH ha adoptado desde el año 2002, la modalidad de dictar las resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias. Para ello la Corte aplica un procedimiento contradictorio mediante el cual previamente solicita información a las partes (Estado, Comisión IDH y víctimas) sobre la situación del cumplimiento de sus fallos por parte del Estado; otras veces incluso las convoca a una audiencia en su sede con este propósito.²³⁶

Incluso, han existido casos en los que la Corte IDH ha dado seguimiento por más de diez años a las sentencias, lo que evidencia el tiempo que se invierte para que los Estados cumplan con las reparaciones.

Un dato interesante, a modo de ejemplo, es el caso del Estado del Perú el cual es uno de los Estados con más supervisiones de sentencias, ya que entre los años 2001 y 2011 se hicieron 74 seguimientos a 22 casos de violación a los derechos humanos.

Es importante señalar, además, que esta etapa de supervisión del cumplimiento de la sentencia tiene un carácter eminentemente político por parte de los países, puesto que en algunos casos para reparar violaciones a derechos humanos, es necesario modificar leyes internas de los Estados Partes. Es por esto que, aunque la Corte efectúe un seguimiento de

²³⁶ AYALA CORAO, Carlos. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007, Talca, p. 143.

lo que dispuso en la sentencia, un Estado puede pasar años sin cumplirla o sólo hacerlo de manera parcial.

Por lo tanto, no basta tan sólo quedarnos en la teoría, puesto que en la práctica lo que realmente sucede es que para que un Estado acate lo dispuesto por la Corte IDH, dependerá en gran medida de la voluntad y postura política del gobierno que se encuentre de turno en dicho Estado, ya que lamentablemente, lo que en la mayor parte de Latinoamérica sucede es que no se tiene una visión de Estado y a largo plazo, sino que muy por el contrario, se tiene la visión del partido político que esté en el gobierno en ese momento.

Modalidades de Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos:

Como ya veníamos adelantando a través del presente capítulo, existen muy variadas formas de cómo la Corte IDH puede mandar a cumplir una sentencia a los diferentes Estados involucrados, lo cual dependerá del tipo de caso y materia que se esté tratando. A continuación, veremos los principales.

Las declaraciones de derecho: La primera y natural de estas modalidades corresponde a la declaración por parte de la Corte del derecho violado, en base a los méritos que se observaron en el proceso. Esta modalidad será común a todas las diferentes posibilidades de infracción a un derecho establecido en la Convención, puesto que todas las sentencias contendrán esta primera parte “declarativa” en la cual la Corte determinará qué derechos y que específicos artículos tanto de la Convención Americana como otros tratados de derechos humanos, fueron violados.

Es evidente que estas declaraciones se bastan por sí mismas y por lo tanto, no requieren que el Estado condenado tome una medida específica, sin embargo, serán justamente estas declaraciones las cuales abrirán paso a las siguientes modalidades de reparación del derecho violado.

Disposiciones declarativas: Como ya lo dijimos anteriormente, en ciertos casos la Corte establece en su sentencia que estas disposiciones declarativas constituyen en sí mismas un método de reparación para la víctima.

Obligación de investigar y sancionar: El mandato de investigar y sancionar a los responsables de diversas violaciones a los derechos humanos ha sido la protagonista o la que en gran mayoría de los casos, ha estado presente en los fallos de la Corte, incluso desde los inicios de las funciones de ésta, con su conocida sentencia en el polémico caso Velásquez Rodríguez, decidido entre los años 1988 y 1989²³⁷.

Pertinente es recalcar que la Corte IDH ha dejado claro en innumerables ocasiones que pese a que dicho deber de investigar y sancionar a los responsables, es una “obligación de medios”, es decir, no se le puede asegurar un resultado cierto, ésta obligación no es una mera formalidad, y muy por el contrario, debe caracterizarse por ser asumida con absoluta seriedad por parte de los Estados condenados, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

La ejecución de las condenas al pago de sumas de dinero:

Como ya hemos dicho anteriormente, el artículo 68.2. de la Convención Americana dispone que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, se podrá, ejecutar en el respectivo Estado, por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Respecto al plazo para el pago de estas indemnizaciones, reintegro de costas y gastos en general, este comenzará a correr desde el momento de la notificación de la sentencia a las partes, pero no existe un plazo fijo, sino que esta irá variando dependiendo del caso que se trate. Sin embargo, para el caso de que el Estado incurra en mora, la Corte IDH ha dispuesto en variados casos que aquél deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio de dicho Estado.

Medidas generales de modificación de Constituciones:

Esta medida será decretada por la Corte, en los casos donde la violación de un determinado derecho garantizado en la Convención Americana tiene su causa en una norma constitucional, aun cuando los tribunales supremos de dicho Estado, haya validado dicho actuar.

En estos casos, la Corte podrá en un primer lugar, declarar la norma constitucional y la decisión judicial interna del Estado que la aplicó como violatoria del tratado internacional. En segundo

²³⁷ Caso Velásquez Rodríguez con el Estado de Honduras. Sentencia de fondo dictada el 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

lugar, y de mucha mayor relevancia, la Corte posee la facultad de ordenar a dicho Estado la modificación de la Constitución para adaptarla así al derecho internacional.

Justamente el caso más famoso a nivel de comunidad internacional donde la Corte ha decretado esta medida, es el caso chileno de La Última Tentación de Cristo,²³⁸ donde finalmente el Estado de Chile cumplió de una manera ejemplar, aunque con algo de retardo, la medida ordenada por la Corte, la cual incluyó una modificación expresa a la Constitución y así finalmente la Corte declaró que Chile dio pleno cumplimiento a la sentencia y por lo tanto, dio por terminado el caso, archivando el expediente.

Medidas de modificación de leyes:

En diversos casos también, la Corte ha tomado decisiones que requieren modificar o dejar sin efecto determinadas leyes del Estado condenado, para que así éste se encuentre al nivel del actual estándar del derecho internacional en materia de derechos humanos.

Otras medidas reparatorias:

El artículo 63.1. de la Convención americana dispone en un párrafo que la Corte *dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

La Corte IDH ha fundamentado parte de sus sentencias en dicha disposición, para decretar medidas reparatorias de la más diversa índole, las cuáles irán cambiando dependiendo de las características del caso en cuestión. Simplemente a modo de ejemplo, se han decretado planes de formación en derechos humanos para policías y fuerzas militares, revisión de programas, revisión de planes, monumentos en honor a las víctimas, actos de perdón, tratamientos médicos y psicológicos a las víctimas, planes sociales, planes educativos, y otros muchos más.²³⁹

²³⁸ Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001.

²³⁹ AYALA CORAO, Carlos. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Constitucionales, Año 5, N°1, 2007, Talca, p. 184.

A modo de conclusión, tal como vimos a través de este capítulo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos que emanan de la facultad jurisdiccional de este tribunal internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por los Estados al momento de su ratificación o adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos, o también, en cualquier momento posterior, mediante una declaración en la cual un Estado puede reconocer como obligatoria y de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de dicha convención, así estableciéndolo el artículo 62.1 de ésta, como ya vimos.

Como sentencia de carácter internacional, éstas no requieren de ningún procedimiento especial o “exequátur” de derecho interno en los tribunales nacionales del Estado condenado para ser ejecutadas por éstos. Por lo tanto, dichos Estados deben reconocer y ejecutar estas sentencias internacionales de buena fe y como una verdadera obligación de éstos, derivada de su ratificación de diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención de Viena y la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.- Situación Europea de la víctima menor de edad de delitos sexuales:

Ahora bien, es necesario detallar la situación de la Unión Europea, en conformidad a una serie de dictámenes y convenios firmados y ratificados por los Estados miembros.

2.1.- Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Procesal Penal:

Es de suma importancia esta recomendación, dado que tradicionalmente los objetivos de la justicia, en especial en materia penal, y su funcionamiento tiende a incrementar los problemas para la víctima en vez de disminuirlo. Además de la función fundamental que debería ser el proceso para la víctima, es decir, la víctima acude a la justicia por haber sufrido una experiencia traumática delictual, por lo que debería también responder al interés y necesidades de la víctima.

Si el sistema procesal penal, aumenta los problemas para la víctima, ello significaría una pérdida de confianza en la justicia y, por ende, no favorecería su cooperación como testigo.

Nos llama la atención, que se considera, en 1985, “*hay que tener además en cuenta, a estos fines, en el sistema de justicia penal, los perjuicios físicos, psicológicos, materiales y sociales sufridos por las víctimas y examinar los progresos deseables para satisfacer sus necesidades en estas materias*”. Estas consideraciones vienen a ser discutidas recién en 2014, con los proyectos de ley para disminuir la victimización secundaria en Chile.

La recomendación, no solo considera los intereses y necesidades de la víctima, sino que también las del delincuente, estableciendo que las medidas adoptadas a favor de la víctima, no deben estar necesariamente en conflicto con el Derecho Penal y Procesal Penal, pues se puede fortalecer las políticas de reinserción social del delincuente.

De esta forma el Consejo, otorga directrices en diferentes niveles de la investigación penal, que podrían considerarse su aplicación también en nuestro país.

1.- Nivel Policial: se recomienda que, durante la formación de los funcionarios policiales, se les prepare para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador. Deben tener conocimiento como para informarle a la víctima sobre las posibilidades para que ésta obtenga servicios de asistencia, consejos jurídicos y prácticos, respecto de la reparación de su perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado.

Debemos destacar, que se considere que el Estado debe pagarle una indemnización a la víctima, pues es una idea que jamás se le ha ocurrido a los Senadores y Diputados, como Catedráticos y personas relacionadas.

2.- Nivel de la Persecución: se destaca la recomendación de no adoptar decisión discrecional alguna sobre la persecución, sin considerar una adecuada reparación del daño sufrido por la víctima, debiendo ser informada de cualquier decisión relativa a la persecución, salvo manifestación expresa, al contrario.

3.- Interrogatorio de la Víctima: se señala expresamente en el numeral 8 de la recomendación, que, en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio deberá hacerse con respeto a la situación personal, los derechos y la dignidad de la víctima. Se manifiesta que cuando la víctima sea menor de edad o minusválidos mentales, deberán ser acompañados por adulto responsable o cualquier persona calificada para asistirles.

4.- Juicios: se debe informar a la víctima cualquier cuestión respecto del juicio o de las infracciones que le han perjudicado, como las posibilidades de reparación o asesoramiento

jurídico. De hecho, el Tribunal Penal debe ordenar la reparación por parte del delincuente a favor de la víctima -lo que es una pena que no se aplique en Chile, pues debería el agresor sexual de menores reparar el daño causado, hacerlo responsable de las consecuencias no sólo a corto plazo, sino que, a largo plazo, de forma tal que, por ejemplo, pague el tratamiento de reparación psicosocial del menor.

Podría aplicarse el formato de reparación anterior si la legislación constituye una pena relacionada, o sustitutiva de la pena original. “13. *Debería darse una gran importancia a la reparación por el delincuente del perjuicio sufrido por la víctima cuando la jurisdicción pueda, entre otras modalidades, añadir condiciones de orden pecuniario a la resolución que acuerda un aplazamiento o una suspensión de la pena o una puesta a prueba o cualquier otra medida similar.*”

5.- En el momento de la Ejecución: se establece que la reparación que se imponga por el tribunal debe ser ejecutada con prioridad a cualquier otra sanción pecuniaria impuesta al delincuente.

6.- Protección de la Vida Privada: en el continente europeo se considera la protección de la vida privada, es decir, que la política de información y relaciones con el público consideren debidamente la protección de la víctima. Un ejemplo, de público conocimiento, es el caso del ejecutivo del Banco Central, donde todos los medios de comunicación se dedicaron a publicar diversa información sobre el juicio, provocándole, lo que denomina victimización terciaria a las hijas presuntamente abusadas.

7.- Protección especial de la Víctima: respecto de eventuales amenazas o riesgo de venganza hacia la víctima o su familia por parte del delincuente, en especial cuando se presenta la delincuencia organizada.

2.2.- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual (Convenio de Lanzarote, 2007):

A este respecto debemos continuar con el contenido en sí mismo del Convenio señalando ideas innovadoras que podrían considerarse.

En el preámbulo del Convenio se manifiesta “[c]onstatando que la explotación y abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones tanto a nivel nacional como internacional, especialmente por lo que respecta al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la

información y la comunicación por los niños y por los infractores, y que, para prevenir y combatir dicha explotación y abuso, es indispensable la cooperación internacional.”

Su objetivo consiste en prevenir y combatir la explotación sexual y el abuso sexual de los niños, proteger los derechos de las víctimas de esos delitos y promover la cooperación internacional y nacional. Para verificar el cumplimiento de las disposiciones por las Partes, se establece un mecanismo de seguimiento específico (art.1.1 y 1.2).

Al igual que todos los tratados internacionales, se encuentra el principio de no discriminación, previamente citado en los párrafos de esta investigación. Luego prosigue con las definiciones típicas, como “niño”, persona menor de 18 años, “víctima” todo niño objeto de explotación o abuso sexual.

Pero bueno, es necesario ver las ideas innovadoras y no reiterar las ya establecidas a lo largo de la presente investigación. Se pueden identificar 5 puntos que pide este Convenio a los Estados Miembros.

1.- Medidas Preventivas: Dentro de su Capítulo II, de Medidas Preventivas, llama la atención sus artículos 5, 6 y 7. En sí, es la sensibilización de todos aquellos profesionales que deban trabajar o mantener contacto o relación directa con los NNA deben tener conocimiento especializado y promover dicha protección. Siguiendo la misma línea, en los establecimientos educacionales se hace **obligatorio** la educación respecto a este tipo de problemas a los NNA -a diferencia de Chile, donde sólo si hay un profesor o consejo de apoderados diligente y preocupado al respecto solicitan charlas a la PDI- en especial sobre el peligro del uso de las nuevas tecnologías, lo que hoy se denomina Grooming.

Dentro de las medidas preventivas se destaca la de los *programas o medidas de intervención preventiva*, prevención destinada a potenciales infractores, que tienen miedo de efectivamente cometer tales delitos para su rehabilitación.

2.- Medidas de Protección: En su Capítulo IV, Medidas de protección y asistencia a las víctimas, se exponen el principio fundamental de que cada miembro de promover las medidas legislativas o de cualquier tipo que sean necesarias, para que cuando la víctima se considere un menor, se le concedan medidas de protección y asistencia.

Es importante considerar el artículo 14 de la misma Convención, “asistencia a las víctimas”, las que no solo deben preocuparse de las medidas de protección durante el proceso judicial,

sino que se deben tomar las medidas legislativas o de cualquier otro tipo necesarias para prestar asistencias a los NNA víctimas, a corto y largo plazo, con vistas a su **recuperación física y psicosociales**.

3.- Medidas de Derecho Penal: En su Capítulo VI sobre derecho penal sustantivo se busca garantizar que se tipifiquen como delitos las conductas agresivas sexuales hacia los menores de edad, como el abuso sexual, delitos relativos a la prostitución infantil y relativa a la pornografía infantil.

Asimismo, se tipifica delitos como el Grooming, que consiste en que un adulto se contacta con un menor de edad a través de medios tecnológicos como el internet, con la finalidad de realizar conductas sexuales con el NNA.

Manifiesta la necesidad de tener una base de datos de los delincuentes condenados por este tipo de delitos cuya víctima sea un niño, niña o adolescente. Finalmente busca el establecimiento de criterios comunes para la creación de un sistema punitiva efectivo.

4.- Procedimientos de investigación y judiciales adecuados a los menores: como bien hemos expresado a lo largo de la tesis, obviamente busca disminuir la victimización secundaria, adecuando los procedimientos judiciales a las necesidades de los NNA, como lo son su intimidad, identidad e imagen de los medios de comunicación a efectos de no hacerlos objeto de victimización terciaria.

Busca el establecimiento de medidas necesarias adaptadas a las necesidades de los menores, pero siempre respetando sus derechos como sujeto de derecho y su familia. De esta forma, también regulan la cantidad de entrevistas que pueden realizarse a los menores de edad, asegurando que las instalaciones sean adecuadas, amigables y tranquilizadoras, y se efectúen por profesionales capacitados y especializados en la materia de delitos sexuales y en el trato con los NNA, como con la forma de realizar la entrevista.

5.- Seguimiento: La necesidad de crear un sistema de seguimiento efectivo para la aplicación del Convenio, para garantizar su eficacia a corto y largo plazo por parte de los Estados miembros.

2.3.- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos: (sustituye la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001):

La presente directiva viene a sustituir la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, en virtud de que, tras once años de su aprobación, su aplicación efectiva fue deficiente. Se identificaron como factores de la ineficacia *“su redacción ambigua, la falta de obligaciones concretas y la imposibilidad de incoar procedimientos de infracción contra los Estados miembros”*²⁴⁰. De esta forma se vio obligada la Comisión a regular y asegurar de forma definitiva los derechos mínimos para las víctimas sin discriminación alguna.

El objetivo de la Directiva 2012/29/UE es, en conformidad a su artículo 1.1., el de garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales. Se define el concepto de víctima como *“la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal”* (artículo 2.1). De la definición anterior se puede apreciar que se regula esta figura en todos los aspectos en que puede ser dañada una persona, considerando inclusive su daño psicológico y emocional, lo que en Chile no parece dar importancia.

Ahora pasaremos a detallar los cinco derechos básicos que tienen las víctimas en los procesos penales:

1.- Derecho a la Información: a partir de la denuncia, primer contacto con los intervinientes del proceso penal, los funcionarios tienen la obligación de instruir, en un lenguaje comprensible

²⁴⁰ PÉREZ RIVAS, Natalia. “Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Instituto de Criminología, Universidad de Santiago de Compostela, Boletín CeDe UsC. Editorial/Firma invitada. Febrero 2014. Issn 1939-1369, p.2.

para la víctima, utilizando un idioma que ésta entienda y un vocabulario adecuado a su condición, otorgándosele información necesaria para la protección de ésta y sus intereses.

Al igual que en la Recomendación (85) 11 de la Directiva, se debe dar la información respecto de los servicios asistenciales, la posibilidad de realizar una denuncia, las medidas de protección que pueden solicitar, los requisitos a cumplir para recibir la compensación estatal y asistencia jurídica gratuita, entre otros. Interesa el proceso de reclamación que puede ejercer la víctima, en caso de que alguna autoridad interviniente en el proceso penal no respete sus derechos. La realidad de nuestro país, no contempla la posibilidad de realizar una acción por parte de la víctima, solo se puede dejar un reclamo en la institución, que podría llegar a una suspensión administrativa, lo que en la práctica no funciona.

Nuevamente importa la información respecto de los servicios ofrecidos de reparación como también la posibilidad de recibir un reembolso de los gastos incurrido por su participación en el proceso -algo que no se ha pensado, ni podría aplicarse, en virtud del retraso legislativo y judicial que nuestro país sufre hoy en día.

Se extiende el derecho a la información respecto de cualquier decisión que se tome en el proceso, salvo voluntad expresa de lo contrario -obviamente que si la victima corre peligro por la libertad del condenado posteriormente, se le da aviso.

2.- Derecho a la Participación: en su artículo 10 se reconoce este derecho, estableciendo la posibilidad de que puedan ser escuchadas en las actuaciones y aportar medios de prueba pertinentes. Para garantizar el ejercicio de este derecho, se impone la obligación de implementar medidas necesarias para facilitar y disminuir cualquier dificultad en la comunicación de la víctima en el proceso penal.

En el artículo 17, se prevé una lista de medidas para facilitar el ejercicio de esté derecho, cuando la víctima resida en un Estado distinto a aquel en donde se cometió el delito, prestando

declaración de forma inmediata al delito para ser presentada como “prueba anticipada”, o también puede declarar a través de una videoconferencia

3.- Derecho a la Protección: los artículos 14 y 20 de la Directiva contemplan todas las medidas tendientes a minimizar la victimización secundaria. De esta forma se le debe garantizar el reembolso de los gastos incurridos por su participación en el proceso.

Siguiendo la misma línea de ideas, se debe realizar los peritajes médicos sin dilaciones injustificadas, pudiendo ser acompañado por su abogado, salvo resolución fundada contraria al respecto.

Se reitera la obligación de los Estados Miembros en garantizar la protección de las víctimas y su familia en las situaciones en que exista riesgo de represalias. Para cumplir con el mismo fin, se expresa la necesidad de la adecuación de las salas de espera en las instalaciones judiciales, para evitar el contacto de la víctima con el agresor.

Importa señalar que la Directiva 2012/29/UE regula detalladamente respecto de las medidas de protección especiales que las víctimas necesiten en virtud de sus características, la naturaleza del delito, circunstancias de la comisión.

De esta forma el artículo 23.2 contempla las siguientes medidas que pueden adoptar las víctimas: 1) declaración de la víctima realizada en dependencias habilitadas y adecuadas, por profesionales capacitados; 2) deberá siempre el mismo profesional tomar todas las declaraciones -en especial para las víctimas de agresiones sexuales; 3) evitar el contacto visual entre la víctima y el imputado; 4) evitar la formulación de preguntas innecesarias respecto de la vida privada de la víctima; 5) posibilidad de realizar audiencia a puertas cerradas.

4.- Derecho a la Asistencia: este derecho se destaca, a opinión de las autoras, por la asistencia integrar y multidisciplinar, *“abarcando, [...] el ámbito jurídico, pero también las necesidades sociales, psicológicas y sanitarias de las víctimas. Su prestación se deja en manos de servicios especializados y de organizaciones de apoyo, que podrán establecerse como organizaciones públicas o no gubernamentales, y podrán organizarse con carácter profesional o voluntario.”*²⁴¹

Es importante destacar que se establece la adecuada formación de todos los profesionales que tengan algún tipo de contacto con la víctima, deben tener una formación especializada y adecuada, en especial aquellos funcionarios encargados de la reparación de ella.

5.- Derecho a la Reparación: se limita a garantizar una reparación pecuniaria a cargo del infractor en un plazo razonable, sin hacer referencia a programas de compensación estatal, ni a otras formas de reparación que no consistan en dinero. Si cabe mencionar que se regula la compensación estatal en la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delito.

Nos impresiona la falta de consideración de otras formas de reparación, como acuerdos entre las partes, o mediación a efectos de solucionar de forma menos agresiva el conflicto. Sin embargo, si impone la obligación de facilitar la derivación a servicios de justicia reparadora siempre que cumplan ciertos requisitos, como que se derive a interés de la víctima, quien dio su consentimiento libre e informada, con plena libertad de irse del programa de reparación.

²⁴¹ PÉREZ RIVAS, Natalia. “Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/297UE. Instituto de Criminología, Universidad de Santiago de Compostela, Boletín CeDe UsC. Editorial/Firma invitada. Febrero 2014. Issn 1939-1369.

CONCLUSIONES.

A modo de síntesis del presente trabajo de investigación, podemos concluir que respecto de la situación actual de los NNA víctimas de delitos sexuales en Chile, existe una cruda realidad en donde priman, por un lado, la sensación de indefensión y obstaculización de la reparación psicosocial de la víctima; Y por el otro se aprecia la vulneración a los tratados y convenios internacionales ratificados por Chile, así como normas de la CPR y del CPP, tendientes a proteger a la víctima durante el procedimiento penal en su calidad de menor y de víctima.

Ello, porque opera el supuesto que los intervinientes cuentan con herramientas psicológicas, sociales y emocionales suficientes para desenvolverse adecuadamente en las distintas etapas del proceso penal, sin considerar la lesividad que la experiencia pueda tener en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes, por su desarrollo psicológico se encuentran en un estado sumamente vulnerable, sumado a la transgresión a su intimidad sexual con todas las consecuencias que ello conlleva.

La CIDN obliga a los Estados partes a adoptar *“todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.²⁴²

A ello debe sumarse el principio del interés superior del Niño, derecho a ser oído, aplicación de derechos, su derecho de opinión y a expresarse libremente, en virtud de su calidad de interviniente del proceso penal, lo que no se cumple, pues sólo se establecen las diligencias para protegerlo como objeto de prueba, pero no como sujeto de derechos. Deriva de la aseveración anterior, la victimización secundaria, pues se superpone el objetivo de la investigación antes que la protección misma de la víctima.

Especificando lo anterior, al ingresar el NNA víctima de delitos sexual al proceso judicial, sufre perjuicio económico al asistir a las instancias procesales, recibe un trato inadecuado por parte de los funcionarios, debe hacer forzosas esperas, enfrentar la poca prioridad de sus intereses

²⁴² ONU, 1989. Convención Internacional de los Derechos del Niño. Aprobada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 19.

en virtud de la institucionalidad del proceso, la posibilidad de enfrentarse al agresor, falta de atención e información a lo largo del proceso, lo que se acentúa con el escaso conocimiento que tiene respecto de las etapas procesales o la relevancia de su relato, entendiendo finalmente, que simplemente no le creen, en virtud de todas las pruebas que deben realizarle.

Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

A modo de síntesis, debemos destacar el esfuerzo realizado al respecto por parte de la Corte Suprema, la que conforme al Acta N° 79-2014 de fecha 3 de junio de 2014, estableció el Auto Acordado que regula la implementación y uso de una sala especial para la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito, la que dispone, en conformidad a su artículo primero respecto del ámbito de aplicación, que todos los jueces de los TOP deberán disponer como medida de protección el uso de la sala especial para la toma de declaración de los NNA. *“Que con miras a contribuir a la mejor ejecución de dicha normativa y la consecución de los fines buscados con ellas, se hace necesario reforzar las actuaciones que despliega actualmente la jurisdicción mediante la incorporación de prácticas que propicien, respecto del niño, niña o adolescente, la generación de un entorno facilitador de la libre expresión del declarante, que morigere su sobrexposición y que evite la generación de ambientes que puedan percibirse como hostiles, en términos de promover adecuado a su especial condición.”*²⁴³

La forma de aplicación de las medidas de protección, si bien se encuentran algunas estandarizadas, no se aplican como regla general a todos los casos, pues como bien se señala en Informe Anual de Derechos Humanos de 2014²⁴⁴, *“la falta de protocolos es un problema*

²⁴³ PODER JUDICIAL, Corte Suprema. Acta N° 79 – 2014, Auto Acordado que regula la implementación y uso de una sala especial para la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito. Pp.2.

²⁴⁴ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 137 a 153.

*extendido. En el caso de NNA víctimas de delitos sexuales, cada institución involucrada posee sus propios protocolos, e incluso dentro de la misma institución su aplicación varía.*²⁴⁵

Las directrices dadas por el Oficio N° 914 – 2015 del Ministerio Público, y las medidas de protección que se contemplan en las leyes especiales, aplicadas durante el proceso penal respecto de NNA víctimas de delitos sexuales son, en la práctica, insuficientes e inadecuadas en relación al protocolo teórico del MP.

Respecto al deber de protección por parte de las instituciones que intervienen en el proceso penal, debemos señalar el punto débil en relación al tiempo de espera de las víctimas para ingresar a los programas especializados de reparación, protección o representación jurídica. *“En casos de abusos sexual, el 47,2% de los casos derivados a terapia tuvo que esperar entre uno a seis meses para ser atendidos luego de interpuesta la denuncia, y un 28,8% debió esperar entre una y cuatro semanas. Esto es preocupante, si se considera que la primera fase es crucial para minimizar el daño psicológico producido por este delito.*²⁴⁶

En resumen, podemos identificar que una serie de instituciones destinadas a la protección y reparación de los NNA víctimas de delitos sexuales no cumplen con sus obligaciones de forma integral, vulnerando los derechos de las víctimas y de los NNA. La aseveración anterior se justifica en el hecho de que la gran mayoría de estas instituciones, como el SML, SENAME, CAVAS, tiene como función principal la evaluación pericial, ya sea de la credibilidad del testimonio, del daño provocado por la agresión sexual, entre otros. A modo de ejemplo, en conformidad a lo establecido en el estudio de doble victimización de niños/as y adolescentes de MIDE UC y Fundación Amparo y Justicia, se estableció que el 67,4% de los casos denunciados se somete a peritajes físicos, de los cuales el 11,7% se repite. Siguiendo la misma línea, un 42,6% es sometido a peritaje psicológico, entre los cuales el 18,4% debe repetir la evaluación.

A modo de síntesis, las circunstancias de que la inexistente obligación del MP de poner en conocimiento de ilícitos vulneratorios de los derechos de los NNA a los tribunales de familia, así como el desarrollo paralelo de ambos procesos, penal y familia, por un mismo hecho, junto

²⁴⁵ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 149.

²⁴⁶ INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos Informe Anual 2014 en Chile. Derechos de Niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales. Pp. 151.

con la descoordinación temporal de las terapias de reparación respecto del avance del proceso judicial, conllevan a que estas mismas instituciones encargadas de proteger a las víctimas, vulneren sus derechos en su calidad de víctima y de menor, haciéndolo objeto de múltiples diligencias, peritajes y declaraciones repetitivas e innecesarias por la falta de comunicación eficiente y expedita y de coordinación interinstitucional óptima.

El gran problema es que, después de meses, las investigaciones judiciales no alcanzan el nivel necesario para demostrar en un tribunal el delito: sólo el 10% llega a la etapa de un juicio oral y cerca del 60% se archiva sin que siquiera se formalice al imputado. Y no se trata siempre de falsas denuncias, sino que de investigaciones que no pudieron avanzar producto de las características de los niños: son muy pequeños y no pueden hablar o luego se sienten culpables por denunciar y “destruir la familia”. Por algo se dice que en Chile el abuso de menores es prácticamente “el crimen perfecto”, dice Hernán Fernández, director del Centro de Atención Jurídica para Niños Víctimas de Maltrato Grave “Umbrales”, dependiente de la Fundación Tierra de Esperanza.²⁴⁷

Un buen resultado en las evaluaciones de credibilidad resulta clave para que una investigación llegue a la etapa del juicio oral. Pero ya en esta instancia, poco importan los informes, porque al final, lo que pase dependerá de tres cosas: la capacidad que tengan los peritos para defender ante el juez sus evaluaciones (psicológicas y médico legales); la habilidad del niño para convencer personalmente al juez de que dice la verdad; y los recursos que la defensa invierta en peritajes privados que compitan con los de la fiscalía.²⁴⁸

A modo de conclusión, podemos contestar la interrogante ¿qué medidas o políticas está tomando el ordenamiento jurídico para mejorar la relación del menor víctima de delitos sexuales con el proceso penal, a modo de aminorar la victimización secundaria? Del análisis realizado se observa en el presente capítulo, y toda la discusión que se ha dado y expuesto en los capítulos anteriores, da cuenta de una realidad bastante negativa. Si bien hay intenciones sumamente honestas y valorables para cambiar la situación actual, y que, de

²⁴⁷ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación. 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

²⁴⁸ VILLARRUBIA, Gustavo y FIGUEROA, Juan Pablo. Reportajes de Investigación. 28 octubre de 2013. La dolorosa ruta judicial que recorren los niños abusados sexualmente. [En línea] Ciper Centro de Investigación Periodística <<http://ciperchile.cl/2013/10/28/la-dolorosa-ruta-judicial-que-recorren-los-ninos-abusados-sexualmente/>> [consulta: 16 de diciembre 2015]

hecho, ha mejorado en estos últimos años, la aprobación del proyecto de ley para la protección de los menores víctimas de delitos sexuales durante el procedimiento penal se encuentra retrasada, sólo por conflictos de potestades y atribuciones que quieren mantenerse.

El Ministerio Público arguye problemas respecto de la figura del entrevistador, porque ve amenazada su atribución orgánica constitucional de dirección de la investigación. No ve el lado práctico, no está velando por la protección integral del NNA, sino que lucha por mantener su supremacía en la dirección de la investigación y de las otras instituciones.

Reiteramos nuestra opinión, que sería preferente la creación de un Tribunal Especial o Juzgado de Menores Abusados Sexualmente, que se dedique exclusivamente en los delitos contra la indemnidad sexual de los NNA, sin exclusión de delitos sexuales -como si lo hace el proyecto de ley que deja de lado delitos tales como almacenamiento y adquisición de pornografía infantil, prostitución infantil, entre otros- dado que de esta forma se evita que el NNA pase por el proceso penal y proteccional paralelo, como lo hace actualmente, -por ejemplo la realización paralela del mismo peritaje pero solicitado a distintas instituciones, MP al SML y Tribunal de Familia al DAM.

Que, si bien la cantidad de delitos no justificaría la creación de este nuevo tribunal o institución encargada de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, sí se justifica por la complejidad de los casos, así como por el bien jurídico protegido -tanto por la normativa nacional como por los tratados internacionales ratificados por Chile- pero, en especial, por la calidad de menor ostentada por la víctima, que se debe tener presente constantemente en el proceso, cuestión que no se hace.

A modo de conclusión, señalamos que se debe realizar una revisión y actualización de la normativa correspondiente a la protección de NNA, en relación a los estándares de la CDN, para que las instituciones intervinientes aborden coherentemente y homogéneamente el tratamiento de las víctimas NNA.

La necesidad de cooperación y comunicación constante y directa entre el Ministerio Público y Tribunales de Familia para que garanticen el derecho de los niños a ser escuchados en procesos judiciales en condiciones respetuosas de sus derechos debiendo adaptar el trato y capacitar profesionales.

La interrogante planteada en la presente investigación y la que se intentó responder, a lo largo del estudio era: ¿Son adecuadas las Medidas de Protección aplicadas durante el Procedimiento Penal Chileno para Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales? Considerando como hipótesis que ***el derecho chileno protege ineficazmente a los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales durante el procedimiento penal, dado que la legislación nacional es inadecuada en sus disposiciones tendientes a aminorar la victimización secundaria, siendo las medidas de protección vigentes insuficientes.***

Finalmente podemos concluir que la hipótesis fue comprobada, toda vez que la protección resulta ineficaz, en virtud de que la legislación nacional es inadecuada en todas las disposiciones tendientes aminorar la victimización secundaria, pues las medidas de protección son insuficientes, no son integrales ni de aplicación rápida.

BIBLIOGRAFÍA

ALLENDE VIVANCO, C. y VARELA BUSTOS, M. 2012. La mujer como sujeto activo del delito de violación. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. 1985. Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder. Cuadragésimo periodo de sesiones. Resolución 40/34; ONU, 29 de noviembre de 1985.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. Convención internacional de los Derechos del Niño. Ratificada por Chile en Agosto de 1990.

AYALA CORAO, C. 2007. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista de Estudios Constitucionales, Año 5 (Nº1). Talca, Chile.

BARUDY, J. 1999. Maltrato Infantil. Ecología Social: Prevención y Reparación. Editorial Galdoc. Santiago, Chile.

CASTRO JOFRÉ, J. 2004. La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV, Valparaíso, Chile. (pp. 127 – 144).

Centro de Protección Infante Juvenil CEPIJ Lo Espejo (2000); Documento de Discusión, Jornadas CODAS-CEPIJ, marzo 2000. Documento de circulación interna. Corporación OPCION.

CHÁVEZ TORRICO, Á., PÉREZ ADASME, M. y Equipo Proceso de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. 2011. Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos. Revista Jurídica del Ministerio Público (Nº 48).

CHILE. Senado, Congreso Nacional de Chile. 2014. Boletín N° 9.245-07: Proyecto que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. 22 de Enero de 2014. Sesión 89° ordinaria del Senado.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1984. Código Penal Chileno. 12 de noviembre de 1984.

CHILE. Instituto Nacional de Estadísticas. Censo. 2002.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. 2001.

COVELLI, J.L., ROFRANO, G.J. 2008. Daño psíquico. Buenos Aires, Argentina. Editorial Dosyuna.

DERECHO PROCESAL Penal. 1997. Por GIMENO SENDRA, V. "et al". Madrid, Editorial Colex.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE CIENCIAS SOCIALES, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final. Santiago, Chile.

GARCÍA CANO, S. 2003. Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades. España, Editorial Colex.

GARCÍA RAMIREZ, S. 2005. Jurisdicción para menores de edad que infringen la ley penal. Criterios de la Jurisdicción Interamericana y Reforma Constitucional. En: SEMINARIO INTERNACIONAL sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Octubre, 2005. Monterrey, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GONZÁLEZ MARTIN, N. y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, S. 2011. ¿Menor o Niños, Niñas y Adolescentes? Un tópico a discutir. Revista de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM (N°5).

MARSHALL, W. L. 2001. Agresores Sexuales. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A.

MATUS, J.P., RAMIREZ, M.C. 2014. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Tomo I. Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters.

MIRAN HERRERA, M. 2012. Victimización Secundaria en Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales en su paso por el Sistema Procesal Penal en Chile: Una Aproximación Narrativa. Tesis para optar al grado de Magister en Psicología, Mención Psicología Clínica Infanto Juvenil. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales y de Medicina. Escuela de Postgrado.

MINISTERIO PÚBLICO. 2014. Informe cuenta pública de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar. Santiago, Chile.

MINISTERIO PÚBLICO. 2015. Boletín Anual de 2014. Santiago, Chile.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). 1969. Ratificada por el Estado de Chile en Agosto de 1990.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. 2000. Ratificada por Chile en Noviembre de 2004.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por el Estado de Chile en 1972.

PIPINO, A.V. 2013. La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual. 2013. [En línea]: <<<http://psicologiajuridica.org/archives/2770>>> [Consultado el 26 de noviembre de 2015]

RIVERO HERNÁNDEZ, F.2007. El interés del menor. Madrid, Dykinson.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 19.617 de 1999.Chile. Editorial Jurídica de Chile.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L.1990. Víctimología: Estudio de la víctima. México, Editorial Porrúa S.A.

SAN MARTÍN PONCE, M.A. 2014. Medidas de Protección para Niños, Niñas y Adolescentes víctimas o testigos. Una cuestión de Principios. Revista Jurídica del Ministerio Público (Nº 59).

SENAME. 2016. Observatorio Abuso Sexual Infantil y Adolescente en Chile. Primer Informe de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes en Chile. Santiago, Chile.

SEURA Gutiérrez, Cristian Manuel. Las Medidas de Protección al Niño, Niña o Adolescente en el ámbito de la Violencia Intrafamiliar, desde la perspectiva del Derecho de Familia. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Maricruz Gómez de la Torre Vargas. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile 2008. pp.52

SOLÉ RIERA, J.1997. La tutela de la víctima en el proceso penal. José María Bosch Editor, Barcelona.

UNICEF. 2012. Cuarto Estudio de Maltrato Infantil en Chile. Santiago, Chile.

UNICEF. 2005. Situación de los Niños y Niñas en Chile: a 15 años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño 1990-2005. Santiago, Chile.

UNICEF-UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.2006. Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la Reforma Procesal Penal. Informe Final, Santiago, Chile, Agosto 2006. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales.

Vásquez, B. 2000. Efectos psicológicos del abuso sexual. En Díaz Huertas, José Antonio (comp): Atención al abuso sexual infantil. Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Asuntos Sociales. Madrid.

ANEXO 1: ESTADÍSTICAS SITUACION FAMILIAR DE LOS NNA DE CHILE

Promedio de integrantes del hogar

Tipo de familia	Censo 1992	Censo 2002
	Media	Media
Unipersonal	1,0	1,0
Nuclear Monoparental	2,9	2,7
Nuclear Biparental	3,9	3,6

Extensa Biparental	5,7	5,3
Extensa Monoparental	5,0	4,7
Compuesta	5,7	5,4
Sin núcleo familiar	2,9	2,8
Total	3,9	3,6

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas

Unipersonal: integrado por una sola persona.

Nuclear monoparental: integrado por uno de los padres y uno o más hijos.

Nuclear biparental: pareja unida o casada legalmente con o sin hijos.

Extenso o compuesto: corresponde a cualquiera de los tipos definidos anteriormente, más la presencia de uno o más parientes (extenso) o no parientes (compuesto) del jefe de hogar. Sin

núcleo familiar: Constituido por un hogar en que no está presente el núcleo familiar primario (hogar nuclear). Puede tomar las siguientes formas: jefe (a) de hogar y no pariente (s); jefe (a) de hogar y cualquier otro pariente; jefe (a) de hogar y cualquier otro pariente y no pariente (s).

Distribución de los hogares por zona urbano-rural, Chile

Zona	Censo 2002	Censo 2002
Urbano	84,1	86,6
Rural	15,8	13,3
Total	100,0	100,0

Distribución de los hogares por tipo de hogar, Chile

Tipo de hogar	Censo 1992	Censo 2002
Nuclear monoparental sin hijos (Unipersonal)	8,5	11,6
Nuclear monoparental con hijos	8,6	9,7
Nuclear biparental con hijos	41,6	38,1
Nuclear biparental sin hijos	7,5	9,3
Extensa biparental	16,5	14,9
Extensa monoparental	7,1	7,0
Familia compuesta	4,3	3,2
Hogar sin núcleo	5,9	6,3
Total	100,0	100,0

Evolución de los Tipos de Familia

Chile 1990 - 2006

TIPO DE FAMILIA	1990	2003	2006
Familia unipersonal	10,5	13,4	13,2
Familia biparental	67,3	63,2	61,2
Familia monoparental	22,2	23,4	25,6

**Distribución de los hogares con jefatura femenina
y por años de escolaridad de la jefa de hogar,
Chile**

Años de estudio	Censo 1992	Censo 2002
Ninguno	3,4	2,4
1-9 años	49,5	33,9
10-12 años	29,8	31,8
13 y más	17,3	31,9

Hogares con jefatura femenina y por número de hijos, Chile

Nº de hijos	Censo 1992	Censo 2002
1	44,0	47,7
2	33,2	33,6
3	15,4	13,7
4	5,1	3,8
5	1,7	1,0
6	0,4	0,2
7	0,2	0,0
8	0,0	0,0
Total	100,0	100,0

**ANEXO 2: TABLA DE MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN 2014 EN
AUDIENCIAS DE CONTROL DE DETENCION EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES²⁴⁹**

Medidas Cautelares del art.155	Total 2014 2.344 ²⁵⁰		Grupo de Delitos de Abusos Sexuales (Grupo 1) 1.759 – 75%		Grupo de Delitos relacionados con pornografía y prostitución infantil. (Grupo 2) 75 – 3,1%		Grupo de Delitos de Violación Infantil. (Grupo 3) 444 – 18,9%	
	Arresto Domiciliario art. 155 letra a).	216	9,2%	156 / 2.344	6,6%.	5 / 2.344	0,2%	49 / 2.344
156 / 216				72%	5 / 216	2,3%	49 / 216	22,6%
156 / 1.759				8,8%	5 / 75	6,6 %	49 / 444	11%
Sujeción a Vigilancia art. 155 letra b)	75	3,1%	43 / 2.344	1,8%	3 / 2.344	0,1%	28 / 2.344	1,19%
			43 / 75	57%	3 / 75	4%	28 / 75	37,3%

²⁴⁹ PODER JUDICIAL, Tablero Penal disponible en www.pjud.cl. Disponible «<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYY>» [consultado el 10 de febrero de 2016]

²⁵⁰ No se considera en la totalidad las resoluciones que decretan prisión preventiva.

			43 / 1.759	2,4%	3 / 75	4%	28 / 444	6,3%
Presentación ante Autoridad art. 155 letra c)	567	24,1%	434 / 2.344	18,5%	24 / 2.344	1%	102 / 2.344	4,3%
			434 / 567	76,5%	24 / 567	4%	102 / 567	38%
			434 / 1.759	24,6%	24 / 75	32%	102 / 444	22,9%
Arraigo art. 155 letra d)	440	18,7%	334 / 2.344	14,2%	15 / 2.344	0,63%	87 / 2.344	3,7%
			334 / 440	75%	15 / 440	3,4%	87 / 440	19,7%
			334 / 1.759	18,9%	15 / 75	3,4%	87 / 444	19,5%
Prohibición de asistir a reuniones art.155 letra e)	65	2,7%	58 / 2.344	2,4%	2 / 2.344	0,08%	4 / 2.344	0,17%
			58 / 65	89%	2 / 65	3%	4 / 65	6%
			58 / 1.759	3,2%	2 / 75	2,6%	4 / 444	0,9%

Prohibición de Comunicarse con Ciertas Personas art.155 letra f)	44	1,8%	35 / 2.344	1,4%	3 / 2.344	0,1%	6 / 2.344	0,2%
			35 / 44	79,5%	3 / 44	6,8%	6 / 44	13,6%
			35 / 1.759	1,9%	3 / 75	4%	6 / 444	1,3%
Prohibición de Acercarse al Ofendido art. 155 letra g)	936	39,9%	699 / 2.344	29,8%	23 / 2.344	0,9%	168 / 2.344	7%
			699 / 936	77,6%	23 / 936	2,4%	168 / 936	17,9%
			699 / 1.759	39,7%	23 / 75	30,6%	168 / 444	37,8%

Prisión ²⁵¹ Preventiva	Total 2014 901		Grupo de Delitos de Abusos Sexuales (Grupo 1)		Grupo de Delitos relacionados con pornografía y prostitución infantil. (Grupo 2)		Grupo de Delitos de Violación Infantil (Grupo 3)	
	Decretan PP	670 / 901	74,3%	351 / 901	38,9%	23 / 301	2,5%	296 / 901
351 / 670				52,3%	23 / 670	3,4%	296 / 670	44,1%
351 / 1759				19,9%	23 / 75	30,6%	296 / 444	66,6%
Rechazan PP	231 / 901	25,6%	186 / 901	20,6%	2 / 901	0,22%	43 / 901	4,7%
			186 / 231	80,5%	2 / 231	0,8%	43 / 231	18,6%
			186 / 1759	10,5%	2 / 75	2,6%	43 / 444	9,6%

ANEXO 3: TABLAS DE EFECTOS A CORTO Y LARGO PLAZO BOLETIN Nº10.186-07
MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE VIOLACION Y
ESTUPOR.²⁵²

Consecuencias	- Conductas sexualizadas
Niños	- Ansiedad
Pre-Escolares	- Pesadillas

²⁵¹ PODER JUDICIAL, Tablero Penal disponible en www.pjud.cl. Disponible «<https://public.tableau.com/profile/poder.judicial#!/vizhome/shared/M5R57WYYY>» [consultado el 10 de febrero de 2016]

²⁵² Duwobitz (1993) en Canton, Duarte, Cortés, M.R. (2002): "Malos Tratos y Abuso Sexual Infantil: Causas, Consecuencias e Intervención", Madrid, España.

(0 – 6 años)	<ul style="list-style-type: none"> - Trastorno por estrés post traumático - Problemas de conductas
<p>Consecuencias en Niños Escolares</p> <p>(6 – 11 años)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Internalización y externalización de los síntomas, agresión y desordenes del comportamiento. - Conducta sexualizada, inicio de actividades sexuales prematuras. - Enuresis. - Pesadillas y terrores nocturnos. - Baja autoestima. - Hiperactividad. - Efectos del funcionamiento cognitivo. - Problemas escolares. - Trastornos por Estrés post Traumático
<p>Consecuencias en Púberes y Adolescentes</p> <p>(12 – 18 años)</p>	<p>Sonssonnet – Hayden et al. (1987), encontraron que los adolescentes que habían sido objeto de abusos sexuales tenían mayor probabilidad de presentar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Síntomas depresivos y psicóticos / esquizoides. - Depresión - Embarazo

	<ul style="list-style-type: none">- Trastorno por estrés post traumático- Conducta antisocial- Promiscuidad- Trastorno de la Identidad sexual
--	--

ANEXO 4: ILUSTRACION DE LOS HITOS DE UN PROCESO POR ABUSO SEXUAL

Ilustración 1. Hitos de un proceso por abuso sexual



ANEXO 5: ESQUEMA DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL

¿Qué hago si fui víctima o testigo de un delito?



La víctima puede sufrir amenazas, hostigamientos o atentados en contra suya o de su familia.

Por ese motivo, es deber de la Fiscalía

Adoptar aquellas medidas de protección que no impliquen una restricción de los derechos del imputado. Así, por ejemplo, el Fiscal podrá tomar los resguardos necesarios para impedir la identificación visual de la víctima en determinadas actuaciones de la investigación.

Solicitar al Juez de Garantía que ordene alguna medida de protección, aún cuando ella suponga la restricción de derechos del imputado. Así, por ejemplo, el Fiscal podrá solicitar al Juez de Garantía que prohíba al imputado aproximarse a la víctima o a su familia.

Las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos - URAVIT- son equipos integrados por abogados, psicólogos, asistentes sociales, técnicos y administrativos que funcionan en cada Fiscalía Regional y que apoyan a la Fiscalía en todas las materias relacionadas con la atención y protección de Víctimas y Testigos.

Derechos de las Víctimas

La víctima tiene derecho a ser recibida y atendida por los jueces, los fiscales y la policía.

**01
SER
ATENDIDA**

La víctima tiene derecho a recibir un trato digno, acorde a su condición de víctima.

**02
RECIBIR UN
TRATO DIGNO**

La víctima de un delito puede denunciarlo a Carabineros, Policía de Investigaciones, en la Fiscalía o en los Tribunales.

**03
DENUNCIAR
EL DELITO**

La víctima tiene derecho a recibir un trato digno, acorde a su condición de víctima.

**04
SER
INFORMADA**

La víctima tiene derecho a pedir a los fiscales protección frente a presiones, atentados o amenazas a ella o a su familia. Los tribunales garantizarán la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

**05
SOLICITAR
PROTECCIÓN**

La víctima tiene derecho a obtener la restitución de las cosas que le hubieren sido hurtadas, robadas o estafadas, a que los fiscales promuevan medidas para facilitar o asegurar la reparación del daño sufrido y a demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.

**06
OBTENER
REPARACIÓN**

La víctima tiene derecho a ser escuchada por el fiscal o el juez de garantía, antes de decidirse la suspensión o el término del procedimiento.

**07
SER
ESCUCHADA**

La víctima tiene derecho a querellarse a través de un abogado.

**08
INTERPONER
QUERRELLA**

La víctima tiene derecho a obtener de la policía, de los fiscales y de los organismos auxiliares, apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deban intervenir y a asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso.

**09
PARTICIPAR
EN EL PROCESO**

La víctima tiene derecho a reclamar ante las autoridades de la Fiscalía o el Juez que corresponda, frente a las resoluciones que signifiquen el término de su caso.

**10
RECLAMAR**

ANEXO 6: ESQUEMA DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN EL PROCESO PENAL



ANEXO 7: ESQUEMA DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL



253

CONOCE LAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL.



254

ANEXO 8: ENTREVISTA A CAPITÁN DE 35ª COMISARÍA DE DELITOS SEXUALES

Medidas de protección más comúnmente utilizadas ¿Cuáles son? ¿Cuáles son las más efectivas?

RESPUESTA: A nosotros nos llega la orden de investigar de la fiscalía y nosotros tenemos que darle cumplimiento. Normalmente la fiscalía pide que la declaración de la víctima, cuando ésta es menor de edad, sea tomada por una psicóloga con la idea de que tenga que repetir las menos veces posibles el relato del hecho del cual fue víctima. Esta es una de las medidas que se toman, la cual tiene mucho que ver con el tema del proyecto de ley de entrevista única, porque al ser repetitiva hay una doble victimización. Una doble victimización secundaria que es lo que nosotros pretendemos evitar, además de que el relato sea espontáneo. Entonces, como medidas propiamente tal, yo creo que están la contención, donde nosotros tenemos como cuerpo de Carabineros una guía para que los Carabineros sigan y sepan lo que tienen o no que hacer al momento de tomar contacto con una víctima menor de edad y así disminuir el riesgo de una segunda victimización.

¿Cuáles según tu opinión serían las medidas de protección más eficientes? Por ejemplo, yo había leído que cuando las víctimas tienen que ir al SML, la fiscalía le puede solicitar a los Carabineros de que acompañen a la víctima a hacer todo el procedimiento de peritaje.

RESPUESTA: Lo primordial cuando la víctima es menor de edad es que sea acompañada de un adulto responsable, siempre y cuando ese adulto no tenga algún grado de parentesco con el agresor. Esto, porque muchas veces llegan las niñas a hacer la denuncia o la situación se develó por ejemplo en el colegio y éste hace la denuncia, donde se llama a los padres y el agresor es el papá, el padrastro o el hermano de la mamá, entonces se produce un quiebre a nivel familiar lo que en definitiva significa que cuando se le pregunta a la niña qué fue lo que pasó y está la mamá presente, ésta no habla o habla lo menos posible para no tener que abrir esta “olla de grillos” que implica esta agresión sexual intrafamiliar o intra domiciliaria. Y bueno, acompañarlos como Carabineros propiamente tal, a nosotros nos dejan ingresar al servicio médico legal, ya que en el SML hay dos guardias: una de la policía de investigaciones y una guardia de Carabineros, que es una funcionaria especializada en la toma de entrevistas de este tipo de delitos. Ella solamente confecciona una minuta, le puede tomar declaración ya sea a los testigos o a la víctima e ingresan solos, no ingresan con algún otro adulto responsable.

¿Cómo es la relación que tienen ustedes con la Brisexme? ¿trabajan en conjunto?

RESPUESTA: No trabajamos en conjunto. Somos como “competencia” por decirlo de alguna forma, ya que ambos somos órganos auxiliares del Ministerio Público, pero sí nos encontramos en muchos seminarios y capacitaciones sobre la misma temática. Ya sean entrevistas, agresiones sexuales, abuso sexual infantil, etc. Ahí nos complementamos y más en este tema de la entrevista única del proyecto de ley donde nos hemos puesto a la par, por lo que significa la importancia que tienen las policías en la etapa de investigación y quién va a entrevistar. Porque dentro del proyecto se habla de un “entrevistador” pero nosotros tenemos, tanto Carabineros como la PDI, el plus de que abarcamos todo el territorio nacional y por lo tanto debiésemos ser nosotros quienes entrevistemos, porque además esta primera entrevista, que vendría a ser una sola idealmente, tiene que abarcar una línea investigativa, porque probablemente si fuera enfocada sólo en el área de la psicología y la contención, puede no causar ningún otro efecto o tratar de evitar el menor daño posible a la víctima que ya fue vulnerada, pero quizás no va a tener ninguna antecedente investigativo para poder llegar a una persecución penal efectiva.

Perfecto, ¿Y los psicólogos que toman la declaración son psicólogos certificados?

RESPUESTA: La verdad es que nosotros aquí en la Unidad se nos fueron los psicólogos que tomaban declaraciones, tenemos psicólogos que hacen pericias y los psicólogos peritos no pueden tomar declaración porque se inhabilitarían después para hacer la pericia. Los peritos aquí si son certificados, ellos hacen pericias de credibilidad o de evaluación de daños, etc. Los psicólogos que antes tomaban la declaración eran oficiales de Carabineros que entraron a estas promociones profesionales como profesión psicólogos.

¿Cuál es la relación que tienen con los Jueces de Garantía? ¿Qué es lo que les piden a ustedes en general que realicen?

RESPUESTA: Todas las diligencias que puedan llegar a comprobar el hecho y a los responsables.

¿Y las medidas cautelares?

RESPUESTA: No, a nosotros no nos piden medidas cautelares como Unidad 35ª Comisaría. Las medidas cautelares las cumplen las unidades territoriales. Por ejemplo, que el agresor no se acerque a la víctima, nosotros no podríamos abarcar todo eso porque abarcamos toda la zona metropolitana.

¿En los Tribunales Orales en lo Penal ustedes declaran también?

RESPUESTA: Sí. Todos los que realizaron alguna diligencia en una causa que llegó a juicio oral, tienen que ir a declarar a la audiencia.

¿Qué opina sobre la entrevista videograbada y qué valor probatorio le otorgaría?

RESPUESTA: Tengo dos posturas la verdad. Porque entiendo el fin último, que en definitiva es evitar el relato extensivo, ya que hemos visto casos en esta Comisaría donde pasan muchos años, con múltiples entrevistas al menor, y la mamá nos dice que ya es demasiado, que paremos, ya que el menor víctima vive recordando el hecho traumático constantemente. Pero mis reparos están, entendiendo que el fin y objetivo es evitar que el menor siga concurriendo a estas entrevistas, sin embargo, desde el lado de la investigación no se puede poner solo el valor probatorio en el relato de un niño, hablaría muy mal de la labor investigativa, porque tienen que haber más antecedentes. Si bien es cierto que el abuso sexual no tiene indicios, pero sí hay conductas que pueden ser copulativamente indicadores que no son determinantes, pero sí te pueden decir que aquí ocurre algo. Mis argumentos en contra van por el tema de que, al ser la única entrevista, hay situaciones de abuso reiterado donde el niño, niña o adolescente devela una situación, pero al pasar del tiempo va recordando más situaciones entonces si te fijas el detenido o imputado tiene derecho a hablar cuántas veces él quiera, pero la víctima solo una, entonces si recuerda o después quiere agregar más antecedentes y no puede, se le está limitando los derechos a la víctima ya que no hablará más de lo que ya dijo en la entrevista única. Esas son cosas que están quedando en el aire y lo otro, el tema de quién será la persona que haga la entrevista. ¿Entrevista un psicólogo forense, policial, investigativo? Y si utilizamos a algún agente de la policía que pueda tener los conocimientos de contención, quizás para poder llevar una línea investigativa porque parte de la victimización secundaria también está en una nula persecución penal porque, por ejemplo, yo denuncié el hecho, se me tomó declaración, están investigando, pero nunca llegaron a nada y el agresor sigue libre porque nunca pudieron probar nada entonces como me siento yo víctima, nadie hizo nada y existe una gran sensación de injusticia que me afecta. A nivel personal siento que es muy bueno el espíritu de lo que pretende lograr el proyecto de ley, pero creo que tiene que tener modificaciones.

Respecto a la sala Gessel, se dice que en los Tribunales Orales en lo Penal hay una sala especial también ¿es de ese mismo estilo la sala Gessel?

RESPUESTA: Se supone que los tribunales en general debiesen tener salas especiales para las entrevistas a niños, donde lo que se pretende evitar mediante el biombo que generalmente ponen, por un lado, al agresor o imputado, y la víctima por otro, y la tribuna de los jueces está arriba, muy asimétrico e imponente. La sala Gessel que tienen los tribunales, de acuerdo a lo que yo sé, no son como éstas de los tribunales penales, porque estas salas tienen un sentido de poder el interlocutor que está ahí, a través de un sonopronter y una sala espejo, porque al otro lado puede estar el fiscal o la defensoría y éstos poder decirle cosas al interlocutor para que pregunte cosas específicas. Pero me parece que la sala Gessel del tribunal no es así, me parece que es una sala donde tienen dos sillones, sentados uno frente al otro, y lo que pretende en definitiva es que la víctima pase por los menos lugares posibles: el niño llegó al tribunal y se sienta ahí y es ahí donde tiene que ir el juez, no tiene que moverse al menor por las distintas dependencias, porque además existe este temor del menor víctima de encontrarse con el agresor.

¿El circuito cerrado cómo funciona?

RESPUESTA: El circuito cerrado de la sala Gessel tiene videograbada, tiene un micrófono arriba y tiene un domo de videograbación al costado, que no está escondido, pero si visualmente menos perceptible a la simple vista.

¿Cómo cree usted que las diligencias o la preocupación de los fiscales para los menores víctimas de delitos sexuales?

RESPUESTA: A nosotros nos llegan muchas órdenes de investigar desde la fiscalía, incluso en los casos de “por si acaso” en que uno mira el caso y piensa “aquí no hay nada”. Sin embargo, ellos las envían igual porque hay que investigar. Porque tú no puedes descartar, así como así, imagínate el riesgo que esto implicaría. Han llegado así muchos temas en base al “quiero descartar”, llegan al SML se quedan con el resultado que entrega el perito de éste, se le entrega a la mamá del menor y ésta luego no quiere continuar con el proceso, ya que le bastó con el resultado de descarte de abuso que entregó el SML.