



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

MAGÍSTER EN DERECHO
CON Y SIN MENCIÓN

Actividad Formativa Equivalente a Tesis

LA LEY DE ENTREVISTAS VIDEOGRABADAS

El derecho de los intervinientes y el ejercicio pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal chileno

Magíster en Derecho con y sin Mención

Estudiante: Sebastián Pérez San Martín
Profesor Guía: Gonzalo Berríos Díaz

Agosto de 2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN EL PROCESO PENAL	5
1. El rol de las víctimas en los procesos penales	5
2. La victimización secundaria	6
3. La Convención sobre los Derechos del Niño.....	10
4. Participación de niños, niñas y adolescentes y su rol de víctimas en el proceso penal. El derecho a ser oído	13
CAPÍTULO II: LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA.....	18
1. Concepto.....	18
2. La técnica para la realización de la entrevista	19
3. Otras particularidades comunes de la entrevista	22
4. Beneficios procesales de la técnica de entrevista videograbada	23
5. Experiencia comparada	26
a. El caso de Alemania.....	26
b. El caso de Australia.....	27
c. El caso de Bélgica	27
d. El caso de España	28
e. El caso de Reino Unido	29
f. El caso de Suecia	29
g. El caso de los Estados Unidos	30
h. El caso de Colombia.....	31
i. El caso de Perú	31
j. El caso de Argentina	32
CAPÍTULO III: LA LEY 21.057 Y EL PROCESO PENAL CHILENO.....	34
1. Aspectos generales.....	34
2. La especialidad de la Ley 21.057	38
3. Principios.....	39
3.1 El interés superior	40
3.2 La autonomía progresiva	42
3.3 Participación voluntaria.....	42
3.4 Prevención de la victimización secundaria	44
3.5 Asistencia oportuna y tramitación preferente	44
3.6 Resguardo de su dignidad.....	45
4. El proceso penal y los cambios que introduce la ley	46
4.1 Cambios que ha introducido la Ley en la fase de denuncia	48
4.2 Cambios que ha introducido la Ley en la fase de investigación	50
4.3 Cambios que ha introducido la Ley en fase de juzgamiento.	53
4.4 Consideraciones relativas a las pericias y otras diligencias investigativas.....	56

CAPÍTULO IV: EL PROCESO PENAL, EL DERECHO DE LOS INTERVINIENTES Y EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES Y OTROS DELITOS VIOLENTOS	58
1. Objetivos del proceso penal chileno	58
2. El debido proceso	60
3. El derecho de defensa y la confrontación	61
4. La confrontación y la participación de los niños, niñas y adolescentes como víctimas y testigos en el proceso penal conforme a la Ley 21.057	64
CONCLUSIONES.....	69
BIBLIOGRAFÍA	74
REFERENCIAS NORMATIVAS.....	76

INTRODUCCIÓN

Con fecha 20 de enero de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. El objeto final de esta Ley es la prevención de la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) víctimas de delitos graves, para evitar las consecuencias negativas que pudieran sufrir durante su participación en el proceso penal.

Para ello, el testimonio que otorguen los NNA que sean víctimas, sobre la concurrencia de alguno de los delitos que señala dicha ley¹, se desarrollará a través de una entrevista investigativa que será videograbada, la cual tendrá por objeto orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información de los hechos denunciados y de sus partícipes, evitando así la exposición reiterada e injustificada de los menores de edad.

Así también, el testimonio que otorgue en juicio oral el NNA víctima de los delitos que contempla la ley, se prestará en una sala distinta de aquella donde se estaría desarrollando la audiencia de juicio, sin la presencia de los demás intervinientes, y en la que sólo interactuará con la persona que le entrevista, la que a su vez transmite las preguntas que le realizan los intervinientes del proceso por intermedio de los jueces y juezas. Sin perjuicio del registro de la audiencia, esta declaración deberá ser videograbada de manera independiente.

El testimonio que entregarán los NNA en estos contextos, se realiza a través de profesionales y funcionarios de diversas instituciones especialmente capacitados, lo que les permitirá a los menores de edad describir con sus propias palabras y con mayor precisión sus experiencias. Por consiguiente, se obtendría mayor y mejor información para la investigación penal, procurando una adecuada toma de decisiones al interior del proceso, como además, que la participación en las distintas etapas del juicio podría afectar lo menos posible, su integridad.

Es de esta manera, que, para conseguir sus fines, la Ley en comento ha introducido una serie de adecuaciones al Código Procesal Penal, que involucran modificaciones a las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento en los procesos penales en que participen NNA en calidad de víctimas de delitos sexuales y otros delitos violentos. Son todas estas etapas las que se intervienen con el sistema que implementa la ley, buscando con ello un proceso penal más eficaz en la protección de víctimas especialmente vulnerables, previniendo la victimización secundaria de las mismas por medio de diferentes acciones orientadas a estos fines, siendo las centrales, la regulación de una

¹ La Ley 21.057 es aplicable no solo para la totalidad de los delitos sexuales que se señalan en nuestro Código Penal, sino que además a otros delitos.

entrevista investigativa y una declaración judicial, también videograbada². Estas diligencias se realizan en ambientes especialmente habilitados para conseguir los propósitos de la Ley, pero además se caracterizan porque el testimonio de los NNA se produce con el apoyo de personas que se encuentran especialmente habilitadas para realizar estas labores de entrevistar a menores de edad.

Estos cambios procesales que se introducen pudieren ser vistos como de menor envergadura, pero involucran todo un cambio de paradigma procesal. Dicho cambio se relaciona no solo con la adopción de medios tecnológicos para la realización de pruebas, o con los nuevos mecanismos en que se realizan y ejercitan los derechos de los NNA para una adecuada protección de sus derechos, sino que modifica la forma en que aquellas personas menores de edad se desenvuelven y son parte del proceso penal, entendiéndolos como sujetos del mismo, y no como un objeto sobre el cual se rinde o exhibe una determinada prueba.

En el caso nacional, la promulgación de la Ley de entrevistas videograbadas (en adelante, LEV), introdujo cambios que no se extienden solo al ámbito procesal penal – que es del cual se trata el presente trabajo – sino que se pueden hallar incluso en ámbitos de la propia cultura institucional, ya que al haber introducido nuevos mecanismos para la recepción de la denuncia por ejemplo, mandata a quienes pudieren participar o intervenir en un proceso de develación de una persona menor de edad que haya sido víctima de delito, a adoptar de las medidas necesarias para proteger la integridad tanto física como psíquica de aquel. Por ende, se trata de cambios profundos que se traducen en un nuevo trato que se le otorga a los menores de edad por parte de nuestros educadores, profesores, profesionales del ámbito de salud, funcionarios y profesionales de los servicios de protección a los NNA, y a la ciudadanía en general³.

Esa nueva forma en que entenderemos como es que los NNA participan del proceso penal, traerá aparejado diversas problemáticas relacionadas particularmente al debido proceso, a los derechos del imputado en confrontación o equilibrio con el de las víctimas menores de edad⁴.

² En estricto rigor la declaración está siendo visualizada en directo, de manera sincrónica, sólo que en un ambiente distinto. No obstante, está siendo *videograbada* igualmente.

³ El artículo 3 letra d) de la Ley 21.057 al señalar los principios que sustentan la legislación, indica la prevención de la victimización secundaria, precisando: *“Constituye un principio rector de la presente ley la prevención de la victimización secundaria, para cuyo propósito las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica, así como la privacidad de los menores de edad. Asimismo, procurarán la adopción de las medidas necesarias para que las interacciones descritas en la presente ley sean realizadas de forma adaptada al niño, niña o adolescente, en un ambiente adecuado a sus especiales necesidades y teniendo en cuenta su madurez intelectual y la evolución de sus capacidades, asegurando el debido respeto a su dignidad personal.”*

⁴ Aquí caben las reflexiones sobre la evolución del derecho o la participación de las víctimas en los procesos de enjuiciamiento penal.

Las medidas que impone la LEV, se centran en dar efectiva protección a los menores de edad en su interacción con el sistema procesal penal, desde su fase de denuncia hasta la de enjuiciamiento propiamente tal. Estas medidas buscan, entre otras, prevenir o disminuir toda consecuencia negativa que se provoca hacia dicha población cuando se relaciona con las instituciones y formas de quienes componen el sistema punitivo. Para esto, se imponen también una serie de principios que cada etapa del proceso ha de considerar para asegurar la efectividad de la ley⁵. Los NNA pasan de ser meros objetos de pericia y de protección, a ser considerados sujetos de derechos.

Estos nuevos derechos que se dirigen hacia las víctimas menores de edad en el proceso penal, si bien se encuentran en un proceso de desarrollo y consolidación,⁶ podrían eventualmente colisionar con los derechos y garantías del imputado en el mismo proceso penal. Es decir, ¿estos cambios que la nueva normativa introduce para la protección de NNA que han sido víctimas, afectan el derecho de los imputados y su adecuada defensa? o, por el contrario, ¿se equilibran aquellos con la implementación de esta ley? Visto de otra manera, esta nueva legislación tendría por propósito no solo disminuir los efectos negativos que trae consigo el sistema de enjuiciamiento sobre las víctimas y testigos de hechos punibles que participan de él, sino que además, buscaría que la participación de los NNA y su derecho a ser oído, no colisione con el derecho a defensa, o, con la inmediación que caracteriza a los interrogatorios que se realizan en una audiencia penal en el marco de un debido proceso.

El debido proceso exige poder conainterrogar, pero a su vez, los derechos del niño de manera fundamental se realizan considerando su interés superior, por lo que más que cuestionarnos o analizar si ambos intereses colisionan, es mejor adecuar la forma en que se desarrolla este debido proceso, entendiendo o realizándolo de una manera que vaya de la mano y respete el derecho a la integridad psicológica de los NNA víctimas de delitos sexuales y otros delitos violentos. Es decir, no solo se debe propender a una igualdad de armas, sino que además asegurar la dignidad de quienes participan de aquel, considerando sus especiales características.

Para enfrentar a priori el debate jurídico que se puede promover, se debe tener en especial consideración a que este equilibrio o colisión de ambos estatutos⁷ se encuentra consagrado en diversos tratados internacionales, entre ellos, la Convención sobre los

⁵ Nos referimos al principio de interés superior del niño, autonomía progresiva, participación voluntaria, prevención de la victimización secundaria, asistencia oportuna y tramitación preferente, y, resguardo a la dignidad.

⁶ DUCE, Mauricio (2014). "Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno". Revista Política Criminal, Volumen 9 N°18: p. 741. Refiere que en el derecho penal moderno la víctima ha sido un actor marginal sin mayores derechos frente al proceso, y que en la actualidad se estarían desarrollando ciertos procesos que consolidan el paso de la víctima desde un estadio meramente de espectador a convertirse en protagonista. Incluso, señala que no le parece posible hoy el diseño de un proceso penal sin considerar relevante la participación de la víctima.

⁷ O inclusive tres. Ya que se busca armonizar el estatuto de los menores de edad, el derecho de las víctimas, y el derecho de los imputados en cuanto a su derecho a defensa.

Derechos del Niño junto a las directrices y observaciones que emanan del Comité de los Derechos del Niño (2009), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)⁸, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) o Pacto de San José de Costa Rica⁹, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953)¹⁰.

De esta manera, el presente trabajo transitará por una exposición sobre el rol de las víctimas en los procesos penales; qué significa la victimización secundaria que busca prevenir la ley en comento; los alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN o la Convención) y otros instrumentos del Derecho Internacional; la introducción del principio a ser oído de los menores de edad, y como aquello impacta en las adecuaciones que se realizan al proceso penal. Luego, se abordará sobre la técnica de entrevista videograbada, sus particularidades, los beneficios procesales que se reconocen en la entrevista como diligencia investigativa y de juicio, además de señalar la experiencia en otros países que han introducido la entrevista videograbada a sus procesos penales. Posterior a aquello se analizará de manera más pormenorizada la Ley 21.057 y las respectivas adecuaciones procesales que se realizan con su entrada en vigencia, y en ello analizar los principios que la componen y que le dan forma a la ley. Finalmente, en el último capítulo, se comentarán los objetivos del proceso penal chileno, el debido proceso como objetivo general, las características y principios que lo orientan. Y en ello, se analizará el derecho a defensa como parte fundamental de un debido proceso, el derecho de contradicción o confrontación, sus alcances y se revisará si acaso la introducción de la Ley 21.057 le limita.

Con estos propósitos se buscará poder dilucidar si acaso ¿se ve coartado el derecho a la defensa, la contrainterrogación, o al debido proceso en general con la implementación de la Ley 21.057? o si acaso, ¿se contradicen las garantías de los imputados con las medidas de protección que establece la Ley de entrevistas videograbadas?

⁸ En su artículo 14 número 3, letra e) señala: *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”*

⁹ Señala en su artículo 8 número 2 letra f): *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.*

¹⁰ En su artículo 6 al tratar sobre el *“derecho a un proceso equitativo”*, en su número 3 respecto a los derechos de los acusados, indica: *d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*

CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN EL PROCESO PENAL

1. El rol de las víctimas en los procesos penales

Es indudable el preponderante rol que está sosteniendo la víctima en los procesos penales. Al dotar de mayor realce a su participación, se ha considerado que esto trae consigo que en ella radica también un importante rol decidor del conflicto penal. En suma, se viene a dotar de mejores herramientas y consideración a las personas que participan del proceso penal, y el esfuerzo, por consiguiente, no sólo se concentra en determinar la infracción y el castigo en particular, que no deja de tener un papel sustancial en efecto. Esta consideración es reciente al punto que se podría decir que antes a la víctima de un hecho delictual se le miraba como un intruso, o incluso donde hasta se le negaba el derecho a participar.

Se reconoce que la figura de la víctima ha pasado por tres etapas en el tiempo: El primero que se basa en un “*gran reconocimiento*”, caracterizado por la venganza privada y que se encuentra en las antiguas organizaciones humanas, y en donde encontramos serias debilidades, como la desproporcionalidad en uno y otro lado. Además, que se considera como una respuesta primitiva, siendo meramente una primera reacción frente al delito. Aunque parezca que el “ojo por ojo, diente por diente”, sea el emblema de la venganza privada, parece ser que es su “sepulturero”. Dicha expresión que viene en asegurar que la respuesta de la víctima no será mayor que el daño que se le infringió, puede incluso entenderse como una especie de garantía para el que cometió el delito en este caso¹¹.

Más tarde, con la aparición y fortalecimiento del concepto y noción de Estado, el conflicto penal dejó de ser un conflicto entre los privados, y pasó a entenderse como una ofensa penal hacia el Estado. Por ende, es esta entidad quien se apropia de la solución, y de esta manera la víctima directa del delito va desapareciendo del mapa procesal. Por ende, no solo se fortalece este concepto de Estado, sino más bien se fortalece la idea de que la administración de justicia debía ser también inquisidora, neutralizándose así toda participación de la víctima.

Los roles protagónicos son entonces asumidos por jueces y quienes cometieron los hechos delictuales. El interés de la víctima se reemplazó entonces sobre la concepción abstracta de lo que se entienda por bien jurídico protegido. Inclusive, hasta se consideró a la víctima a propósito de que a raíz de su comportamiento podrían identificarse

¹¹ MÁRQUEZ, Alvaro. (2011). “La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Volumen 14 p. 35.

atenuantes de la pena que se le impusiere eventualmente al agresor. Es en este “estadio” donde además se abrió la posibilidad de resarcir a la víctima a través del ejercicio de una acción civil, pero fuera de la judicatura penal.

Ya en la década de 1950, más ligado al desarrollo de una nueva ciencia que es la victimología, se presentó una nueva visión del rol de víctima, en el cual se le dotó del estudio de su personalidad, biología, aspectos psicológicos, morales, sociales y culturales, motivando con ello una nueva etapa donde quien sufre la agresión va retomando un mayor activismo en el proceso de enjuiciamiento penal¹².

De ahí que nace el concepto de victimización secundaria que se pasará a explicar más adelante, siendo la consecuencia directa de una “época olvidada de la víctima”. Nos referimos a una época donde la víctima era totalmente ausente del proceso penal, su participación sólo se limitaba a la interposición de una acción de carácter civil para procurar una eventual indemnización, pero totalmente alejada de participar en el proceso penal¹³. De tal manera que un “ocupante sin lugar”¹⁴ comienza a tener cabida en el proceso.

Pero, dicho abandono caló hondo en la forma que visualiza a los ofendidos por la comisión de un hecho punible o delictivo. Una vez ocurrido el hecho delictual, no es mucho el protagonismo que se le otorga a la víctima del acto, sino que la mayor atención por lo general se dirige hacia el castigo, hacia el culpable del daño. Por ello, prontamente la víctima pasa nuevamente a ocupar un lugar de olvido. Hoy se cuenta con mejores herramientas procesales, pero igualmente no es un actor del todo relevante a la hora de promover el curso del enjuiciamiento y pasa a un segundo plano, lugar, más un objeto del juicio, que hace que no sea del todo considerada a la hora de conocer si su tránsito por las diligencias propias del proceso penal genera otro tipo de daños en su integridad física, económica, social y psicológica.

2. La victimización secundaria

En este proceso de evolución legislativa que se viene señalando, es que nace la victimología, la que, a diferencia de la criminología, que tiene como centro de estudio al delito y a la persona que cometió el delito, pone en el centro y visibiliza a la víctima en los

¹² MARQUEZ, Alvaro. op. Cit. p.37.

¹³ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina, y otros. (2009). “Revisión Teórica Del Concepto De Victimización Secundaria”. Revista de Psicología, Vol. 15, Núm. 1. Perú, p. 49.

¹⁴ Idem

hechos delictivos, en su prevención y en el tratamiento de sus consecuencias¹⁵. Aquella, introduce primeramente el cuestionamiento al concepto de víctima esgrimido por el derecho penal como el sujeto pasivo del hecho delictivo, no considerando los demás perjuicios que puede sufrir justamente por la ocurrencia del hecho original.

Así, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, adoptada por la ONU en 1985, definió el concepto de víctimas otorgándole una carácter más holístico, considerándolas como aquellas “... personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”¹⁶. He ahí el factor que determina la victimización, los daños que se experimentan por la ocurrencia directa del hecho delictual, y a ello conoceremos como *victimización primaria*. Pero, además, es que se visualizan los efectos dañinos que los actos posteriores al hecho delictual siguen provocando, sobre todo aquellos que se realizan por acciones u omisiones de terceros que intervienen e interactúan con las personas que han sufrido un delito.

Estos efectos negativos provocados por personas o instituciones al interactuar con la persona que ha sido víctima de un delito, llamaremos *victimización secundaria*.

En términos simples, una de sus expresiones más comunes es que la victimización secundaria se refiere a la “*mala o inadecuada atención que recibe la víctima una vez entra en contacto con el sistema de justicia*”¹⁷. Es en este ejercicio de conceptualizar este fenómeno que daremos cuenta que la intervención del sistema de justicia es en sí un claro ejemplo de los efectos secundarios que se ejercen sobre las víctimas. De esta manera, las declaraciones ante los funcionarios policiales, las que se realizan ante el Ministerio Público, los peritajes que puedan existir, participación en el juicio oral como una de las principales pruebas y exponerse personalmente ante el ofensor, las demoras que puedan existir en la tramitación de las diligencias de investigación o la realización de un juicio propiamente tal, o inclusive el tratamiento que se da a través de medios de comunicación sobre el hecho particular, todos estos factores y ejemplos a la vez, son parte de estos

¹⁵ Elias Neuman, citado en LOVATÓN PALACIOS; David. (2009). “Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología”. Revista IIDH, N°50, p.210.

¹⁶ Así principia la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” de la Asamblea General de la ONU de 29 de noviembre de 1985, entre otras consideraciones se promueve que las víctimas tengan un acceso a la justicia y trato justo, derecho al resarcimiento, indemnización y asistencia.

¹⁷ Beristain, Antonio, citado en GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina, y otros. (2009). “Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria. Revista de Psicología”, op. cit, p.50.

efectos negativos que promueven un mayor daño a quienes han sufrido la ocurrencia directa por acción u omisión de un hecho punible.

Es la propia Ley de Entrevistas Videograbadas la que otorga un concepto unívoco de victimización secundaria, entendiendo por tal a aquella *“consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos...”*¹⁸.

Muchas veces es mal utilizado el concepto de victimización secundaria, señalándose a propósito de esta ley que su objetivo es “prevenir la victimización” o inclusive puede confundirse con “prevenir la revictimización”, y a ello se puede sumar una errada concepción del propósito de la Ley 21.057 en cuanto a que se buscaría disminuir la ocurrencia de los delitos, de tipo sexual principalmente, que se cometan contra menores de edad. Sería lo deseable, pero no es correcto señalarlo así. No obstante, el objetivo no es menos importante, el perseguir disminuir estas consecuencias negativas que provoca la ocurrencia de delitos en una población especialmente vulnerable, como son los menores de edad al enfrentar cada una de las actuaciones propias del sistema de justicia al buscar su esclarecimiento, es tan importante como el hecho de que pudiera prevenirse las consecuencias negativas que provoca la sola ocurrencia del delito.

A ello, es necesario precisar que por el concepto de victimización secundaria se entienden doctrinariamente otras acepciones, dentro de ellas la propia expresión revictimización o doble victimización, pero entendiendo aquella como repetidas situaciones por las que tiene que pasar una víctima luego de ser afectada por un delito, como declarar un sinnúmero de ocasiones, etc¹⁹.

El fenómeno de la victimización secundaria se ve reflejada según algunos autores en la carencia de información y desconocimiento del proceso penal, sus tiempos y plazos, frustración de una mala generación de expectativas del mismo proceso penal (por ejemplo esperar que el imputado sea condenado), la eventual falta de empatía de parte de los profesionales y funcionarios que trabajan en la administración de justicia, la ausencia de espacios privados y adecuados para la realización de los actos de la investigación penal y del proceso en general, el exceso de tecnicismos jurídicos, la duda o la falta de credibilidad de parte del sistema procesal penal, etc²⁰.

En nuestro país, durante los años 2008 y 2009 la Fundación Amparo y Justicia en conjunto con el Centro de Medición de la Pontificia Universidad Católica de Chile llevaron

¹⁸ El artículo 1 inciso segundo de la Ley 21.057 establece que el objeto de la ley es prevenir la victimización secundaria y a propósito de dicha aseveración es que la conceptualiza.

¹⁹ GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Carolina, y otros. (2009). “Revisión Teórica del Concepto de Victimización Secundaria. Revista de Psicología”, op. cit, p. 51.

²⁰ ibídem, p. 52.

a cabo un estudio sobre el efecto revictimizador que pueden experimentar los NNA, víctimas de abusos sexuales, en el curso de su relación con el sistema jurídico-penal. Dicho estudio se basó en la aplicación de cuestionarios a adultos cuidadores de esos niños, y se realizó en las regiones Metropolitana, de Valparaíso, y del Biobío. Lo perseguido por el estudio era analizar la percepción de las víctimas respecto del proceso de investigación, identificar los momentos claves del proceso para determinar factores revictimizantes y determinar además posibles fenómenos de victimización secundaria, o revictimización durante el proceso.

En dicho estudio, se estableció que el 81,9% de las víctimas consultadas, tuvieron que declarar más de una vez. Pero, más de la mitad (58,2%) de niños, niñas y adolescentes tuvieron que declarar entre dos y cinco veces durante todo el proceso²¹. Las cifras son desalentadoras en cuanto a los efectos revictimizantes de nuestro sistema de justicia en cuanto a la multiplicidad de ocasiones en que se debe transitar por el proceso a efectos de participar de él. Y en ello, se concluye además que los momentos donde los NNA experimentan un mayor grado de victimización secundaria son en la denuncia, los peritajes físicos y la declaración que se preste en fase de juicio. El estudio finaliza concluyendo que, en la mitad de los casos, los consultados perciben que el proceso judicial genera daño en los NNA que transitaron por aquel. Por otra parte, no menos importante, pero cuanto mayor es el tiempo transcurrido y mayor el número de veces que se relata, puede ser además, mayor la contaminación del relato.

Es por ello que no es nimio el objetivo de prevenir la victimización secundaria como aparece en la Ley 21.057, al encontrarse este fenómeno presente en variadas situaciones enmarcadas en el sistema de justicia, situación que hace necesario un mayor esfuerzo de varias instituciones, articuladas y coordinadas entre sí a efectos de mejorar sus operaciones y actividades en pos de la prevención de acciones que puedan afectar en su integridad emocional a las víctimas de ciertos graves delitos, sobre todo cuando estas son menores de edad.

La victimización secundaria así expresada puede disminuirse a través de diversos mecanismos o acciones, como por ejemplo facilitar información a la víctima, adecuar los ambientes y lugares donde se realizarán interacciones con ellas, el diseño de protocolos de entrevista, la ejecución de los mismos por personas especialmente habilitadas para ello, acciones todas que la Ley 21.057 incentiva su promoción y mandata su ejecución en varias de ellas.

²¹ Centro de Medición MIDE UC (2009). “Percepción de los procesos de Investigación y Judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en la Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío”, p.63.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN o la Convención) fue adoptada por Resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, en la cuadragésima cuarta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York. Considera además a 140 países firmantes, y 192 partes de la misma. Chile la suscribió el 26 de enero de 1990.

La Convención enuncia los principios jurídicos aceptados internacionalmente sobre los derechos del niño, fundamentalmente: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por la opinión del niño. Está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y participar activamente en la sociedad. Una característica fundamental es el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades respecto de los primeros.

De esta manera, la Convención es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas, protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

Para la autora Mary Beloff, la Convención es ampliamente aceptada en el mundo por cuanto se ha considerado a los NNA como las personas más vulnerables y que por ende requieren de una protección más específica que la que existe para los adultos. De tal manera que marca un antes y un después, sobre todo en países de este lado del mundo. Antes, la visión que se tenía de los menores de edad era más de un enfoque humanitario o hasta filantrópico, entendiendo a los NNA como objetos de protección. Con la Convención se promueve un cambio de la forma en que se trata a la infancia. Se pasó de llamarlos simplemente “menores” (aunque todavía hay mucho que avanzar en esto) como objeto de tutela, a ahora donde se les como como NNA sujetos plenos de derechos²².

Así, y como se especifica más adelante, la Convención vino a dotar a las naciones de un cuerpo normativo que les implica adaptarse y mejorar evolutivamente las legislaciones internas de los países. Sin perjuicio de ello, es clave que estas construcciones y adaptaciones no sean meramente formales, sino que involucren a toda la ciudadanía, siendo verdaderos agentes de cambio, y transformaciones culturales profundas. En esto, Beloff²³ incluso plantea que en los países que han experimentado procesos de transición o

²² BELOFF, Mary. (2009). “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. Editores del Puerto. Argentina, p. 4.

²³ La autora expresa al pie: “Es interesante destacar que en América Latina la incorporación de este tratado a los sistemas jurídicos nacionales tuvo lugar en el marco de procesos de transición o consolidación democráticas”. BELOFF, Mary. op. cit, p.5.

de consolidación democrática han adoptado y vinculado de mejor manera y no meramente formales respecto de las premisas de la Convención. En este sentido, se reconocerían tres tipos de países como, por ejemplo, aquellos donde la ratificación no tuvo ningún impacto o uno meramente político superficial; un segundo grupo de países en donde, la adaptación de la Convención la llevaron a cabo a través de un proceso de adecuación formal de las leyes internas; y un tercer grupo donde se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial y sistemático de las leyes internas. En este sentido, y para diferenciar, se entiende por aquellos cambios más sustantivos o sustanciales, a aquellos donde se introducen códigos integrales de protección de la niñez y adolescencia, como redefiniciones institucionales, adecuaciones culturales, etc. Además de leyes específicas como la de responsabilidad penal adolescente, códigos de familia, adopción, etc. Quizás, para algunas naciones la Convención puede a veces concebirse como que implanta un diseño utópico, lo que puede ser correcto atendida la realidad de cada cual, pero lo cierto es que es tarea de todos hacer que ese diseño utópico sea convertido en realidad. Para el profesor Cillero en este orden de ideas, precisa que existe una vinculación entre las mejoras continuas de los instrumentos y normativas que van dirigidas en protección de los NNA, y el progreso en cuanto a la protección de los derechos humanos en general²⁴.

La Convención considera al NNA como sujeto, y, por ende, titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más otros derechos de tipo específico por considerárseles como sujetos en etapa de crecimiento y desarrollo. Pero son los adultos los que deben motivar tales cambios en las propias estructuras ya existentes, y también son ellos (nosotros) los llamados a cambiar este enfoque y mirada que tenemos hacia nuestros propios NNA.

Sin perjuicio de todo ello, las consideraciones y principios que establece la Convención corre el riesgo de que sean utilizados como una especie de “cheque en blanco”, en donde puede quedar entregado al arbitrio o a la consideración temporal de la visión que tenga uno u otro gobierno en particular, sobre todo en el caso de un concepto tan abstracto como puede ser el interés superior del niño que se abordará más adelante²⁵. Otro aspecto a considerar, y que puede ser visualizado como negativo de la Convención, viene dado por cómo los Estados en base a su desarrollo económico pueden realmente promover los cambios que ella aspira. La Convención reconoce esta parte y en su artículo 4 expresa que “...los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que

²⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf p. 1.

²⁵ Respecto a esta idea Cillero señala que quizás el concepto de interés superior del niño, aparece “vago” en la CDN, y puede quedar sujeto al arbitrio o a la discrecionalidad de la autoridad, no cumpliéndose una protección efectiva de la niñez mirada desde su integralidad. op. Cit, p.2.

dispongan...”, lo que en la práctica puede ser considerado como una mera definición o declaración programática, poco realizable muchas veces.

Si hablamos de “debilidades” de este cuerpo normativo, podemos también precisar que una de ellas viene dada por su ejecución o coercibilidad, y en ello la Convención introduce algunos elementos propios de sujeción, como por ejemplo la creación del Comité de los Derechos del Niño. Sobre ello, se señala que los Estados Partes deben presentar los primeros dos años, y luego cada cinco años, informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos mismos derechos. Ello, sin perjuicio de otra institucionalidad internacional de protección, como puede ser la Corte Interamericana de DDHH y la Comisión Interamericana de DDHH.

Cabe también mencionar que antes de la Convención existía una visión “tutelar” hacia “los “menores”. Había que salvarlos. Los NNA eran, vistos como seres incompletos e incapaces y que requieren de un abordaje especial. De esta manera los “menores” ingresan a este sistema tutelar porque algún funcionario estimó que se encontraban en situación de riesgo, y por ende es objeto es una intervención estatal. Ahora, ya no se trata de meros objetos, sino que, de sujetos plenos de derechos, cuya única particularidad dice Beloff es que son personas que están creciendo. Por eso, tienen todos los derechos de los adultos, más otros derechos específicos que se les reconoce justamente por esa particularidad²⁶. Destaca además la autora, que este reconocimiento y promoción de los derechos de los NNA se produce en una concepción integral, es decir, que los destinatarios son todos los NNA y no una parte de la población de aquellos²⁷.

De todos estos derechos, el que articula la estructura de todo el sistema de protección es el derecho a ser oído, y que sus opiniones sean tomadas en cuenta²⁸. Por ello la respuesta estatal ha de entenderse diferenciada en uno y otro sentido, o sea, es distinta la particularidad de la respuesta cuando se concibe al niño como un objeto de protección, a cuando se es sujeto. El propósito de la CDN en ese entendido, no es solo la generación de políticas públicas que garanticen este interés superior, sino que responde a una nueva mirada en torno a la niñez.

²⁶ BELOFF, Mary. Op. cit, p. 35.

²⁷ *ibídem*, p. 36.

²⁸ *Ídem*.

4. Participación de niños, niñas y adolescentes y su rol de víctimas en el proceso penal. El derecho a ser oído

Como se mencionó, y considerando a los NNA como una población especialmente vulnerable atendida su condición, pero principalmente si es que se sufre la ocurrencia de algún delito (y aún peor, que estos delitos sean de aquellos que dañen su indemnidad y esfera sexual), el principal factor de victimización secundaria para un niño es la sobreexposición a distintas evaluaciones y/o entrevistas que le suponen una reexperimentación continua de estas emociones negativas, y una sensación de descrédito si es que se pone en entredicho su declaración, lo que directamente afectará a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa.

En efecto, el acento debiera estar puesto en hacer posible el derecho de los NNA a participar del proceso, y que esa participación sea efectivamente valorada y considerada como sustantiva en las actuaciones y actividades del proceso, pero también que dicha participación, traducida en una comparecencia, por ejemplo, sea de manera adecuada a su desarrollo evolutivo. Incluso se torna deseable que su participación sea asistida por profesionales especialmente habilitados para ello, y teniendo como objetivo principal que se resguarden sus derechos.

En el caso de la Ley 21.057 que se señalará específicamente en los siguientes capítulos, los NNA pasan a ser tratados como personas, como sujetos de derechos, y se les sustrae de la consideración como “otro medio de prueba más, sobre el cual se puedan ejercer todo tipo de medidas, solicitudes y reiteraciones de declaraciones”²⁹. Pero aquello no es sino consecuencia natural de la evolución legislativa, no sólo respecto del rol y la posición de las víctimas de delito en el proceso penal, sino que, en este caso, el desarrollo de legislaciones que vienen a dotar a los NNA de un mejor trato y de una visión menos “adultizada” respecto de sus necesidades, respetando siempre su interés superior de la mano con el desarrollo evolutivo de los NNA.

En estos avances, juega un rol clave el interés superior del niño, que puede ser concebido como aquel deber de los Estados y sus instituciones de asegurar la “plena satisfacción de sus derechos”³⁰. En otros términos, la forma en que se promueve y desarrollará la participación de los NNA en el proceso penal necesariamente debe ser elaborada atendiendo el interés superior de este grupo poblacional en particular.

Tomando en cuenta el concepto de victimización secundaria, cabe hacerse la pregunta de si acaso es perjudicial involucrar a los NNA en los procesos penales: ¿no será

²⁹ HENRIQUEZ, SERGIO (2021). “La entrevista videograbada de la Ley 21.057: Un instrumento que reivindica el interés superior de niños, niñas y adolescentes y su naturaleza jurídica como sujetos de derechos en Chile”. Revista de Estudios de la Justicia. N° 34, p. 111.

³⁰ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, p. 8.

mejor limitar o restringir su participación a efectos de prevenir la victimización secundaria? En dicha pregunta la respuesta debiera ser siempre negativa, por cuanto lo que se debe procurar no es que los niños se vean limitados o se les restrinja su participación y con ello protegerlos de los efectos negativos que puede provocar su participación en el juicio penal, sino que se debe promover que aquella participación sea acorde a sus necesidades y desarrollo evolutivo tomando en cuenta su madurez emocional y la condición física, y sobre todo psíquica, en que pudieren encontrarse. Se trata de que el sistema de justicia debe atender y adaptarse a las necesidades particulares de este tipo de personas. Si la adaptación o preparación del sistema de justicia procura hacer efectiva la participación de los NNA atendido su interés superior, sin duda que estarán estos mejor protegidos.

En esto juega un rol fundamental la Convención sobre los Derechos del Niño, punto de partida para el desarrollo de las bases de infancia y promoción de sus derechos en la actualidad. Dicha Convención, que si bien fijó su texto hace más de 30 años, sirve de base para el desarrollo y evolución de diversas legislaciones nacionales, el cual ha sido dinámico y adaptativo a la realidad cultural de cada país, tomando en consideración las necesidades particulares de los NNA. En dicha Convención, en el artículo 3 N°1 se consagra el concepto de interés superior, señalando que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

El interés superior va de la mano con otro principio, y que versa sobre cómo se introducen estos cambios en específico respecto de la forma y por qué los sistemas de justicia han de adaptarse para procurar asegurar la debida participación de los NNA, y que es el derecho a ser oído. Este concepto se consagra expresamente en el artículo 12 de la Convención, y en él se señala que los Estados deben garantizar que los menores de edad puedan “expresar su opinión libremente en todos los asuntos” que les afecten, teniendo presente respecto que esta opinión sea tomada en cuenta “en función de la edad y madurez del niño”. El artículo 12 que aquí se comenta, en su segundo numeral puntualiza que esta opinión debe ser recibida y escuchada ante todo procedimiento de tipo judicial o administrativo que involucre o afecte al NNA³¹. En ese entendido, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del año 2000, señala una serie de medidas y consideraciones que los Estados Partes han de adoptar a efectos de asegurar esta participación ante instancias judiciales, señalándose entre otras por ejemplo, el

³¹ La Convención sobre los Derechos del Niño expresa en el artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de los niños víctimas y la debida adaptación de los procedimientos en que se reconozcan sus necesidades especiales, sobre todo aquellas especiales que les incumban para declarar como testigos. Así también indica que se debe proteger la intimidad e identidad de los niños víctimas, evitar las demoras innecesarias de los procesos, informar a los niños sobre el proceso, sus alcances y la forma en que se conduce aquel, y principalmente, que se autorice la presentación de la opinión de los NNA y que se consideren sus necesidades y preocupaciones³².

Es así que el derecho a ser oído y el interés superior, ambos consagrados en la CDN, en su concepción y comprensión se entrelazan, complementan y juegan un rol sobre el cual no puede uno ponderarse sino en pos y con el otro. Los NNA no basta con sean meramente oídos o se asegure de una determinada manera su participación, ya no basta con que los NNA participen en un esquema y procedimiento de adultos, sino que este derecho a ser oído se refiere a que efectivamente lo sean, procurando que se generen escenarios de participación que considere la madurez, desarrollo evolutivo y la edad de los NNA, y que aseguren además que aquellos no vulneran su integridad psíquica y física.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, por su parte, en el año 2005 señaló las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, en las cuales especifican mejores derechos para los NNA y deberes para los Estados Partes, sobre todo en cuanto a asegurarles a los niños un “trato digno y comprensivo”. Particularmente la Directriz N°10 de dicho documento, expresa que los niños que han sido víctimas o testigos de delitos serán tratados “con tacto y sensibilidad” en toda instancia del proceso de justicia, tomando especial consideración su “situación personal y sus necesidades”, y del cual se debe considerar también su edad, nivel de madurez y “respetando plenamente su integridad física, mental y moral”³³. Igualmente, la Directriz N°11 mandata a que todo niño debe ser tratado como una persona, sujeto de derechos, con sus “propias necesidades, deseos y sentimientos”. Más adelante, se instruye en estas directrices que toda interacción de parte de la institucionalidad respecto de los NNA ha de limitarse a un “mínimo necesario”, y específicamente la Directriz N°14 afirma además, que todo contacto con menores de edad debe ser adaptado a su realidad, y que esta interacción debe realizarse en ambientes adecuados a las necesidades, madurez intelectual y edad de los NNA.

Estas directrices, en general, son vitales para la comprensión de la génesis y los alcances de los propósitos de la Ley 21.057. En estas directrices, destaca también el

³² Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). Visto en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opscrcr.aspx>

³³ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2005/20 que señala Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Visto en: <http://www.aimjf.org/download/Leyes ES/Sexual Right and sexual violence/Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes.pdf>

capítulo décimo primero denominado el *“derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia”*, el que se refiere a los profesionales que interactuarán con los NNA en el sistema de justicia, señalando que estos deben tratarlos de una manera en que disminuyan y eviten las acciones que puedan generarles sufrimiento, deben asimismo, prestarles apoyo y acompañamiento en el proceso, informarles la naturaleza del proceso, y procurar que las actividades del proceso sean expeditas y se realicen tan pronto como fueren posibles. Se establece además como una práctica adecuada, que las interacciones con NNA se realicen en ambientes habilitados especialmente acondicionados, lo que incluso podría conllevar modificar salas de audiencia. Puntualmente, la Directriz N°31 se señala que se debe velar porque los NNA víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del hecho, y se hace expresa mención a que esto debe ser *“compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa”*. Seguido a esto último, se menciona igualmente que los NNA víctimas y testigos de delitos sean *“interrogados de forma adaptada a ellos”*.

Sobre este particular, y atendiendo al reconocimiento expreso a nivel internacional sobre cómo hacer efectivo el derecho a ser oído vinculado al respeto al interés superior de los NNA, se suele pensar que el armonizar el interés superior y los intereses de los intervinientes (especialmente el del imputado) implicaría superponer uno en pos de otro, dándole cierta prevalencia al interés superior. Lo cierto, es que independiente si uno ha de primar por sobre otro, o si están en justa equivalencia, es el debido proceso el que siempre ha de asegurarse.

En ello, las Directrices parecen ir en esa línea, la del respeto del proceso, pero en donde necesariamente han de introducirse mejoras que sean adaptables a la realidad de los NNA. Dicho de otra manera, los sistemas de justicia y sus funcionarios han de asegurar en las interacciones con los NNA, que estas sean en ambientes de acogida, que se asegure confianza, que exista la debida comunicación, pero también que para efectos del proceso se asegure la contradicción.

En efecto, el compatibilizar la protección de los NNA víctimas con el respeto a las garantías jurídicas de los acusados, plantea diversos retos que requieren de una estrecha colaboración entre justicia y la psicología forense. En esa idea, Echeberúa señala que para hacer efectiva la protección de los NNA es preciso que su testimonio sea efectuado en un espacio que posibilite la acogida, confianza³⁴. Pero también se debe preservar que la defensa de los imputados tenga posibilidad concreta de cuestionar dicho testimonio, durante la realización del mismo o en un momento posterior. La declaración y participación de los NNA bajo estas premisas no viene en alterar el ejercicio debido del derecho a la defensa, o al menos se debe asegurar que así no ocurra.

³⁴ ECHEBERUA, Enrique. (2018). *“Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados”*. Anuario de Psicología Jurídica, N°28, p.27.

El mismo autor, señala que los tribunales superiores han ponderado favorablemente la afirmación que cabe que la declaración del NNA se inserte como medio de prueba de una forma específica atendida su especial vulnerabilidad³⁵, e indica que no se vería afectado el principio de inocencia ni de defensa por cuanto el mejorar la calidad del testimonio de los NNA (a través de pautas y protocolos especiales para ello), y porque esa rendición de prueba al poseer elementos que aseguren la indemnidad y el respeto a la especial consideración de los NNA, no pasa a llevar dichos principios, asegurándose además el debido proceso. Acto seguido, y como refieren las directrices de las Naciones Unidas, esa participación de los NNA en los procesos judiciales, han de realizarse pronto o lo más próximo en el tiempo, lo que tampoco provocaría afectaciones para los derechos de los intervinientes.

³⁵ ECHEBERUA, Enrique. op cit, p. 26, indica *“Por lo tanto, cabe que el testimonio del menor víctima acceda al proceso de una forma específica por su especial vulnerabilidad –a través de la prueba anticipada o, en su caso, mediante la prueba referencial–, pero ello no conlleva que sea objeto de una valoración menos rigurosa en atención a la referida vulnerabilidad. La presencia del menor en el proceso penal no permite, por lo tanto, un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria”*

CAPÍTULO II: LA ENTREVISTA VIDEOGRABADA.

1. Concepto

Es propiamente una diligencia de investigación dirigida por el Ministerio Público, que consiste en la toma de declaración de los NNA que han sido víctimas de delitos sexuales y otros delitos, a través de la cual se busca obtener la mayor cantidad de información de la víctima respecto de un hecho que reviste características de delito, la que se brinda en un espacio o ambiente diseñado para tales efectos, y cuyo registro de la diligencia se encuentra videograbado por medios informáticos y tecnológicos, almacenado y custodiado por quienes ordenan la investigación. La forma de abordaje y de desarrollo de la entrevista propiamente tal responde a un método y protocolos especialmente desarrollados teniendo presente la edad, la madurez emocional, y cualquier otra circunstancia particular de la víctima, y buscando con ello, afectar en la menor medida posible su integridad física y psíquica al declarar sobre estos hechos.

En otros términos se ha comprendido la entrevista investigativa como un “proceso complejo centrado en la obtención de una declaración precisa, detallada y coherente de los delitos”³⁶, buscando además este proceso afectar lo menos posible a quien entrega la declaración³⁷. En ello cabe notar el rol de quien entrevista, en el sentido que toma un papel fundamental respecto de la forma en que se abordará al NNA víctima para poder conseguir información precisa, clara, detallada y que sirva para el fin de la investigación penal.

La narración de los NNA no es en caso alguno otorgada de la misma manera que los adultos. La forma en que los NNA describen episodios basándose en sus recuerdos, la formulación del espacio, el tiempo, las reiteraciones, van mutando en la medida en que su desarrollo progresivo y autonomía va avanzando. Por ello es que no es menor la preparación de quien vaya a realizar dicha entrevista, relevándose a un plano primordial y crítico, ya que de ellos depende en buena parte el nivel de precisión y la cantidad de detalles que se puedan proporcionar por esta clase de víctimas.

Tratándose de delitos sexuales, en la mayor parte de los casos que involucra la ley en comento, el relato de los NNA que han sido víctimas de aquellos, es fundamental para hallar pruebas que corroboren los hechos denunciados, descubrir otros posibles hechos

³⁶ Benson, M., & Powell, M. (2015). Evaluation of a Comprehensive Interactive Training System for Investigative Interviewers of Children. *Psychology, Public Policy, and Law*, 21. Citado en “Estructura de la narrativa de agresiones sexuales de niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas, en tres etapas evolutivas en el contexto de la entrevista investigativa”, Karla Gutiérrez Arias, tesis para optar al grado de Magister en Psicología, Universidad de Chile.

³⁷ Fundación Amparo y Justicia. (2020). “Entrevista investigativa videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales”. 2da edición. Ediciones UC, p. 68.

delictivos y poder decretar con buena información medidas de protección que sean efectivas y próximas en el tiempo.

La obtención de dicha declaración es fundamental, y debe hacerse como se señala a través de una técnica en concreto, y a través de funcionarios y profesionales especialmente preparados y habilitados para su realización. Por otra parte, y para que dicha declaración sirva para los fines del proceso penal y que los intervinientes del mismo puedan acceder a ella, es que se debe registrar íntegramente a través de una videograbación, a la cual estos puedan acceder sin generar nuevas interacciones con los NNA víctimas de estos delitos. Esta forma de almacenamiento es de las más seguras, y es superior en cuanto a soporte de la información a cualquier otra forma de registro en físico a través de actas, minutas, notas, etc³⁸.

La entrevista investigativa de carácter videograbado tiene en su médula diversos componentes: entrevistadores, una técnica para conseguir el relato de manera clara, precisa y coherente, el ambiente donde se produce donde se privilegia el resguardo e intimidad, y el respaldo tecnológico e informático sobre el que se sustenta. Pero principalmente trae un beneficio importante, logra materializar el derecho de los NNA a ser oídos y a participar del proceso penal en su calidad y condición de niños.

Son estas consideraciones y la técnica las que han promovido el desarrollo de protocolos de investigación que *“guíen a los entrevistadores a emplear las mejores prácticas al entrevistar a presuntas víctimas”*³⁹.

2. La técnica para la realización de la entrevista

Un modelo de entrevista investigativa debe estar basado sobre protocolos, que tienen como objetivo guiar a los entrevistadores a través de distintas etapas o fases de una investigación para poder abordar y recibir la declaración de los NNA, transformándose aquellas en pautas estructuradas para entrevistas a los niños acerca de hechos que hayan presenciado o vivenciado⁴⁰.

³⁸ idem

³⁹ Hershkowitz, Horowitz & Lamb, (2005). “Trends in children’s disclosure of abuse in Israel: A national study. *Child Abuse & Neglect*, 29”, p.1205. Citado en Estructura de la narrativa de agresiones sexuales de niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas, en tres etapas evolutivas en el contexto de la entrevista investigativa”, Karla Gutiérrez Arias, tesis para optar al grado de Magister en Psicología, Universidad de Chile.

⁴⁰ Cabe aquí una de las menciones que consta en la Historia de la Ley 21.057 relativo al valor de la técnica de entrevista, la Gerenta de la División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público, precisó sobre el particular: “... El entrevistador debiera tener entrenamiento en técnica de entrevista. Al respecto, en uno de los videos hay un juez que le pregunta a la niña ‘por qué no denunciaste antes’. Esa pregunta para cualquier persona pasa, pero es una pregunta profundamente dañina, pues al preguntar ‘por qué’, es ‘por qué

Existen muchos antecedentes e insumos para la elaboración de protocolos que indiquen la forma de la técnica, pero estos desarrollos técnicos han sido en su mayoría generados en contextos culturales y judiciales distintos a la realidad latinoamericana y chilena en particular, materializándose en el desarrollo de protocolos narrativos de entrevista que han sido probados en niños de países europeos y anglosajones. Por lo que el proceso en que estos instrumentos e insumos fueron progresando para ser adaptados a la realidad y cultura nacional, no han de ser esfuerzos menores, ponderando siempre las distintas variables culturales. *“Así, lo que en el mundo anglosajón pudiese ser leído como una actitud tranquila, neutra y de atenta escucha, en nuestra cultura latina pudiese entenderse como fría, distante y desinteresada”*⁴¹, por ello, el esfuerzo debe y debiera ser siempre importante, en orden a no solo traspasar técnicas internacionales al contexto nacional, sino que el esfuerzo radica en su adaptabilidad y a su mejora en cuanto a construir modelos desde la propia experiencia nacional.

En la experiencia internacional existen diversos protocolos en la materia, siendo preponderante en el caso chileno⁴² el denominado Protocolo NICHD, desarrollado por el equipo del Instituto Nacional de Salud Infantil y Desarrollo Humano (National Institute of Child Health and Human Development (NICHD)). Aquel versa sobre un conjunto de pautas estructuradas para entrevistar a niños acerca de hechos experimentados o presenciados, con abundante evidencia que respalda su uso en distintos países del mundo. Otros protocolos de abordaje a nivel mundial son el SIM Protocol (Modelo del Centre for Investigative Interviewing de la Deakin University de Australia)⁴³, el de Michigan, entre otros. Lo importante es que estos protocolos indican la forma de abordaje de principio a fin de la entrevista considerando distintas fases: presustantiva, sustantiva y de cierre, práctica narrativa, tipos y usos de preguntas, consideraciones sobre el desarrollo de los NNA en cuanto a instrucciones sobre cómo pueden abordarse las limitaciones en la memoria, el lenguaje y el desarrollo social de los y las NNA a efectos de favorecer la precisión y el detalle de los relatos de la ocurrencia de delitos, entre otros elementos.

tanto tiempo callado’. Así, la pregunta correcta sería ‘qué te llevó a denunciar eso en ese momento’. Los entrevistadores necesitan entrenamiento, y la importancia del entrevistador es que es eso, no es un juzgador, y se necesita la imparcialidad del juzgador”. Historia de la Ley 21.057, p. 438, visto en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7481/HLD_7481_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁴¹ NAVARRO MEDEL, CAROLINA Y OTROS. (2012). “Diseño proceso de implementación. Proyecto de ley que establece un sistema de entrevista Videograbada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales”. Universidad de Chile.

⁴² En este caso no es que se trate de un protocolo hecho a la medida nacional, sino que se trata del Protocolo más utilizado en la formación de entrevistadores en nuestro país a la fecha.

⁴³ Este lo destaco por ser uno de los más estudiados por profesionales chilenos en la materia acá y en Australia, no obstante, no ser muy aplicado en la práctica para la formación actual de entrevistadores.

De esta manera, no sólo basta con establecer un protocolo narrativo o la técnica a utilizar para el correcto abordaje para la entrevista de NNA, sino que se ha estimado que conforme a esta misma técnica se requiere además de condiciones de entrenamiento y de seguimiento, monitoreo y reforzamientos constantes y permanentes, así como instancias de práctica continua a modo de asegurar una correcta aplicación del protocolo. Esto último es crítico y clave para el efectivo funcionamiento de un sistema de entrevistas videograbadas con un protocolo que aborde la técnica de la misma. En un estudio realizado a propósito de la futura implementación de un sistema de esta naturaleza se precisó sobre el particular que *“... este supone que uno de los ejes estratégicos a desarrollar y que resultará crítico para el éxito de la implementación del nuevo sistema, será el diseño de un sistema de capacitación, entrenamiento y seguimiento permanente orientado al desarrollo y actualización de las competencias de los entrevistadores que aseguren buenas prácticas de entrevista”*⁴⁴. Lo anterior fue ampliamente recogido en la legislación promulgada, considerándose incluso una de las tres condiciones o requisitos mínimos que las instituciones llamadas a formar entrevistadores para el funcionamiento del sistema deben cumplir.

Así, el artículo 27 en su inciso segundo, indica que las instituciones obligadas a proveer de personal “debidamente calificado” y formados en metodología y técnica de entrevista investigativa Videograbada, deben garantizar, entre otras, que se genere un proceso de formación continua de entrevistadores, su seguimiento y evaluación⁴⁵. Seguidamente el artículo 28 señala conforme el proceso de formación de los y las entrevistadores que estos deben incluir un programa de formación continua, el cual debe asegurar la *“mantención de los conocimientos y habilidades adquiridas...”*. Lo que se ve reforzado en el Reglamento de la ley, señalando que debe existir un proceso continuo de supervisión y retroalimentación del desempeño del entrevistador, lo que se realiza en la práctica en base a las entrevistas que ha realizado en determinado periodo⁴⁶.

Dicho sistema, se ve asegurado en cuanto obliga a todos los entrevistadores a realizar dicho proceso de formación continua en ciclos de tiempo ya determinados, so pena de no poder ser acreditados nuevamente (revalidados), y con ello caducándose su habilitación para realizar entrevistas en el sistema de la ley.

⁴⁴ NAVARRO MEDEL, CAROLINA Y OTROS. op. Cit, p. 16.

⁴⁵ El artículo 27 a propósito de indicar que instituciones deben proveer de entrevistadores, señala en su inciso segundo respecto de su obligación institucional: *“Para los efectos del inciso precedente deberán garantizar: a) Que los entrevistadores sean idóneos para tales funciones, teniendo en consideración sus conocimientos, experiencia, motivación y, si corresponde, su conducta funcionaria previa. b) Que los entrevistadores puedan llevar a cabo las funciones de forma exclusiva o preferente. c) Que se creen las condiciones necesarias para la formación continua de entrevistadores, su seguimiento y evaluación.”*

⁴⁶ Dicho ejercicio de retroalimentación también puede versar sobre la práctica de entrevistas de carácter simuladas y no propiamente reales.

3. Otras particularidades comunes de la entrevista

Si bien esto se desarrollará de mejor manera en el capítulo siguiente, bien cabe aquí precisar que la entrevista debe ser realizada por un funcionario o profesional, especialmente formado, capacitado y habilitado para el desarrollo de la técnica de entrevista en concreto. Pero, además, existen otras características que rodean la materialización de una entrevista, tales son:

1. Lugares especialmente acondicionados para ello. Las entrevistas no se realizan en cualquier lugar, sino que estas se practican en espacios adecuados e implementadas en base a la edad y etapa evolutiva del NNA, que protejan su privacidad e intimidad, y quede a cubierto y resguardado la interacción que se realizará con él en dicho lugar. Para ello se controla la presencia de participantes, y han de ser adecuadas tecnológicamente para monitorear y videografiar el relato que se brinde en dicho lugar.
2. Número de entrevistas. Si el propósito de la ley es prevenir o disminuir los efectos negativos que provocan las interacciones de las víctimas, en este caso menores de edad en su paso por el proceso penal, debiéramos entender que el número de entrevistas deba ser el mínimo, es decir sólo una. En el caso nacional, hay quienes se refieren al sistema de entrevistas videografiadas como de “entrevista única”, lo que es un error. La entrevista no necesariamente es única, contemplando el sistema que puedan ocurrir más de una, como lo sería en el caso que la investigación se traduzca luego en una acusación y posteriormente un juicio oral. Es mejor señalar, que la entrevista que brindan los NNA en sede de investigación es ideal que sea sólo una, única. Pero si llega a ocurrir que por motivos justificados y contando con la autorización del Fiscal Regional, se decide la práctica de una nueva, para complementar otros antecedentes, va a ocurrir, dejando de ser una sola. Además, cabe que ocurran otras entrevistas si es que el NNA voluntariamente manifiesta su intención de que se le tome una nueva entrevista. Por ello, es incorrecto hablar de entrevista única, si es más efectivo precisar que la entrevista que se presta de tipo investigativa y ordenada por el Ministerio Público, en el caso chileno, no reemplazará tampoco la comparecencia de la víctima NNA en el juicio, instancia en donde prestará una nueva declaración, también ante funcionarios y profesionales formados y habilitados para ello (los entrevistadores), como además en una sala especial que reúne las mismas características que aquella que se utilizan para la etapa investigativa.

Se destaca, que existen países donde sí se ha adoptado el sistema como una única entrevista, en donde una vez realizada, el NNA sale completamente del sistema de justicia. Y con ello quedarían posteriormente excluidos de la diligencia propiamente tal el resto de los intervinientes del proceso.

3. Oportunidad. El relato de los NNA puede verse interferido habitualmente por los constantes cuestionamientos o interrogatorios en el seno familiar, la comunidad educativa, o cualquier otra persona, que sin un propósito doloso interfiere en la forma en que se expresa la relación de los hechos, o que la forma en que se cuestiona quizás pueda transformarse en inadecuada. Para ello es que se privilegia según la doctrina, que la entrevista se practique en el tiempo más breve posible o próximo a la interposición de la denuncia, poniendo con ello – la entrevista – en marcha al sistema procesal penal en buena parte de sus casos⁴⁷.

4. Beneficios procesales de la técnica de entrevista videograbada

Como se desarrollará al analizar más pormenorizadamente la entrevista investigativa videograbada y la declaración judicial en cuanto sistema introducido en el proceso penal chileno, la técnica y la metodología de la entrevista trae consigo variados usos y beneficios para el propio proceso, en cada una de sus distintas dimensiones o fases, denuncia, investigación y juzgamiento.

Siguiendo el fundamento epistemológico del proceso penal chileno, cual es comprobar la verdad de la ocurrencia de un determinado hecho, estableciéndose el modo y los partícipes de aquel, es necesario dotar a la decisión jurisdiccional de mayor y mejor información. La carencia de herramientas y de información, en este caso el desconocimiento, solo tiene como consecuencia *“la arbitrariedad decisionista”*⁴⁸.

De tal manera que el testimonio recogido a través de la entrevista busca obtener la mayor cantidad posible de información precisa y detallada, evitando sesgos y la correlativa contaminación⁴⁹, para llevar a cabo la investigación. Siendo de esta manera una prueba fundamental al proceso penal.

La actividad probatoria, por consiguiente, tendiente a esclarecer un hecho o a conseguir la verdad de como ocurrió, se ve *“mejorada”* con la aplicación y uso de la entrevista investigativa de carácter videograbada. Por una parte, introduce en la entrevista investigativa videograbada una técnica que se ha utilizado y validada a nivel internacional, facilitando la obtención de mayor cantidad de información, precisa y

⁴⁷ Fundación Amparo y Justicia. op cit, p. 76.

⁴⁸ HORVITZ LENNON, María Inés, y LOPEZ MASLE, Julian. (2002). *“Derecho Procesal Chileno. Tomo I”*. Editorial Jurídica de Chile, p. 26.

⁴⁹ Evitar la contaminación del relato ocurre en un efecto doble, por una parte al ser videograbado se registra de manera fidedigna lo que declaró el NNA, y por otra, la disminución de la sobreintervención del NNA evita su interferencia posterior.

detallada; por otra, al asumirse que la entrevista deba ser realizada prontamente luego de ocurrida la denuncia, y al ser videograbada, preserva materialmente en el tiempo un relato o declaración temprana, más próxima a los hechos, lo que la hace estar libre de interferencia de terceros o contaminación. Y, al ser videograbado su registro se puede presentar posteriormente en el juicio oral (independiente de la declaración que preste el niño en la misma audiencia), siendo un elemento probatorio fidedigno respecto del relato original de la víctima. Todo lo anterior sin perjuicio del carácter adversarial del proceso penal, y la forma de contradecir las pruebas que lleva un efecto depurador de las mismas, lo que se comentará en los capítulos siguientes.

Para Nora Rosati y Carlos Iturra, señalan que en este caso *“se ha dado un gran salto cualitativo respecto de la situación prelegislativa”*, refiriéndose a lo fundamental que es para el resguardo de la información obtenida, que esta se realice a través de un registro videograbado que puede utilizarse para otras diligencias. Señalan además, la importancia de este registro, que puede servir de fuente exacta al momento de exhibirse en la etapa del juicio, comparándolo con el pasado, donde las declaraciones eran inexactas muchas veces, o inclusive las pericias que se realizasen no incluían toda la información que las víctimas entregaban, sobre todo refiriéndose a las expresiones no verbales que aquellos puedan manifestar⁵⁰.

Respecto de la fase de juicio, la forma en que se introduce la técnica de entrevista Videograbada y de declaración judicial, reviste de importancia al proceso por cuanto entrega un relato del NNA víctima de manera privada y en un ambiente grato y protector de su integridad. El NNA declarante en este caso, si bien no se encuentra en la sala de audiencia propiamente tal y no se encuentra en presencia del ofensor / imputado / acusado, si permite el traspaso neutral de las preguntas por parte de los intervinientes del juicio.

En esta etapa de enjuiciamiento, como bien se explicará, el NNA nuevamente viene a ser entrevistado por profesionales y funcionarios especialmente formados y habilitados para estas funciones (cumpliendo los mismos requisitos que para los y las entrevistadores de carácter investigativo), y también se realiza en una sala especial, generalmente contigua a la de audiencia, encontrándose solo en compañía de quien lo entrevista, y la transmisión de lo que allí ocurre se realiza de manera sincrónica o “en vivo” a la sala de audiencia. Esta transmisión es visualizada a través de dos pantallas que individualmente exhiben lo que va registrando cada una de las dos cámaras que se encuentran en la sala. Una de estas, enfoca un primer plano de la víctima, y la segunda corresponde a un plano general, demostrando que en el lugar donde se encuentran el NNA deponente y el entrevistador, no hay nadie más que interfiera la declaración. Por su parte, y como es lo usual, en la sala de audiencia se encuentran los intervinientes y los jueces del caso. Estos, pueden realizar preguntas por conducto del Juez Presidente, y este último las traspasa por

⁵⁰ ROSATI, NORA; ITURRA, CARLOS (2020). “Ley de entrevistas videograbadas. Un cambio procesal y sistémico”. Ediciones DER. Chile, p.32.

medios tecnológicos de comunicación al entrevistador, quien se encuentra, como se señaló, en la sala especial. El NNA allí presente responderá a este entrevistador o intermediario, lo que será presenciado por los distintos intervinientes⁵¹.

De tal manera que esta declaración del NNA en juicio, de acuerdo al sistema de la Ley 21.057, busca resguardar el derecho de la defensa a contra examinar y los principios de inmediación y bilateralidad de la audiencia, por lo que el rol de este entrevistador / intermediario es actuar como un facilitador comunicacional y apoyo para evitar la victimización secundaria que el clima del contexto adversarial pudiese causar al NNA.

No es menor adelantar que la defensa no se ve mermada por la forma en que se rinde la prueba testimonial de la víctima o de los testigos NNA en juicio, pero lo cierto es que la intermediación o declaración judicial en este formato, resguarda el derecho de la defensa para el respectivo contra examen sea este en la rendición de una prueba anticipada o en la declaración en juicio propiamente tal, ya que se pueden formular preguntas por parte de la defensa, además de que aquella puede acceder oportunamente al registro audiovisual de la entrevista investigativa, pudiendo usarla incluso como prueba de cargo respecto de los dichos que en esa sede se vertieron, y poder revisarla incluso, cuantas veces sea necesario a efectos de preparar el caso para el juicio oral⁵².

No obstante, afirmar sobre si la declaración judicial a través de la intermediación es efectiva en su uso, como en el caso de la Ley 21.057, puede ser prematuro, y se hace necesario para lograr tal afirmación revisar los alcances de su potencialidad e ir monitoreándolos en el mediano y largo plazo⁵³.

⁵¹ En el sistema nacional chileno si bien la ley no distingue la figura del “entrevistador” en cuanto a la entrevista investigativa y la declaración judicial, si en este segundo caso, ha optado de manera natural lo distingue de la fase investigativa y lo denomina “intermediario” por lo característico de su rol.

⁵² TORRES, JAVIERA (2019). “Delitos sexuales en el sistema procesal”. Editorial Hammurabi, p. 52.

⁵³ Fundación Amparo y Justicia. “Entrevista investigativa videograbada”, se indica que existe una valoración positiva en diversos países: *“Diversos reportes llevados a cabo en Gales, Inglaterra, Irlanda del Norte, Sudáfrica, Nueva Gales del Sur y Australia dan cuenta que estos actores evalúan positivamente el potencial de este rol. Algunas de las ventajas observadas son el aumento del acceso a la justicia de víctimas o testigos vulnerables; reducción del estrés de los declarantes; identificación de necesidades de las víctimas o testigos; facilitación para la obtención de testimonios más precisos, al permitir a las víctimas o testigos comunicarse mejor y prevenir dificultades de comunicación; orientación al tribunal e intervinientes sobre técnicas de interrogación y comunicación apropiadas; alerta sobre interrogaciones inadecuadas y disminuir la posible hostilidad de quienes interrogan; aumento de la información sobre los NNA disponible para intervinientes o jueces”* p.58

5. Experiencia comparada

A continuación, se mencionarán las principales características de las legislaciones comparadas⁵⁴ en la materia y las formas en que se otorgan al ejercicio de la videograbación para efectos de recibir la declaración de los NNA sea en fase de juicio o de investigación. Cabe si precisar, que no necesariamente se traduce la implantación de la videograbación u otras medidas de protección en favor de los NNA víctimas de delitos a través de la dictación de leyes especiales, sino que también se encuentran ejemplos de protocolos, y otras fórmulas administrativas sin ser necesariamente ley⁵⁵.

Entre los países sobre los cuales se mencionaran algunas de estas prácticas, se encuentran Alemania, Bélgica, España, Reino Unido, Suecia, Australia, Estados Unidos, y más cercano a nosotros, la experiencia de Perú, Colombia y Argentina.

a. El caso de Alemania⁵⁶

En el parágrafo 58 del Código Procesal Penal Alemán se da cuenta que en la fase de juicio, se puede solicitar como medida de protección especial en favor de víctimas de delitos sexuales menores de edad, la grabación del interrogatorio en imagen y sonido en una audiencia especial, como además para efectos de anticipar la declaración si es que exista temor de que el NNA no pueda ser oído en la audiencia principal (de juicio). Particularmente se establece que se puede sustituir la declaración del NNA en juicio por la videograbación que prestó en la investigación, siempre y cuando hayan participado el imputado y su defensa.

Se determina en el mismo parágrafo que la utilización de la grabación audiovisual solo será admisible para la fase de juicio, y en la fase investigativa solo si fuese necesaria, y en la medida en que lo sea “para establecer la verdad”⁵⁷. Además, se señala el ideal que previo a la fase de juzgamiento, se debe evitar que las entrevistas a los NNA se realicen más de una vez de manera previa a la audiencia de juicio.

⁵⁴ : La mayoría de estos casos corresponderá a legislaciones de países miembros de la Unión Europea.

⁵⁵ Se consideró el Estudio de la Biblioteca del Congreso Nacional sobre Derecho Comparado, denominado “Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada”, que se presentó en el Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado, en Primer Trámite Constitucional el 21 de diciembre de 2016; además del informe de la Fundación Amparo y Justicia, denominado “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa videograbada”, de enero de 2016, y que se encuentra disponible en: <https://amparoyjusticia.cl/biblioteca/experiencia-internacional-sobre-entrevista-investigativa-videograbada/> (junio de 2022)

⁵⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. “Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada” mayo de 2015, p.14.

⁵⁷ Código Procesal Penal de Alemania, disponible en: <http://de.jure.org/gesetze/StPO/58a.html> (Noviembre de 2021)

b. El caso de Australia⁵⁸

En este caso las etapas de investigación y juicio vienen absolutamente marcadas.

En la fase investigativa la declaración de los NNA se realiza de manera videograbada. Y quienes la realizan son entrevistadores especializados, como el caso chileno, utilizando protocolos de entrevistas. También se realizan en espacios o ambientes especialmente acondicionados para llevar a cabo esta diligencia.

En ningún caso, la videograbación realizada en la fase investigativa va a reemplazar la declaración que preste en la audiencia de juicio, es más, la comparecencia en juicio y su declaración en estrados se realiza personalmente, pudiéndose adoptar medidas de protección (pero que no son la declaración en sala contigua a través de un intermediario). No obstante, es decisión del fiscal presentar o no al NNA al juicio. En el caso que no se comparezca, se podría utilizar el registro de la videograbación como evidencia, sin reemplazar su testimonio el que no realizará y no será contrainterrogado.

c. El caso de Bélgica⁵⁹

La videograbación es obligatoria. La entrevista grabada sirve como testimonio en el juicio oral, es decir, vale para sustituir la presencia del NNA en la sala de audiencia, salvo que el juez estime que la presencia del niño es indispensable para la resolución del caso. En ese caso, que el NNA participe presencialmente de la audiencia, estos pueden (tienen el derecho) a ser entrevistados a distancia, mediante transmisión audiovisual a la sala de audiencia.

Quienes entrevisten deben ser funcionarios y profesionales especialmente capacitados para ello. Y también, al igual que en Chile, se desarrolla en espacios especialmente habilitados para la práctica de esta diligencia.

⁵⁸ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.3

⁵⁹ Biblioteca del Congreso Nacional. “Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada” mayo de 2015, p.16.

d. El caso de España⁶⁰

En España, mediante reformas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se otorgó una mayor protección a los menores de edad al momento de prestar declaración sea en juicio como en la investigación.

Hay expresa mención a la declaración anticipada (prueba preconstituida), de tal manera que se introdujo un artículo 449 ter⁶¹ que viene a definir que para los casos de menores de 14 años o personas con discapacidad, se necesita de especial protección. Las preguntas las realizan especialistas del mismo tribunal dada la incidencia de los jueces instructores en esta fase⁶².

En el caso de la fase de juicio, lo que se modificó fue el artículo 707 de dicho cuerpo legal, en orden a establecer un procedimiento en virtud del cual se establece la entrevista videograbada como mecanismo válido para evitar la revictimización⁶³, utilizándose expresamente para evitar la *confrontación* visual con el imputado. Lo que no obsta a que pueda ser igualmente interrogado por la defensa.

⁶⁰ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.7.

⁶¹ Se reformó a través de la Ley Orgánica 8/2021 del 04 de junio de 2021.

⁶² El artículo 449 ter en sus incisos segundo y tercero señala: *“La autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En este caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.*

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

⁶³ El inciso segundo del artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento criminal señala: *“... cuando una persona menor de dieciocho años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible.*

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección”.

e. El caso de Reino Unido

El derecho anglosajón, marcado por el *“face to face”*⁶⁴ como forma de desplegar el derecho a la defensa, merece su especial atención.

Desde el año 2011 el Reino Unido ha establecido guías procedimentales para entrevistar a niños testigos delictivos⁶⁵, y en ellas se establecen diversos mecanismos para proteger a los menores de edad víctimas de delitos graves. El juez evalúa con anterioridad al juicio si el NNA está en condiciones de declarar, no permitiendo su declaración en caso negativo. La declaración del NNA previa es Videograbada y producida a través de intermediarios y luego exhibida a modo de evidencia como en el caso Australiano, pero ello sin perjuicio de la declaración del menor como regla general en el juicio.

Es decir, en la fase de juicio puede o no comparecer el NNA víctima o testigo de cualquier delito, pero en el caso de comparecer si bien se pueden adoptar medidas de protección en específico, eso no lo sustraerá del interrogatorio directo por parte de la defensa⁶⁶.

f. El caso de Suecia^{67 68}

En este país, el número de entrevistas a menores de 18 años debe ser lo más limitado posible lo que aplicaría tanto para víctimas como victimarios. La entrevista será videograbada y se declara su total confidencialidad.

Al igual que lo sería el caso chileno, los NNA entrevistados lo son en espacios especialmente acondicionados y habilitado para ello. Y la entrevista ha de practicarse en el más breve tiempo posible luego de iniciada la investigación.

⁶⁴ Se le denomina así al derecho de confrontar presencial y personalmente la prueba de cargo, sea esta la propia declaración de los testigos y víctimas por parte del acusado y su defensor. Se recoge en la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁶⁵ Denominadas “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)” del año 2011. Citado en Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, “Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada” mayo de 2015, p.19.

⁶⁶ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.10.

⁶⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. “Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada” mayo de 2015, p.15.

⁶⁸ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.12.

Se establecen normas expresas en el caso de menores de 15 años, situación en la que deben estar presente su representante o cuidadores al momento de la interrogación o entrevista videograbada.

En el caso particular de Suecia, se han establecido “casas de niños”, que son utilizadas por víctimas NNA de crímenes, lugares en donde pueden ser examinados y entrevistados, además de que en dichas instalaciones pueden reunirse los distintos servicios sociales a efectos de ocuparse de los NNA en un solo lugar.

La entrevista debe ser realizada por una persona especialmente calificada y capacitada.

El Código de Procedimientos Penales de Suecia, permite que los testigos menores de 15 años o mentalmente discapacitados no comparezcan ante la Corte, lo que será decidido por ésta según las circunstancias del caso. En ese caso, se reemplaza su comparecencia por las declaraciones prestadas previamente, siempre y cuando hayan sido videograbadas. En el evento en que igualmente se comparezca, en ningún caso se contempla la posibilidad de ser conainterrogados directamente por la defensa, y además se tolera que el juez ordene la salida de la sala de audiencia de la figura del imputado mientras dure la entrevista con el NNA.

g. El caso de los Estados Unidos⁶⁹

En particular, el caso de Estados Unidos es abiertamente “confrontacional”. En este país si bien se consideran importantes medidas de protección hacia las víctimas de delito que sean menores de edad, estas contrastarían con el contenido de la Sexta Enmienda⁷⁰ la que promueve el derecho de confrontar directamente (*face to face*) al denunciante.

En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos⁷¹ ha precisado que la protección a los menores no puede impedir el ejercicio del derecho a defensa y la confrontación de la

⁶⁹ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.8.

⁷⁰ La sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos señala: “Enmienda VI. En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”.

⁷¹ La mención corresponde a la intervención que realizó la Jefa Nacional de Estudios de la Defensoría Penal Pública, en la tramitación legislativa. Historia de la Ley 21.057, p. 32, visto en: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7481/HLD_7481_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

prueba de cargo. Y en el caso en que particularmente se recepcione en juicio la declaración del NNA víctima a través de una transmisión por circuito cerrado, igualmente siempre podrá la defensa contraexaminar al declarante.

De igual forma, en fase investigativa se realiza una entrevista investigativa que se graba y sirve para toda esta fase. También se realizarían estas entrevistas en espacios adecuados, y son practicadas por entrevistadores especialistas.

h. El caso de Colombia⁷²

Al igual que muchos de los casos previamente señalados, la entrevista de los NNA víctimas de delitos se realizará de manera Videograbada, pero solo respecto de la fase investigativa, y por consiguiente la forma de comparecer a declarar en juicio no es reemplazada por dicho registro, debiendo el NNA participar en la audiencia y declarar.

Sin perjuicio de lo anterior, el registro videograbado de la declaración prestada en la investigación puede exhibirse en juicio, sin reemplazar la que se preste en dicha sede.

Con todo, esta entrevista investigativa, se realizará idealmente una sola vez, y se practica en espacios acondicionados y con implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de los NNA, y también son realizadas por personas especialmente preparadas y capacitadas para ello.

i. El caso de Perú

Desde el año 2010, por parte del Ministerio Público del Perú se estableció una “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”⁷³, en la cual se establece pormenorizadamente la forma en que se realizará la denuncia de delitos sexuales principalmente, señalándose desde ya que las denuncias se registrarán en un

⁷² Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.5.

⁷³ Ministerio Público del Perú. “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”. 2010. Disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/933_guia_seu.pdf (junio de 2022).

“Libro Reservado de denuncias”, en el cual se registrarán solo los datos que consigna dicho libro.

En fase investigativa, se señala que dentro de 24 horas, siempre y cuando las condiciones físicas y psicológicas de las víctimas lo permitan, se deberá realizar la entrevista única en este caso, la evaluación médico legal y psicológica a la víctima. Todo en un solo acto, y videograbado. Esto se realizará además, en las denominadas “salas únicas de entrevista”, que tienen características muy similares a nuestras “salas gessell”⁷⁴.

Se precisa que la entrevista única es una diligencia de declaración testimonial que forma parte de la investigación penal que conduce el Fiscal, y se desarrolla en una sola sesión, y se cuenta con el apoyo de los psicólogos del Instituto de Medicina Legal quien actúa como facilitador, y deberá considerar la edad, las necesidades y el nivel del desarrollo del NNA teniendo en cuenta su contexto socio - cultural. Se precisa, además, que el registro audiovisual que se conserve es custodiado, pudiendo el Fiscal autorizar o no su visualización posterior.

Se permite en casos excepcionales la realización de otras entrevistas, previa evaluación de su pertinencia, y siempre advirtiendo que podría verse afectado el derecho de la defensa del imputado como además los derechos de la víctima NNA.

j. El caso de Argentina⁷⁵

En la nación trasandina, el Código Procesal Penal, establece en su artículo 250 bis, señala un régimen aplicable a menores de 16 años de edad, víctimas de delitos sexuales y otros delitos, donde se precisa que aquellos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en esta población, y que será designado por el Tribunal, señalándose expresamente que en caso alguno el juez o las partes litigantes puedan interrogar en forma directa.

Esta entrevista se realizará en un espacio o gabinete especialmente adecuado a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. Estos espacios al igual que en el caso peruano, también cuentan con un vidrio espejado, ambiente en el cual pueden estar los demás intervinientes presenciando la declaración. Estos podrían indicarle al entrevistador sus

⁷⁴ Sobre todo por la existencia de un vidrio espejado, o espejo de visión unidireccional.

⁷⁵ Fundación Amparo y Justicia. “Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada”, enero de 2016, p.2.

propuestas y otras preguntas, las que se realizarán dependiendo del estado emocional del NNA declarante.

Por su parte, el artículo 250 ter del mismo cuerpo legal, refiere el proceder en los casos de menores de 18 años y mayores de 16, señalándose que, en estos casos, y de manera previa a la recepción de su testimonio en el juicio, se *“requerirá de un informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados”*. En la afirmativa, se procederá conforme los casos de menores de 16 años.

Puede ser llamativo, pero en el caso argentino no se precisa si se trataría de una única entrevista o no, o si existe un registro grabado de la entrevista en sí.

CAPÍTULO III: LA LEY 21.057 Y EL PROCESO PENAL CHILENO.

1. Aspectos generales

La Ley 21.057, que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, fue publicada el 20 de enero del año 2018. Tuvo una dilatada discusión en el Congreso Nacional, principiando con un mensaje al Honorable Senado en enero de 2014. Tiene por objeto específico la prevención de la victimización secundaria de menores de edad víctimas de delitos graves, para evitar las consecuencias negativas que estos pudieran sufrir durante su participación en el proceso penal. El título de la ley señala que aplica para los delitos sexuales, pero lo cierto es que aplica además otros delitos, por ende, el “catálogo” de delitos sobre los cuales se introducen estas medidas de resguardo y protección es a todos los delitos sexuales que incluye el Código Penal chileno (los delitos de violación, estupro, sodomía, abuso sexual, el delito de producción, distribución, adquisición y almacenamiento de material pornográfico; el delito de violación con homicidio, y el delito de promoción o facilitación de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes; obtención de servicios sexuales), además de los delitos relativos a la trata de personas y tráfico de migrantes, el secuestro y sustracción de niños, niñas y adolescentes, el delito de parricidio y femicidio, el delito de homicidio simple y calificado, el delito de castración, el delito de lesiones graves gravísimas y el delito de robo con homicidio o violación⁷⁶.

La Ley 21.057, tiene ribetes de modernidad y actualidad, no solo por la fecha de su publicación, sino por varios otros factores que le dan esa particularidad. Por una parte, se entendería como una legislación que hace material el derecho a ser oído de los NNA en el proceso penal en consonancia con la Convención de Derechos del Niño, lo que ya de por sí la hace ser pionera en muchas otras materias que vayan en resguardo de esta población, como ya se dijo en el primer capítulo. Por otra parte, si consideramos que los avances en materia de derecho de las víctimas en los procesos penales como un desarrollo del derecho actual, también podría considerársele por tener esa particularidad. Pero, además introduce elementos tecnológicos e informáticos para la consecución de sus propósitos, y la forma en que se materializa la interacción de los NNA cuando estos enfrentan la

⁷⁶ El artículo 1 de la Ley 21.057 indica respecto de los delitos sobre los cuales es aplicable la ley: “...los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, y en los artículos 141, incisos cuarto y quinto; 142; 372 bis; 374 bis; 390; 390 bis; 390 ter; 391; 395; 397, número 1; 411 bis; 411 ter; 411 quáter, y 433, número 1, todos del Código Penal.”

investigación y el juicio penal, en todas sus fases, es a través de estos instrumentos modernos en el uso de tecnologías.

No obstante todo ello, a nuestro juicio, no solo puede considerársele moderna a esta Ley por las consideraciones ya manifestadas, sino que incluso porque se introduce un sistema de interoperación o intersectorialidad entre los actores del proceso penal que los mandata a trabajar en conjunto para procurar el logro de estos resultados, y que además se manifiesta en una serie de acciones y actividades específicas que derivan de la coordinación permanente entre todas estas instituciones a través de protocolos de actuación y otros mecanismos que se derivan del compromiso y apoyo conjunto entre estos actores. A todo ello, la norma en particular introduce elementos de mejora continua en cuanto a la revisión de sus propios instrumentos, para de esta manera dotar al sistema que impone de acciones que conllevan una revisión y adaptación de los mismas actividades y acciones a efectos de actualizar las formas y procesos de participación en el proceso penal de los menores de edad procurando de esta forma asegurar su derecho a no ser victimizado en el proceso penal, y con ello asegurar finalmente el objetivo de la ley.

Tales instituciones que se ven mandatadas a desarrollar un trabajo colaborativo para conseguir sus propósitos son por una parte el Poder Judicial, Ministerio Público, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, quienes cumplen un rol protagónico por ser, por una parte, actores del proceso penal, como por otra que nutrirán al sistema del personal capacitado para hacer funcionar el sistema en casi su totalidad.

En este orden de ideas, y en general, la LEV configura todo un subsistema dentro del proceso penal, en donde las declaraciones que brinden los NNA en el sistema de justicia penal (desde la denuncia hasta el juicio) se realizarán por profesionales y funcionarios que están especialmente habilitados, capacitados y acreditados para que estos faciliten la obtención del relato del NNA en una instancia investigativa ordenada por el Ministerio Público, y que se denomina entrevista investigativa Videograbada. Es decir, no es cualquier persona ante quien se realizará la interacción y declaración de los niños, sea en fase investigativa como en el juicio oral.

Tampoco es en cualquier lugar, puesto que las interacciones con los NNA (en fase investigativa y de juicio) se realizará en espacios especialmente acondicionados, los que cuentan con ambientes de acogida, y que cuentan con elementos agradables para los NNA. Dichos espacios cuentan con un circuito cerrado de televisión que permiten disponer de visibilidad y audio en tiempo real, además de poder videograbar y almacenar las grabaciones de las entrevistas que se realizan de manera investigativa como la declaración que se otorgue en juicio oral, según se señaló. Todo esto a efectos de asegurar y promover la debida participación de los NNA en el proceso penal en general, adaptando con ello las formas en que estos comparecen, adecuándolos a su madurez, edad y etapa evolutiva de desarrollo. Estas salas deben cumplir con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley, donde se señala que estos lugares han de ser adecuados con implementos destinados en atención a la edad y etapa evolutiva del NNA, además de que

deben cumplir con condiciones que protejan la privacidad, se resguarde la seguridad del NNA, permitan controlar la presencia de terceras personas, y tecnológicamente permita que el relato sea videograbado.

Este “subsistema” es además particular, por cuanto señala como instituciones incumbentes a algunas que no necesariamente están vinculadas directamente al proceso penal⁷⁷. Como puede ser el caso del Ministerio del Interior y Seguridad Pública como institución formadora de profesionales para el funcionamiento del sistema, pero de manera principal, pone como coordinador y responsable del “*buen funcionamiento del sistema*”, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁷⁸.

La entrada en vigencia que se estableció en la Ley, también es un rasgo a considerar, por cuanto muy del estilo de legislaciones que vienen a implementar o a modificar el sistema de justicia, esta es de carácter gradual⁷⁹. Es decir, su entrada en vigencia viene a ser progresiva en el territorio nacional, considerando originalmente 3 etapas separadas entre sí por un año calendario. Una primera etapa que iniciaría seis meses después de publicado el Reglamento de la Ley⁸⁰, es decir un 3 de octubre de 2019 en las regiones de

⁷⁷ Como corresponde en el caso del Poder Judicial, Ministerio Público, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile.

⁷⁸ No obstante, se señala que buena parte del marco de acción del funcionamiento del sistema, y sobre todo, su implementación, es velada por la Comisión Permanente de Coordinación del sistema procesal penal (Ley 20.534), instancia que es presidida desde luego, por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

⁷⁹ En la Historia de la Ley, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la discusión en particular en el Informe de Comisión de Constitución de la Honorable Cámara de Diputados, señaló “asimilado a lo que fue en su momento la reforma procesal penal, ya que ello tenía tres virtudes. Una era la posibilidad de capacitar a los funcionarios, lo segundo, generar las implementaciones de sala para llevar a cabo las entrevistas, como, asimismo, para los efectos de ir pudiendo hacer una evaluación y revisión del proceso en el caso que se observen deficiencias, tener tiempo para generar esas modificaciones. Para estos efectos, se reunió el Ejecutivo con los incumbentes, y se elaboró una propuesta de implementación gradual, que consta en la indicación. La propuesta de gradualidad, en una primera etapa persigue que el procedimiento comience en las regiones extremas junto a Talca, para efectos de acercarse luego a la Metropolitana. Esa decisión, básicamente, se basó en la cantidad de causas que ingresan al sistema, la implementación de salas y entrevistadores que se requieren. La primera etapa se propone transcurridos seis meses desde la ubicación, y particularmente en las regiones I, II, XV, XI y XII. Así, se agregan luego las demás.” Visto en https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7481/HLD_7481_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁸⁰ El artículo primero transitorio de la Ley 21.057, originalmente señalaba que “*Artículo primero.- La presente ley comenzará a regir en forma gradual, de conformidad con el inciso final del artículo 77 de la Constitución Política de la República, de acuerdo al cronograma que a continuación se indica:*

Primera etapa: entrará en vigencia transcurridos seis meses después de publicado en el Diario Oficial el reglamento a que alude el artículo 29, y comprenderá las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá, de Antofagasta, del Maule, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Segunda etapa: entrará en vigencia transcurridos dieciocho meses después de publicado en el Diario Oficial el reglamento a que alude el artículo 29, y comprenderá las regiones de Atacama, de Coquimbo, de Ñuble, del Biobío, de La Araucanía y de Los Ríos.

Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Maule, Aysén, y la de Magallanes y Antártica Chilena. Una segunda etapa, en las regiones de Atacama, Coquimbo, Ñuble, Biobío, La Araucanía y Los Ríos. Y una tercera y final, en las regiones de Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Los Lagos. La ocurrencia de la pandemia del COVID-19, desdibujó el plan original de forma prematura, provocando una caída abrupta y total del sistema de justicia⁸¹, paralizándose en buena parte su ejecución. En el caso del sistema de entrevistas videograbadas, que recién había principiado su primera fase de implementación, debió ser sometida a una prórroga para la entrada en vigencia de las siguientes etapas. Lo anterior, dado que el estado de excepción y las condiciones de aislamiento y cuarentena en las que entraron muchas, la mayor parte de las localidades del país, paralizó por una parte los esfuerzos de construcción y habilitación de salas especiales que se tenían previstos para la realización de entrevistas investigativas o declaraciones judiciales, y por otra, producto del aislamiento voluntario o no, las instituciones mandatadas a la provisión de personal especializado para realizar las entrevistas, no tenían las condiciones como para desarrollar los cursos, diplomados u otras instancias académicas y técnicas que permiten capacitar y formar a estos profesionales para el desarrollo de las labores que señala la ley⁸².

La prórroga de su entrada en vigencia, finalmente se tradujo en el texto de la Ley 21.266, que vino a aplazar la segunda y tercera etapa, que ya no se sería un año calendario entre cada etapa luego de ocurrida la primera, sino que sus plazos fueron ampliados en ocho meses para la segunda etapa, y de doce meses adicionales en el caso de la tercera. Es decir, las entradas en vigencia de la Ley en el territorio del país, quedaron finalmente de la siguiente manera:

Tercera etapa: entrará en vigencia transcurridos treinta meses después de publicado en el Diario Oficial el reglamento a que alude el artículo 29, y comprenderá las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y de Los Lagos”.

⁸¹ Fe de aquello es la promulgación de la Ley 21.226, que Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad covid-19 en Chile. Dicha norma, publicada el 02 de abril de 2020, vino a instruir la paralización y suspensión de audiencias programadas, y de toda actuación de carácter personal producto del Covid-19, así también definió que actuaciones judiciales y en que procesos eran esenciales, y de qué forma se debía dar continuidad al sistema de justicia pese a la contingencia sanitaria.

⁸² En la Historia de la Ley 21.266 que vino a prorrogar la entrada en vigencia de la ley se señala en el mensaje que la motiva lo siguiente: *“En dicho marco, en sesiones ordinarias de la Subcomisión de Implementación de la ley N° 21.057, de fechas 24 y 27 de marzo de 2020, se abordaron los nudos críticos detectados por todas las instituciones involucradas, referidos a los requerimientos de infraestructura y recursos humanos indispensables para la puesta en marcha de esta ley, estimándose imprescindible solicitar la prórroga de la entrada en vigencia de las siguientes etapas de implementación de la ley.*

Así, en su 50ª sesión ordinaria, de fecha 18 de mayo de 2020, la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Justicia Penal, acordó proponer una prórroga para la puesta en marcha de las etapas dos y tres de la ley N° 21.057, en consideración a los argumentos expuestos por la Subcomisión, relativos a las dificultades generadas por las restricciones impuestas a consecuencia de la emergencia sanitaria, generando inminentes retrasos en la disponibilidad de infraestructura, formación y acreditación de entrevistadores y sensibilización y capacitación de funcionarios/as pertenecientes al Ministerio Público, Poder Judicial, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile”.

Primera Etapa: Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Maule, Aysén y Magallanes y la Antártica Chilena. Iniciada el 03 de octubre de 2019.

Segunda Etapa: Regiones de Atacama, Coquimbo, Ñuble, Biobío, La Araucanía, y Los Ríos. Entrada en régimen el 03 de junio de 2021.

Tercera Etapa y final: Regiones de Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y, Los Lagos. Entrada en régimen el 03 de octubre de 2022.

Al 30 de abril de 2022 el sistema ya había realizado más de 8.131 entrevistas investigativas videograbadas realizadas en 12 regiones del país hasta la segunda etapa de implementación, y más de 439 juicios realizados, con más de 560 declaraciones judiciales a NNA⁸³.

2. La especialidad de la Ley 21.057

Esta característica de la Ley 21.057 es considerada uno de sus principios generales, y consagrado de manera individual en su artículo 2^o⁸⁴, donde se indica someramente que las normas que se contienen en esta ley se aplicarán con preferencia a las del Código Procesal Penal.

El principio de especialidad, en sí forma parte de los criterios tradicionales para la solución de problemas de interpretación o de antinomias normativas, junto al criterio de jerarquía y el de temporalidad. En el caso de la Ley, y su correlación con el Código Procesal Penal, no aplicaría en caso de solución de controversias interpretativas el elemento de jerarquía, por cuanto ambas normas tienen el mismo nivel o rango legal. Por ello, cualquier conflicto que pudiere generarse en la correcta aplicación de la norma ha de ser revisado a la luz de este elemento o principio de especialidad, además de aquel de temporalidad, según el cual, la norma posterior *deroga* la anterior⁸⁵. Lo único verdaderamente particular, en el entendido que la especialidad es evidente respecto de la Ley 21.057 por sobre el Código Procesal Penal, sería que con posterioridad a la publicación de la LEV se dicte otra de carácter general que viniere a cambiar a la especial anterior.

Esta especialidad viene dada por la materia regulada. En esta Ley se establece todo un nuevo sistema que viene a prevenir la victimización secundaria de cierto tipo de población, en particular, los NNA. Y la previene otorgándole a aquellos la posibilidad de reducir al mínimo sus interacciones con los actores del proceso penal, para con ello disminuir los efectos perjudiciales que ya provocó la ocurrencia del delito en cuestión, y que vuelve a reiterarse en la medida de su participación en el proceso. Pero esto en

⁸³ Información provista por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por vía de solicitud de transparencia el 16 de junio de 2022.

⁸⁴ Artículo 2º.- Especialidad. Las disposiciones contenidas en la presente ley se aplicarán con preferencia a las del Código Procesal Penal.

⁸⁵ Lex posterior derogat legi priori.

ningún caso podría entenderse como especial porque dicha prevención de la victimización secundaria venga en considerar al NNA como un sujeto privilegiado frente a los demás intervinientes en el proceso, sobre todo en la figura del imputado /acusado, sino que, lo que viene a regularse es la forma en que se asegurará la efectiva participación de los NNA cuando estos interactúen con el proceso penal en general. Es eso lo que la hace ser especial.

3. Principios

La ley consagra seis principios en su artículo 3°⁸⁶, todos en directa consonancia con los evocativos que realiza la propia Convención de los Derechos del Niño. Cada uno de aquellos que se señalan y conceptualizados por el legislador, no tiene una preferencia

⁸⁶ Artículo 3°.- Principios de aplicación. Las interacciones con niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento estarán sometidas a los siguientes principios de aplicación:

a) Interés superior. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, por lo que las personas e instituciones que deban intervenir en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso aquéllos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades.

b) Autonomía progresiva. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos dotados de autonomía progresiva, por lo que en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento tendrán derecho a ser oídos y participar en los asuntos que les afecten, atendiendo a su edad y el grado de madurez que manifiesten.

c) Participación voluntaria. La participación de los niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento será siempre voluntaria, y no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia.

Los funcionarios públicos involucrados en el proceso penal deberán resguardar lo señalado en esta letra y su incumplimiento será considerado infracción grave de los deberes funcionarios.

d) Prevención de la victimización secundaria. Constituye un principio rector de la presente ley la prevención de la victimización secundaria, para cuyo propósito las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica, así como la privacidad de los menores de edad. Asimismo, procurarán la adopción de las medidas necesarias para que las interacciones descritas en la presente ley sean realizadas de forma adaptada al niño, niña o adolescente, en un ambiente adecuado a sus especiales necesidades y teniendo en cuenta su madurez intelectual y la evolución de sus capacidades, asegurando el debido respeto a su dignidad personal.

e) Asistencia oportuna y tramitación preferente. Las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia e investigación procurarán adoptar las medidas necesarias para favorecer la asistencia oportuna de los niños, niñas o adolescentes, como también la tramitación preferente de las diligencias de investigación.

Por su parte, los tribunales con competencia en lo penal, de oficio o a petición de parte, programarán con preferencia aquellas audiencias en que se traten materias relativas a niños, niñas o adolescentes. Asimismo, en casos en los que así se precise, el tribunal dispondrá todas las medidas para otorgar celeridad a las actuaciones, de manera tal de agilizar el procedimiento con el fin de minimizar el período en que el niño, niña o adolescente deba participar en el proceso penal.

Los fiscales tramitarán con preferencia las causas a que hace referencia la presente ley, de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional del Ministerio Público.

f) Resguardo de su dignidad. Todo niño, niña o adolescente es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad.

unos sobre otros, sino que se deben entender de manera complementaria, funcionando de tal manera, como un engranaje en el cual cada principio no es sino la correlación directa del anterior y sirve de pase para el desarrollo del siguiente.

Estos principios son el interés superior del NNA, la autonomía progresiva, la participación voluntaria, la prevención de la victimización secundaria, la asistencia oportuna y tramitación preferente, y el resguardo de la dignidad de los NNA.

La enunciación que se hace de estos principios en el citado artículo no es meramente descriptivo, sino que el legislador le dio una fuerza aún más inherente y potente a una mera declaración programática. Lo anterior se evidencia en que la Ley ha mandado a que en cualquier interacción que se tenga con los NNA, en cualquier etapa del proceso, esto es, denuncia, investigación y juzgamiento, se deben sujetar y someter a la aplicación de dichos principios. En otras palabras, cualquier instrumento, lineamiento, y actuaciones en general y particular que tenga relación con interacciones con menores de edad han de estar ajustados a estos principios.

3.1 El interés superior

El primer párrafo del artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Siguiendo la línea de los profesores Ravettlat y Pinochet⁸⁷, una primera cuestión a dilucidar es la doble pregunta que genera esta directriz. ¿En qué casos aplica? ¿A quiénes va dirigido? En la primera pregunta, el uso de la palabra “concernientes” debe ser entendida en un sentido amplio, y en ello, aplicaría en absolutamente todos los casos en que se tomen medidas y decisiones relacionadas directamente con los y las NNA en particular, como además cuando sean estas definidas en general pero que igualmente involucren o repercuten en la infancia.

Y, en el caso de la segunda pregunta, los profesores Ravettlat y Pinochet son categóricos en señalar que se dirige a toda institución, autoridad o Poder del Estado, sin distinción; y manifiesta su atención en la consciente no inclusión del rol de los padres o guardadores, si fuere pertinente.

⁸⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, y Pinochet Olave, Ruperto. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno”. Revista Chilena de Derecho, 42(3), pp 903-934.

De igual manera, la construcción del concepto es de carácter doctrinal. Y si bien lleva ya varias décadas en el uso cotidiano del foro, sigue siendo un concepto a veces etéreo, y que se rodea de variadas facetas y acepciones que se escapan incluso de lo jurídico, tomando ribetes psicosociales⁸⁸, y muchas veces corre el riesgo de extraviar la seguridad jurídica de una interpretación uniforme en el tiempo. Se indica además que este concepto ha tenido un desarrollo evolutivo gradual, desde un momento en que los NNA eran derechamente ignorados por el derecho, y más bien se les brindaba cierta protección a través de un mandato hacia los padres, u otorgándoles herramientas a ellos. Para luego ir avanzando a concepciones que iban orientadas más bien a considerárseles como un grupo que puede sostener derechos incluso diversos del de sus padres. En este último entendido el Estado además asume un rol menos pasivo, y se puede considerar que pasan a ser “parte de los asuntos públicos”.

Por ende, este principio debemos entenderlo no solo desde una mirada en que se le impone a la autoridad pública e incluso a los privados de ciertos límites en su actuar y en la forma en que han de adoptar decisiones que afecten a NNA, sino más bien por el hecho de que estos son sujetos de especial protección, y que poseen derechos que han de ser respetados. En este sentido Cillero⁸⁹, atribuye a este principio un atributo garantista, en el sentido que sintetiza el interés superior en la obligación de que cada decisión que se adopte y que influya en la infancia y adolescencia, debe siempre procurar satisfacer integralmente sus derechos.

En el caso en concreto, el principio del interés superior en su explicación que acá se realiza, involucra que no solo la ley en su aplicación, sino que el Reglamento de la Ley que se dictó, como cualquiera de sus protocolos de actuación y cualquier otro instrumento, convenio o lineamiento ha de considerar para su elaboración este especial interés de los NNA.

Pero, a diferencia de la opinión que el interés superior declarado en la Convención de Derechos del Niño se dirige hacia las instituciones en general sin distinción y no a las personas o guardadores, la forma en que se señala en la ley no va en esa línea más restrictiva. La Ley en su artículo 3°, señala expresamente a *“las personas e instituciones que deban intervenir en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso aquéllos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades”*, es decir, hay una mención especial a las personas diferenciándolas de la labor que se desarrolla en el marco de una institución. El propósito de la ley no es, sino que prevenir los efectos adversos que puedan experimentar los niños al interactuar con el

⁸⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, p. 7 (diciembre de 2021).

⁸⁹ Ídem

sistema de justicia desde su etapa de denuncia, en cuanto institución como las personas que las integran.

3.2 La autonomía progresiva

Este principio se comprende en la medida en que los NNA van creciendo, van siendo más independientes, y por ello, los derechos de los padres y madres de representar y otros, van disminuyendo. La progresividad se concibe en la medida en que se entiende al NNA como un sujeto de derechos que va adquiriendo su madurez y su autonomía, hasta llegar a la adultez.

En lo práctico de los ámbitos en que influye la ley, se refiere a que en toda interacción que se sostenga con los y las NNA ha de ser siempre atendiendo a su edad y madurez. Es decir, tanto en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento, cada interacción que exista con los y las NNA ha de ser en espacios y formas de comunicación que respeten su interés superior, y además, sean realizadas estas interacciones, atendiendo directamente a su edad, su grado de madurez, y desarrollo cognitivo^{90 91}.

3.3 Participación voluntaria

Principio consagrado en el artículo 3° de la Ley, el cual es expresado como un mandato de no hacer, de no obligar o no forzar a los NNA a participar de las actividades y diligencias propias del proceso penal, si es que aquellos no acceden a ello. En lo práctico, este principio de participación voluntaria tiene cabida en las siguientes temáticas al interior de la Ley:

- En primer término, que no se puedan realizar otras entrevistas investigativas videograbadas, salvo excepciones, pero muy especialmente se consagra el derecho que tienen los menores de edad a solicitar libre y espontáneamente que desean participar de una nueva entrevista videograbada, caso en el cual se accederá⁹².

⁹⁰ La Ley en su artículo tercero al definir la autonomía progresiva no señala el desarrollo cognitivo, pero si aparece recogido en la obra de los magistrados Rosati e Iturra, "*Ley de entrevistas videograbadas. Un cambio procesal y sistémico*", p.74.

⁹¹ En la Ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, se indica este concepto de autonomía progresiva a propósito de los principios que orientan el Servicio, como además que aquel debe generar procedimientos idóneos con respeto al derecho a ser oído y la autonomía progresiva de los menores de edad.

⁹² El artículo 10 inciso tercero, al referirse a la realización de otras entrevistas investigativas videograbadas precisa: "...Si el niño, niña o adolescente manifestare espontáneamente su voluntad de realizar nuevas declaraciones, el fiscal tomará todas las providencias y medidas necesarias para la realización de una nueva

- En segundo lugar, se consagra expresamente la situación que se suspenda el desarrollo de una entrevista investigativa Videograbada si es que el NNA plantea algún motivo o causa que le impida continuar⁹³.

- En un tercer término, el caso de la declaración judicial, el artículo 16 de la Ley, señala que no se prestará una nueva declaración en juicio, salvo que este así lo solicite, o existiendo las excepciones que se aplican también para la entrevista investigativa videograbada⁹⁴.

- También lo encontramos reflejado, en un cuarto lugar, a propósito de la oportunidad en que se realizará la entrevista Videograbada, por cuanto esta deberá realizarse en el tiempo más próximo a la realización de la denuncia, y siempre de manera previa, un profesional de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público (URAVIT) realizará una evaluación al NNA a efectos de dilucidar si este está en condiciones de participar, si se encuentra disponible tanto física como psíquicamente para enfrentar la diligencia. De tal manera que, en el evento que no se desee participar, existiría una indisposición en dicha evaluación previa que se realice, y por consiguiente la entrevista investigativa videograbada no podría llevarse a cabo⁹⁵. Incluso, va más allá, y le impone al Ministerio Público que adopte las medidas de protección que, atendidas las circunstancias personales del niño, niña o adolescente, favorezcan su participación voluntaria en la diligencia, y en la investigación en general.

- En quinto lugar, la voluntariedad también se visualiza en el momento de la denuncia, toda vez que los operadores y tomadores de denuncia de las diversas instituciones sólo constatarán – en el caso que el menor de edad sea quien realice

entrevista investigativa videograbada conforme a las disposiciones de esta ley y, bajo ningún respecto, se deberá entorpecer su participación voluntaria en el proceso ni el ejercicio de sus derechos”.

⁹³ El artículo 9° de la ley señala expresamente: Artículo 9°.- Suspensión de la entrevista investigativa videograbada. Si surge algún motivo que impida al niño, niña o adolescente continuar interviniendo en el desarrollo de esta diligencia, el fiscal, a sugerencia del entrevistador, la suspenderá por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión.

⁹⁴ El citado artículo 16 en su inciso sexto señala a propósito de la declaración judicial anticipada: “El niño, niña o adolescente no prestará nueva declaración judicial, ya sea anticipadamente o en juicio, salvo que éste así lo solicite libre y espontáneamente, o en caso de petición fundada de alguno de los intervinientes por la existencia de nuevos antecedentes que la justifiquen y que pudieren afectar sustancialmente el resultado del juicio”.

⁹⁵ El artículo 7°, señala a este respecto:

“Oportunidad de la entrevista investigativa videograbada. La entrevista investigativa videograbada se realizará en el tiempo más próximo a la denuncia, a menos que el niño, niña o adolescente no se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella, lo que deberá ser calificado por un profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la fiscalía respectiva.

La evaluación del profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público se realizará en el menor tiempo posible y en condiciones que garanticen la menor interacción presencial del niño, niña o adolescente. Los profesionales a cargo de esta evaluación en ningún caso podrán hacer al niño, niña o adolescente preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes.

El Ministerio Público deberá adoptar las medidas de protección que resulten pertinentes atendidas las circunstancias personales del niño, niña o adolescente, y que propendan a su participación voluntaria en la investigación.”

materialmente la denuncia – lo que el NNA voluntariamente exprese y sus manifestaciones no verbales⁹⁶.

3.4 Prevención de la victimización secundaria

Este principio se consagra a nivel de “principio rector” de la Ley. En término concretos se podría indicar que “de esto se trata la ley”, de prevenir o disminuir todas aquellas consecuencias negativas que experimentan los NNA al interactuar con las personas e instituciones en el marco de un proceso de denuncia, de investigación y del juzgamiento de determinados delitos señalados en la ley. Para ello se impone que estas personas e instituciones que interactúen con menores de edad procurarán adoptar medidas que protejan su integridad física y psíquica y respeten su privacidad, y además a que dichas interacciones sean realizadas en un ambiente adecuado, respetando sus especiales características y su madurez intelectual, vinculándose así con el principio de la autonomía progresiva. Lo encontramos expresado en el artículo 1° de la Ley, al definir el objeto de la misma, pasando en su inciso segundo a establecer que se persigue con la prevención de la victimización de este tipo en personas menores de edad.

3.5 Asistencia oportuna y tramitación preferente

En el sistema de entrevistas videograbadas, al girar en torno a la voluntariedad de la participación y el respeto a la autonomía progresiva, también lleva de la mano que las actuaciones que se realicen y que consideren a los y las NNA en el proceso penal, han de ser tramitadas con celeridad. De esta manera, se impone al Poder Judicial que la programación de audiencias sea realizada con preferencia, y en el caso del Ministerio Público, los fiscales tramitarán con preferencia las causas.

Tales mandatos vienen expresamente señalados en la misma norma que describe este principio, artículo 3 letra e)⁹⁷.

⁹⁶ En efecto, el Protocolo de la letra a) del artículo 31 de la ley sobre estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes, fue aprobado un 29 de julio de 2019 por la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, y contiene estándares de cómo se debe consignar las manifestaciones verbales y no verbales que se realicen de manera voluntaria por los niños, niñas y adolescentes.

⁹⁷ La letra e) del artículo 3 expresa: “Asistencia oportuna y tramitación preferente. Las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia e investigación procurarán adoptar las medidas necesarias para favorecer la asistencia oportuna de los niños, niñas o adolescentes, como también la tramitación preferente de las diligencias de investigación.

Por su parte, los tribunales con competencia en lo penal, de oficio o a petición de parte, programarán con

De igual manera, en el citado Protocolo de actuación institucional que regula los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes, señala además que *“se debe dar prioridad a la atención de casos relativos a NNA, acotando para tal efecto los tiempos máximos de espera y recepción de sus denuncias”*⁹⁸.

3.6 Resguardo de su dignidad

La Ley de Entrevistas Videograbadas, como se ha mencionado en todos los apartados previos, es consecuencia directa y evolutiva de los postulados que señala la Convención sobre los Derechos del Niño. La Ley lo consagra en la letra f) del artículo 3^o⁹⁹, y al igual que varios de estos principios, son diversos los aspectos y ámbitos que regula la ley en cuanto al respeto a la dignidad de los NNA. Podemos encontrarlo por ejemplo, en el resguardo de la privacidad e intimidad respecto a la máxima confidencialidad tanto del registro de la entrevista videograbada como de su contenido¹⁰⁰. Igualmente, lo encontramos en la expresa prohibición de los medios de comunicación a referirse a lo que manifieste el NNA en dicho contexto¹⁰¹. También considera su cabida, en la regulación que se hace de las medidas de protección en general que deberán adoptar los tribunales de justicia para asegurar la integridad física y psíquica de los NNA, como se señala en el artículo 24 de la Ley.

Así también, el resguardo a la dignidad de los NNA la encontramos en las características de la intermediación a través de la declaración judicial, en las modificaciones al Código Procesal Penal que realizó la Ley 21.057, en el sentido de la labor del juez en la forma en que se recibirá el testimonio de testigos menores de edad como se expresa en el artículo 310 del Código Procesal Penal. En dicha modificación se incorpora la

preferencia aquellas audiencias en que se traten materias relativas a niños, niñas o adolescentes. Asimismo, en casos en los que así se precise, el tribunal dispondrá todas las medidas para otorgar celeridad a las actuaciones, de manera tal de agilizar el procedimiento con el fin de minimizar el período en que el niño, niña o adolescente deba participar en el proceso penal.

Los fiscales tramitarán con preferencia las causas a que hace referencia la presente ley, de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional del Ministerio Público”.

⁹⁸ Protocolo de la letra a) del artículo 31 sobre estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes, aprobado el 29 de julio de 2019 por la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal.

⁹⁹ La letra f) del artículo 3 señala: “Resguardo de su dignidad. Todo niño, niña o adolescente es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad”.

¹⁰⁰ El artículo 12 de la Ley, por una parte, refiere la prohibición de referirse al contenido de la entrevista investigativa, y, luego el artículo 23 señala expresamente la reserva del contenido de la misma diligencia, y, además, de la declaración que se preste en juicio.

¹⁰¹ El artículo 23 inciso cuarto expresa la prohibición hacia los medios de comunicación social y las personas asistentes a la audiencia de juicio, de fotografiar o filmar las declaraciones que se exhibieren o prestaren los menores de edad.

obligación del juez presidente de la sala, de impedir que se le formulen al NNA preguntas que vayan a afectar gravemente su dignidad o causen sufrimiento¹⁰².

Igualmente, el resguardo de la dignidad de los menores de edad al alero de esta ley, se recoge en el Protocolo de actuación institucional de la letra i) sobre *“Las características de las entrevistas, las que se elaborarán bajo procedimientos estandarizados, basados en la experiencia empírica y en los resultados de la evaluación constante de la práctica de entrevistadores, como también, en los conocimientos técnicos existentes en la materia”*, donde se explicitan diversas causales de representación o de canalización, en el cual el intermediario que se encuentra con el NNA en la sala especial al momento en que se está prestando su declaración judicial, puede indicarle al juez en la sala de audiencia que una de las preguntas que ha formulado uno de los intervinientes, está siendo coactiva, engañosa o poco clara, de manera tal que para el NNA no es comprensible, o que la pregunta le provoque un sufrimiento grave, o, que el NNA no se encuentre en condiciones que le permitan continuar con su declaración.

Estas causales, algo novedosas para buena parte del foro, guardan directa consonancia con el actual artículo 310 por una parte, y por otra, con el artículo 330, ambos del Código Procesal Penal¹⁰³.

4. El proceso penal y los cambios que introduce la ley

La Ley 21.057, no es una legislación extensa en la cantidad de sus preceptos, pero si lo es en cuanto el fondo que regula. Si bien los cambios procesales y al Código que lo regula son bastantes claros y parecieren ser acotados, lo cierto es que introduce todo un sub sistema que convive con el proceso penal en su regularidad.

¹⁰² El artículo 310 del Código Procesal Penal, reformado con la ley 21.057, precisa hoy: **“Testigos menores de edad. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio, **teniendo éste el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, a efectos de resguardar su interés superior.**”** Lo ennegrecido es la adición que provocó la ley.

¹⁰³ Estas causales quedan expresadas de la siguiente forma en el referido Protocolo de actuación:

“En el caso que el intermediario considere que se ha generado una situación o formulado una pregunta que vulnera los principios de la Ley N° 21.057, deberá plantearlo al juez presidente o de garantía, según corresponda, utilizando la nomenclatura que a continuación se describe a fin de exponer lacausal fundamento de su inquietud:

Primero. Que una pregunta se estime coactiva o que por su complejidad pueda resultar engañosa o poco clara, en tanto excedería la capacidad de comprensión del NNA atendidas sus características y etapa de desarrollo evolutivo.

Segundo. Que una pregunta pudiera provocar sufrimiento o una grave afectación de la dignidad del NNA.

Tercero. Que el NNA se encuentre en un estado emocional o físico en el que no le sería posible continuar con la declaración.”

En concreto, las adecuaciones al Código Procesal Penal, vienen a ser de manera somera las siguientes:

- En primer lugar, **deroga el inciso tercero del artículo 78 bis e introduce el artículo 110 bis**. En el primero se regulaba la designación de curadores ad litem para la protección de las víctimas en causas sobre delitos de tráfico de migrantes y de trata de personas. La alusión a la curaduría ad litem como medida de protección para estos delitos, fue derogado por cuanto introduce la Ley 21.057 un artículo 110 bis, donde regula la designación de curador manteniendo casi intacto el texto del derogado inciso tercero del artículo 78 bis, y lo señala a propósito de los delitos del catálogo de la Ley, y no para algunos delitos en particular como rezaba la norma original. La nueva norma en este caso señala que en los casos en que los NNA carezcan de representación legal, o si se estimara fundadamente que los intereses de aquellos son independientes y hasta incluso contradictorios, podrá el juez designar un curador ad litem de alguna institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de estos derechos para los NNA.

Aquí cabe especial atención al hecho que en la práctica esta designación de curaduría, no aplica para absolutamente todos los delitos del catálogo de la Ley 21.057, como era la intención del legislador, sino que, por un error de técnica legislativa, el delito de femicidio ha quedado desprovisto de esta especial protección de designación de curaduría para estos casos. Lo anterior, a propósito de la dictación de la Ley 21.212 que “modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 18.216 en materia de tipificación del femicidio”, donde se derogó el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, e incorporó un nuevo artículo 390 bis y 390 ter al Código Penal, tipificando especialmente el delito de femicidio. Pero no se ajustó y no se le incluyó en el artículo 1 de la Ley 21.057 donde se señala el catálogo de delitos que abarca las medidas de protección que considera la ley.

El error del legislador no es solo uno en este particular caso, sino que es doble. Ya que, más adelante, y en un propósito “correctivo”, cuando se promulgó la Ley 21.266 que vino a prorrogar las entradas en vigencia de esta ley, el legislador incluyó una modificación al artículo 1 de la misma ley 21.057, en el entendido de introducir dentro de los delitos que allí se señalan, el artículo 390 bis y artículo 390 ter del Código Penal. Pero, omitió modificar además el artículo 110 bis del Código Procesal Penal. Es decir, se incluye el femicidio dentro de los delitos del catálogo, subsanando la omisión en que incurrió la ley 21.212, pero olvidó incluirlo además para los casos de designación de curaduría.

- En un segundo lugar, **deroga el artículo 191 bis, y suprime en el inciso segundo del artículo 280 la referencia a ese artículo**. El artículo 191 bis del Código Procesal Penal, regulaba la prueba anticipada para menores de edad, indicando que el Fiscal pudiese solicitar la declaración anticipada de víctimas menores de 18 años de algunos delitos. Si

bien la redacción era bastante feliz a la luz de los preceptos de la Ley 21.057 por cuanto ordenaba al juez que al momento de proceder a interrogar al menor de edad debía considerar sus circunstancias personales y emocionales, y esta declaración debía tomársele en una sala acondicionada con los implementos adecuados a su edad y etapa evolutiva, pero solo era aplicable a determinados casos y delitos, además que no regulaba de forma exhaustiva sus mecanismos que lo harían plausible, quedando entregado muchas veces a la realidad de cada localidad y prácticas algo *sui generis* en ese orden de ideas. Esta derogación obedece a que es la Ley 21.057 la que vendría a regular toda forma en que los NNA declararían o depondrán en estrados, estableciendo todos los mecanismos y posibilidades para llevar esto a cabo.

- En un tercer término, **modifica el artículo 310 incorporando una frase a continuación de la palabra “intermedio”**. En este sentido, se ha incorporado la frase *“teniendo éste el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, a efectos de resguardar su interés superior”*. Nos hemos referido a la adecuación que se ha realizado a este artículo el que consagra la forma en que declararían los menores de edad, en donde aquellos serán interrogados por el Juez Presidente, y los intervinientes (fiscales, defensores, querellante si hubiere), quienes formularán sus preguntas por intermedio del Juez Presidente, incorporándole el deber de impedir que la formulación de estas preguntas por parte de los intervinientes, puedan causar sufrimiento o grave afectación a la dignidad del NNA, y esto lo hace para resguardar su interés superior.

Son aquellos los cambios o adecuaciones normativas que refiere el artículo 32 de la Ley. Podría pensarse que son meros cambios cosméticos o simples ajustes normativos, lo que es totalmente incorrecto. Lo efectivo es que si bien son adecuaciones puntuales que se realizan, pero introducen todo un subsistema que viene a regular la forma en que los NNA interactuaran en toda fase del proceso penal, reconociéndose en cada interacción el respeto a su dignidad, la adecuación de dicha interacción en base a su estado emocional, pero sobre todo a su madurez, y siempre que aquellas sean realizadas de manera voluntaria por el niño. Lo que viene a afectar el sistema de entrevistas videograbadas es sistemático, y cada uno de estos momentos procesales se ve comprometido por el sistema que introduce la ley.

4.1 Cambios que ha introducido la Ley en la fase de denuncia

En la denuncia se introduce una de sus novedades, toda vez que los NNA pueden denunciar por sí mismos, sin necesidad de un acompañante. La Ley señala a los funcionarios que reciban las denuncias que esta sea recibida en condiciones que aseguren su participación voluntaria, privacidad y seguridad. La norma del artículo 4 de la Ley es clara y categórica: al NNA, no se le formularán preguntas que tiendan a establecer cómo

ocurrieron los hechos, cuándo, y quiénes son los responsables de tales hechos, y cualquier otra particularidad del mismo. Y, en el caso que el menor de edad se expresara de manera espontánea y voluntaria, dichas manifestaciones deberán constar expresamente.

De tal manera que los funcionarios públicos o personas particulares que tomen conocimiento de hechos constitutivos de delito y que pudieren afectar a un NNA, junto con instar por su acogida y privacidad, deben con la mayor celeridad conducir la información entregada hasta la unidad policial u oficina del Ministerio Público más cercana.

La Ley, además, ordenó la elaboración de un protocolo de actuación que estableciera los estándares bajo los cuales se recepcionarían y derivarían las denuncias en estos casos. Dicho Protocolo, consagrado en la letra a) del artículo 31 de la Ley y que viene a establecer *“Los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la presente ley”*, detalla cada situación que pudiere ocurrir en el proceso de denuncia, reconociéndose, además, distintas hipótesis respecto de quien formula la denuncia, esto es, si el NNA lo hace solo, o lo realiza acompañado de un adulto, o son adultos quienes realizan la denuncia por aquel.

El protocolo en comento expresa:

“En el caso que el NNA quiera participar en la denuncia junto con su acompañante, se le debe indicar a este último que debe guardar silencio, no pudiendo interrumpir o comentar los dichos del NNA.

b) En el caso que el NNA desee participar solo, se le debe indicar al acompañante que salga momentáneamente de la sala, sin perjuicio que posteriormente pueda exponer lo que estime pertinente.

c) En el caso que el NNA no quisiera o no pudiera participar, su acompañante será el denunciante.”¹⁰⁴

En todas las hipótesis en las que pudiéramos encontrarnos, es clave la participación voluntaria del NNA, y esta se debe asegurar y garantizar por los funcionarios encargados de recepcionar tales denuncias. Y en el caso de que asista con un acompañante, en resguardo de su privacidad se le solicita incluso que espere en otro espacio a efectos de que el NNA pueda formular y señalar lo que voluntariamente viene a denunciar.

Así también se regula la forma en que luego de recibida la denuncia por el NNA¹⁰⁵, los funcionarios a cargo de recepcionarla podrán preguntarle al acompañante otros

¹⁰⁴ Protocolo de la letra a) del artículo 31 data del mes de abril de 2019, y fue elaborado por la Subcomisión para la implementación de la Ley 21.057, de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal. Se puede encontrar en el portal web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

¹⁰⁵ La referencia a que los NNA puedan realizar denuncias por sí, no quiere decir que vaya a ser esta la regla general.

antecedentes de la denuncia (sin estar en presencia del NNA), con el objeto de obtener toda la información pertinente que pueda entregar sobre la individualización de aquél, los hechos denunciados y la posible participación de personas en estos, así como los antecedentes sobre la develación efectuada.

La denuncia realizada, expresa la Ley en su artículo 4, debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Público de la forma más rápida posible y por la vía más expedita, y no podrá ser esta comunicación realizada en un plazo superior a 8 horas. Igualmente, el o la Fiscal determinará en un plazo de 24 horas de recibida la denuncia, las primeras diligencias investigativas, como cualquier otra medida que se dirija a proteger al NNA. Para ello es importante en que se haya incorporado a las denuncias de delitos que contempla la ley, un Formulario de Factores de Riesgo, justamente para que aquel permita con la información que allí se contiene, sirva como insumo para evaluar preliminarmente el riesgo al que puede estar expuesto el menor de edad, y poder adoptar medidas de protección. Igualmente se ha previsto un segundo formulario, denominado “Factores de Grave Vulneración de Derechos”. Ello en consonancia con el inciso final del artículo 4 de la Ley, ya que aquel perseguirá recoger antecedentes suficientes para una eventual solicitud de medidas de protección por parte del Fiscal al Tribunal de Familia.

4.2 Cambios que ha introducido la Ley en la fase de investigación

En la fase investigativa es en donde aparece uno de los elementos claves de la Ley, la entrevista investigativa videograbada (EIV). Aquella viene a reemplazar las declaraciones que realice el NNA en esta fase, es decir, toda declaración que pudiere prestar o haber prestado el NNA en la investigación se realizará de manera videograbada en los términos que expresa la ley. Así también cualquier otra diligencia que implique interactuar con los NNA se regirán por los preceptos de la ley, estableciéndose limitaciones para ello.

De esta manera, la EIV es una diligencia de la investigación cuyo principal objetivo es obtener, a través del relato de un NNA, cualquiera sea la forma en que este se exprese, información sobre los hechos denunciados y sus partícipes, buscando afectar lo menos posible al entrevistado y evitar la exposición reiterada e injustificada del menor de edad a nuevas instancias de investigación. De acuerdo a lo anterior, y como se mencionó, la EIV reemplaza la diligencia de toma de declaración en los casos que regula la ley y, en modo alguno, constituye una evaluación pericial psicológica o psiquiátrica.

En relación a su oportunidad, la Ley señala que la entrevista debiera ocurrir en el tiempo más próximo a la denuncia, no obstante, no se precisa cuánto es ese tiempo, o qué se entiende por “más próximo”. Independiente de aquello, en todos los casos debe realizarse una evaluación previa del NNA, y esta se realizará siempre y cuando esté

disponible el menor de edad para participar de la diligencia. Esto último es gravitante, por cuanto no es satisfactorio ni para el sistema ni para las víctimas, que una EIV se practique rápidamente y la víctima no se encuentre en condiciones físicas ni psicológicas para enfrentarlo, además de expresar su deseo de no participar. Por ello, es que ese tiempo más breve, o más próximo que indica la Ley, siempre debe ser entendido desde la visión de la propia víctima y su deseo a participar, sin perjuicio de aquello, y para dotar al sistema de mejores estándares de eficiencia, si sería razonable definir que la evaluación previa que realizan los funcionarios y profesionales de las URUVIT del Ministerio Público pudieren ocurrir en el tiempo más próximo a la denuncia a efectos de poder determinar la necesidad de una pronta realización, y de la intención e interés de la víctima en que esta se practique en el tiempo más próximo¹⁰⁶.

La evaluación previa que realizarán los profesionales de URUVIT consiste en una interacción en la que, de manera personal o por la vía más idónea de acuerdo a las circunstancias del caso, se contactará al NNA y/o con el adulto referente, con el objeto de verificar si está en condiciones físicas y psíquicas para participar en la entrevista investigativa videograbada. Como se ha venido diciendo, en ningún caso este contacto implica una entrevista pericial o forense de carácter diagnóstico o terapéutico, ni una indagación previa sobre la capacidad testimonial del NNA, sobre los hechos denunciados o la determinación de sus partícipes.

Por consiguiente, el rol o la tarea que se le encarga al fiscal de manera previa a la realización en sí de la EIV es proveer de todas las medidas necesarias para que el NNA sea evaluado por las URUVIT en el menor tiempo posible, y tan pronto sea evaluado, se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar. Una vez hecho, deberá ordenar la entrevista investigativa videograbada de la víctima.

Si el NNA puede participar en la entrevista, se le comunicará de esta situación al fiscal, y se le informará sobre las necesidades específicas de aquél para los efectos del desarrollo de la diligencia de que se trata. En caso que el NNA no se encuentre en condiciones de participar en la EIV, también se le indicará de esta situación al fiscal correspondiente haciendo presente, el plazo probable en que pudiera realizarse una reevaluación de la víctima de acuerdo con las circunstancias, así como también la

¹⁰⁶ En el estudio citado del año 2012 a propósito de cómo implementar este sistema en Chile realizado por el equipo investigador liderado por Carolina Navarro de la Universidad de Chile, se indicaba que la entrevista investigativa debía realizarse dentro de un plazo máximo de 72 horas desde recepcionada la denuncia. Dicho plazo disiente por mucho de la práctica nacional, donde las cifras pueden indicar una mayor cantidad de días en su materialización. En este sentido, es mejor precisar que dependerá mucho de la disponibilidad de los NNA, como también de la eficiencia de los flujos y procedimientos del Ministerio Público. La mención de las 72 horas aparece “Diseño Proceso de Implementación. Proyecto de ley que establece un Sistema de Entrevista Videograbada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales”. Facultad de Ciencias Sociales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2012, p.24.

proximidad en que esta diligencia debe ser realizada conforme lo ordena el artículo 7 de la Ley, que señala la oportunidad en que esta deba realizarse¹⁰⁷.

Si el NNA se encuentra en condiciones de participar en la EIV, el fiscal designará a un entrevistador/a de aquellos que estén en el registro de entrevistadores acreditados y que elaborará el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Así también, al momento en que se cite a la víctima, se le deberá informar además en qué consiste la diligencia que se va a desarrollar.

La diligencia de EIV se realizará en una sala especial, y no en cualquier lugar. La sala en que se desarrollará la entrevista con el NNA, no es solo un ambiente que asegure privacidad y sea digno, sino que estos espacios son estándares en todo el país, señalándose en el Reglamento de la Ley, las características y especificaciones en cuanto a sus requisitos de infraestructura, tecnológicos e informáticos. Pero además en el mismo Reglamento en su artículo 9, señala que las EIV se realizarán en lugares que protejan la privacidad y seguridad de la diligencia, y, que aseguren que no se encuentran otras personas que puedan interferir la diligencia (a través del uso particular de dos cámaras instaladas en la sala, una de primer plano, y otra de plano general), y que tecnológicamente sean adecuadas¹⁰⁸.

Al momento de la realización de la entrevista al NNA, solamente estarán presentes en la sala el entrevistador y el entrevistado. Solo en casos muy excepcionales, justificados y autorizados por el fiscal, como por ejemplo que existan dificultades de comunicación con el entrevistado, podrá estar presente, además, un intérprete u otro especialista idóneo, o un animal de asistencia.

Cabe destacar que sí en cualquier momento del desarrollo de la EIV, el NNA manifiesta su voluntad de no querer seguir participando de esta diligencia o de no querer continuar, el entrevistador deberá informar al fiscal y sugerir la suspensión de la entrevista. Una vez decretada la suspensión, el entrevistador deberá dejar constancia de ello en la grabación, haciendo presente los motivos de la misma.

¹⁰⁷ El inciso primero del artículo 7 de la Ley expresa: "Oportunidad de la entrevista investigativa videograbada. La entrevista investigativa videograbada se realizará en el tiempo más próximo a la denuncia, a menos que el niño, niña o adolescente no se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella, lo que deberá ser calificado por un profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la fiscalía respectiva".

¹⁰⁸ El artículo 9 del Reglamento de la ley 21.057, a modo de estandarizar los lugares donde se realizarán las interacciones con NNA tanto en la investigación como las de juzgamiento, expone cuales son los presupuestos de aquellas salas, todos en consonancia absoluta con los principios de la ley: "*Condiciones de realización. Las entrevistas investigativas videograbadas y las declaraciones judiciales se realizarán en condiciones que:*

a) Protejan la privacidad de la interacción con el niño, niña o adolescente. b) Resguarden la seguridad del niño, niña o adolescente. c) Permitan controlar la presencia de participantes. d) Sean tecnológicamente adecuadas para videgrabar el relato que preste el niño, niña o adolescente y, en el caso de la declaración judicial, para su reproducción instantánea y su intercomunicación con la sala de audiencia."

También es importante mencionar que la diligencia puede ser observada por otras personas desde la sala de operación u observación, siempre que sean autorizadas por el fiscal. Estas personas quedaran sujetas a la prohibición que consiste en no poder referirse al contenido de lo que se haya declarado.

4.3 Cambios que ha introducido la Ley en fase de juzgamiento.

Si en la fase de investigación que conduce el Ministerio Público lo fundamental era la entrevista investigativa, aquí la clave se encuentra en la intermediación, que, conforme a la Ley, es la manera en que se materializará operativamente la declaración del NNA en juicio.

Se reconoce en esta fase la figura de la persona del intermediario, quien no es sino un entrevistador igual que aquellos que pueden desarrollar entrevistas investigativas, con ciertas excepciones, y cuya función es facilitar la obtención de la declaración judicial del NNA, traspasándole las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente del Tribunal Oral en lo Penal o del juez de garantía, durante el juicio o prueba anticipada, según corresponda. No debe poseer alguna inhabilidad de aquellas declaradas en la Ley, como aquella que se señala en el artículo 15 inciso tercero de la Ley, en la cual los fiscales y abogados asistentes de fiscal que estén acreditados como entrevistadores, no pueden realizar esta diligencia en juicio por razones de su cargo y función en el Ministerio Público como encargado de dirigir la investigación penal. Igualmente, se excluye de participar de esta diligencia o de intermediar a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile y de Carabineros de Chile que hubieren participado de una diligencia de investigación distinta de la entrevista investigativa videograbada¹⁰⁹.

Entre las funciones de este intermediario se encuentra el transmitir y/o adecuar las preguntas que reciba por intermedio del juez presidente o de garantía al NNA, que hubieren realizado los intervinientes, primeramente, y en segundo término, verificar la disponibilidad física y emocional del NNA para prestar declaración judicial. El intermediario constituye una asistencia especializada para el tribunal, facilitando la comunicación con el NNA y el monitoreo permanente de las condiciones físicas y psíquicas de éste.

En todo momento durante el desarrollo de la declaración judicial, se deberá cautelar por que el NNA se encuentre en condiciones físicas y psíquicas para participar,

¹⁰⁹ Esta regulación lleva implícita la idea que el entrevistador que hubiere realizado la EIV respecto de determinado NNA puede ser el que desarrolle luego la intermediación en la declaración judicial, salvo estas excepciones que se describen.

debiendo quien esté desarrollando las labores de intermediación, hacer presente al juez de garantía o al juez presidente, en su caso, si una pregunta es inadecuada desde el punto de vista de la victimización secundaria y la vulneración de la dignidad personal del declarante.

Es importante dejar en claro que, a diferencia de la EIV, en la fase de juicio la Ley señala expresamente que los sujetos a esta forma de declarar en juicio, o en otros términos, estas medidas de protección para asegurar la participación de NNA en juicio, no sólo se aplica hacia menores de edad que han sido víctimas, sino que también a los NNA que sean testigos en el juicio.

Ahora bien, atendida la autonomía progresiva en el desarrollo de los NNA, se contempla la posibilidad que para los mayores de 14 años, sean víctimas o testigos, si lo manifiestan de manera libre y voluntariamente, podrán prestar declaración sin la presencia del intermediario en este caso. Esto no es que renuncié a la especial forma de protección, sino que “renuncia” al derecho a que sea un intermediario quien lo entreviste, y es en este caso, el o la juez presidente de la sala quien lo realizará directamente. Esta declaración, a través del o la juez se realiza igualmente en la sala especial. Es decir, el adolescente en este caso no es que renuncie a ser entrevistado a través de una intermediación y declarar en la sala de audiencia, sino que viene en optar porque sea el juez directamente quien lo entreviste / interroge, pero lo hará en la misma sala que se encuentra especialmente acondicionada para recibir su testimonio. Esta particularidad viene establecida en el artículo 14 de la Ley, en donde además se colige, que en este caso el juez que entreviste no necesariamente debe ser de aquellos que se encuentran acreditados para realizar esta función¹¹⁰. Ahora, esta alternativa que se les otorga a los menores de edad que son adolescentes, se realiza a través de una pregunta que se formulará a la víctima o testigo que declara por medio del intermediario designado para la diligencia, debiendo realizarse en la fase inicial de la declaración de manera que dicha voluntariedad pueda ser verificada por todos los intervinientes. Eso no obsta a la obligación del Tribunal, previo a autorizar dicha solicitud, de determinar que si el adolescente se encuentra disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en la declaración sin el intermediario acreditado. Si se resuelve en este caso, por el tribunal oral o juez de garantía, según corresponda, acoger lo solicitado por el adolescente, la declaración judicial deberá realizarse por el juez respectivo en los mismos términos que la ley señala.

Como se precisó, en ningún caso el adolescente podrá ingresar a la sala de audiencia a prestar declaración aun cuando manifieste su voluntad al efecto.

En este orden de ideas, la intermediación posee fases en su metodología, conocidas como: previa, inicial, de desarrollo y cierre. Es importante dilucidar en qué

¹¹⁰ Se destaca que en esta hipótesis el juez que tome la declaración en la sala especial, puede no estar capacitado ni formado en estas materias.

etapa de la intermediación se está para poder comprender ciertas alertas procesales que puedan ocurrir. Por ejemplo, en la “fase previa”, es en donde el intermediario conoce al NNA que declarará, y se pondrá en conocimiento de su estado emocional, nivel de escolarización, dificultades cognitivas si se manifestaren, y, se establecerá entre todos los intervinientes la forma en que se procederá a la declaración del NNA en cuanto a señalar reglas para facilitar la labor del intermediario, como también para explicar la forma en que se conducirá la audiencia. Para ello se acuerda la forma en que se van a comunicar juez e intermediario, además de cómo proceder en caso de objeciones o cualquier otra acción que procure optimizar la declaración que se va a recibir.

Luego viene la etapa que en la metodología de la técnica de intermediación se le conoce como “fase inicial”, que se caracteriza porque el intermediario se encuentra en presencia del NNA declarante en la sala especial, y corrobora su estado emocional, y establece un primer acercamiento donde procurará establecer acciones de confianza o de acompañamiento hacia el NNA (conocido como “rapport”), y en donde le comunicará al NNA de manera sencilla y práctica sobre determinados aspectos, tales como: de que trata la diligencia; las personas que se encuentran en la sala de audiencia; información sobre qué hacer si alguna de las personas que se encuentran en la sala de audiencia realice alguna pregunta, o si se plantea alguna objeción.

De esta manera le hablará sobre una “regla del silencio”, que tendrá por propósito que el NNA declarante no entre en una situación de confusión o de no entendimiento cuando ocurran silencios espaciados en el tiempo que son promovidos por el debate necesario que se realizará en la sala de audiencia producto de la interposición de alguna objeción.

De acuerdo con lo anterior, y si durante el transcurso de la intermediación de la declaración judicial del NNA, conocida como “fase de desarrollo”, se promoviere alguna objeción, el juez presidente previo a escuchar los fundamentos de las partes, va a conceder tiempo al intermediario para que reitere al NNA la “regla del silencio”, y evitar confusión en el NNA.

Cabe aquí especial consideración, el caso en que el intermediario considere que se ha generado una situación o formulado una pregunta que vulnera los principios de la Ley 21.057. Este deberá plantearlo al juez presidente o de garantía, según corresponda, y utilizará una nomenclatura especial que no se encuentra desarrollada ni en la ley ni en el Reglamento, pero si en uno de los Protocolos de actuación que mandató la ley su elaboración, y este es el conocido como protocolo de la letra i), sobre *“las características de las entrevistas, que se elaborarán bajo procedimientos estandarizados, basados en la experiencia empírica y en los resultados de la evaluación constante de la práctica de entrevistadores, como también, en los conocimientos técnicos existentes en la materia”*. En dicho Protocolo se señalan 3 causales de representación en donde el intermediario / entrevistador, si estima que una de las preguntas que se formulen por los intervinientes puede interferir el relato del NNA, se lo hará directamente presente al Tribunal para su

resolución. Estas causales que se señalan son: *primero*, que una pregunta se estime coactiva o que por su complejidad pueda resultar engañosa o poco clara, en tanto excedería la capacidad de comprensión del NNA atendidas sus características y etapa de desarrollo evolutivo. *segundo*, que una pregunta pudiera provocar sufrimiento o una grave afectación de la dignidad del NNA, y, *tercero*, que el NNA se encuentre en un estado emocional o físico en el que no le sería posible continuar con la declaración¹¹¹.

Posterior al desarrollo, viene la “etapa de cierre”, la que no es solo terminar la declaración y avisarle al NNA que la diligencia ha finalizado, sino que el intermediario deberá velar porque el NNA disminuya la ansiedad y pueda retornar a sus actividades normalmente. Para ello le explicará el término de la actuación, que será acompañado por personas que ya conoce o su adulto responsable eventualmente, que no tendrá contacto con el ofensor si es que procede y si posee algunas preguntas que desee realizar a propósito de la diligencia.

4.4 Consideraciones relativas a las pericias y otras diligencias investigativas

En el evento que el NNA participe en otras diligencias de investigación, ellas deberán ser gestionadas y efectuadas en las mismas condiciones ya comentadas, respetando sus necesidades físicas, emocionales y de información, asegurando su comprensión, privacidad y seguridad. Con el mismo objetivo, se procurará que sean los mismos funcionarios quienes tomen el contacto y reciban o trasladen al NNA, así como la necesaria separación de éste respecto de las demás personas que acuden a cada una de las instancias, durante los tiempos de espera y de atención.

En todas las interacciones, independientemente del derecho a la información que tiene el NNA, cada funcionario deberá tratarlo sólo por su nombre de pila, y sujetarse a las formas de actuación y limitaciones en las mismas que los Protocolos han fijado en cada caso. En el caso de los peritajes sexológicos, además de lo que aquí se señala y lo que regula el Protocolo de la letra A), las diferentes actuaciones del personal de salud correspondiente deberán ajustarse a los principios y disposiciones de la Ley, evitándose en

¹¹¹ Puede parecer controvertido que en un protocolo se regulen motivos para objetar preguntas, pero en estricto rigor no son objeciones propiamente tal, sino que obedecen a la observación propia que realiza el intermediario / entrevistador del comportamiento del NNA, como además radica en su experticia para poder opinar sobre la necesidad de tal o cual pregunta y la forma en que podría afectar al NNA. También es clave precisar que no se tratan de objeciones propiamente tal, y que además estas van en consonancia con los principios de la Ley 21.057, pero particularmente en armonía con lo dispuesto en el artículo 310 del Código Procesal Penal, que indica expresamente el deber de los jueces de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del NNA, a efectos de resguardar su interés superior.

todo momento el contacto del NNA con más personas de las estrictamente necesarias para los exámenes correspondientes o requerir de él información sobre los hechos o partícipes en los mismos; procurándose que éste entienda la diligencia y su sentido, minimizando palabras, gestos o instancias que lo avergüencen o intimiden; y asegurando la celeridad y privacidad de su espera y atención. Asimismo, se adecuarán los espacios a los que el NNA sea llevado como antesala del procedimiento o para llevar a cabo éste, de manera que le sean más amigables.

No obstante lo anterior la regla que impone el artículo 11 es enfática en señalar que si ocurren otras actuaciones que supongan interactuar con los NNA estas serán realizadas de manera excepcional y siempre y cuando sean absolutamente necesarias. Por ejemplo, y continuando con lo dispuesto en el artículo 11, en su inciso segundo, da cuenta de los peritajes clínicos de lesiones y sexológico, estableciendo que, durante la anamnesis, reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos de tales informes, existe la prohibición de formular preguntas al NNA relativas a la participación criminal y a los hechos constitutivos de delito, y así dispone:

“Para los efectos de la elaboración de todo informe pericial médico legal, los profesionales a cargo de dichas diligencias deberán limitarse exclusivamente a practicar una anamnesis, los reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos que correspondan, y no podrán en caso alguno formular al niño, niña o adolescente preguntas relativas a la participación criminal, al relato de la agresión sufrida o, en general, que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación”.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 11 da cuenta de las pericias psicológicas y en general sobre pericias del área salud mental: *“En el caso que el fiscal ordene o autorice la realización de una pericia psicológica, deberá justificar su decisión según las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional del Ministerio Público”.*

En el peritaje psicológico, es esencial establecer una comunicación con el NNA, siendo la entrevista forense la principal técnica de recolección de información que debe ser adaptada a NNA (conforme a su etapa del desarrollo con el fin de resguardar su dignidad, intimidad y hacerlos sentir en una esfera de protección y comprensión), que permitiría una adecuada interpretación de los resultados de las pruebas psicológicas; la evaluación y análisis del testimonio respecto del delito, y, el establecimiento de la consistencia entre el relato del delito y posibles efectos;

En atención a lo expuesto, a las pericias psicológicas no les es aplicable el inciso segundo del artículo 11, es decir, la ley no ha intervenido en ningún aspecto la metodología que es propia y esencial de este tipo de pericias. Por ello podrían realizarse igualmente, sin perjuicio que el artículo 23 de la Ley también expresa que estos peritos pueden acceder al registro de la entrevista que se videograbó a efectos de poder desarrollar estos peritajes.

CAPÍTULO IV: EL PROCESO PENAL, EL DERECHO DE LOS INTERVINIENTES Y EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES Y OTROS DELITOS VIOLENTOS

1. Objetivos del proceso penal chileno

Ya han transcurrido dos décadas desde la implementación gradual y territorial del denominado “Nuevo sistema procesal penal”¹¹². En ese entonces, varias instituciones experimentaron profundos cambios legislativos, y en donde los gobiernos de turno dentro de sus metas, establecieron un sentido criterio de “modernización de la justicia”.

Una reforma y modernización más que necesaria, fue la que experimentó el Código que regularía el Proceso Penal. Se trataba de una nueva forma de administrar justicia en materia penal, donde pasábamos de un procedimiento vetusto casi centenario¹¹³ a un sistema de enjuiciamiento diametralmente opuesto. Pasábamos de un sistema inquisitivo, protagonizado por un juez que era el que instruía una investigación en contra de un sujeto determinado, que luego lo acusaba, y finalmente lo condenaba o absolvía, a un juez que vela por las garantías de un debido proceso, asegurando que la investigación sobre un hecho ilícito sea conducida por un tercero que se rige por ciertos principios de objetividad y en donde se respetan los derechos fundamentales del “investigado”. Se pasó de una judicatura que era juez y parte, a una judicatura encargada de hacer cumplir los derechos y garantías dentro de este debido proceso, con claras y diferenciadas etapas procesales; de un proceso al más puro estilo “kafkiano”, a un proceso donde la intermediación procesal, transparencia, comunicación e información serán los pilares fundamentales¹¹⁴.

Esta modernización de nuestro sistema encaminado a un modelo acusatorio, perseguía el establecimiento de un sistema de justicia criminal adversarial y contradictorio que funcionara de manera transparente y eficaz. Además se instauró un sistema de garantías para el imputado acorde con los principios propios de un Estado de Derecho, y se buscó establecer un conjunto de derechos para las víctimas de delitos.

¹¹² Ley 19.696 que “Establece Código Procesal Penal”, fue promulgada el 29 de septiembre del año 2000, y publicada el 12 de octubre del mismo año.

¹¹³ El Código de Procedimiento Penal databa del año 1906.

¹¹⁴ Se destacan las palabras del otrora Presidente del Colegio de Abogados, don Enrique Barros Bourie, quien señaló en su oportunidad: “... se ha dejado atrás un proceso donde el juez concentraba las funciones de persecución y de adjudicación, y la participación de los abogados, tanto querellantes como defensores, estaba en segundo plano. Hemos transitado a un modelo adversarial cuyo correcto funcionamiento supone diferenciar funcionalmente, en distintos profesionales legales, los roles de juez, ‘persecutor y querellante, defensor, juez de garantía y jueces de juicio oral”. Enrique Barros Bourie opinión en “A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema”. Publicado por el Ministerio de Justicia. Año 2010.

Estos propósitos iban de la mano con una administración de justicia que resolviera los conflictos de manera rápida, eficiente, imparcial, transparente, accesible, pero principalmente con una mirada inspirada en el respeto a los derechos fundamentales.

Así se visualizó este proceso de reforma y modernización de la justicia, donde el propio Poder Ejecutivo en su mensaje que inspira el Proyecto enviado al Congreso, que se convertiría posteriormente en la Ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal, precisa de cuáles son los propósitos de la reforma procesal penal estableciendo principios fundantes del nuevo proceso que se convierten a la vez en los objetivos del mismo. En este Mensaje Presidencial, se pueden desprender algunos de estos propósitos, como aquel que el proceso penal debe ser netamente de carácter público y basado en la inmediación de los actores penales a través de un proceso oral¹¹⁵.

Por otra parte y dentro de los objetivos de este proceso, se establece en el propio mensaje, el trato que debe otorgársele a los imputados en esta nueva forma de justicia procesal penal, y su correlato en la “presunción de inocencia”¹¹⁶, robusteciendo esa idea de diversas garantías y deberes para el propio proceso penal, elevando dicha presunción a pilar fundamental sobre el que se sustenta el sistema.

Se ha estimado que uno de los pilares fundamentales del proceso de reforma fue instalar de manera inédita la protección a la víctima como uno de los ejes y objetivos del sistema procesal penal¹¹⁷. De hecho, el profesor Riego refiere que tanto el reconocimiento de los derechos de las víctimas así como su promoción constituyeron uno de los principales objetivos de la reforma procesal penal¹¹⁸.

De esta manera todas las ideas y objetivos que fundamentan el nuevo proceso y los estándares que lo configuran, se integran bajo una idea del debido proceso. Concepto en el que comulgan los diferentes principios y objetivos que sucintamente se ha referido de manera previa, y se hacen patente en la secuencia de actos judiciales que determinan el proceso penal.

¹¹⁵ Historia de la Ley 19.696, Mensaje Presidencial, p 7.

<https://www.leychile.cl/navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/hl19696.pdf>

¹¹⁶ *Ibidem*, p 16.

¹¹⁷ Comparten esta idea tanto los profesores Julian López Massle y María Inés Horvitz en su obra “Derecho Procesal Penal”, como el profesor Cristian Riego, en su publicación sobre “La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”. Revista Política Criminal. Volumen 9 N°18, diciembre de 2014. p. 669.

¹¹⁸ Cristian Riego, “La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”. Revista Política Criminal. Volumen 9 N°18, diciembre de 2014. p. 669.

2. El debido proceso

En base a lo anterior, el actual sistema procesal penal chileno busca asegurar que este se realice conforme a un debido proceso, en donde la generación de decisiones judiciales se realice a través de un proceso transparente. De tal manera que el proceso, entendido como una secuencia de actos, que tiene por objeto un fin cual es la resolución de un conflicto, debe además tener ciertas prerrogativas en esta solución, que se haga de una forma justa.

En nuestro país, la característica de que el proceso debe ser justo o “debido”, está consagrado a nivel constitucional. En el reformado artículo 19 N°3 inciso 6¹¹⁹ de la Constitución, se establece que será deber del legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento¹²⁰. De esta manera, toda sentencia judicial, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. No obstante, en la Constitución no se establece ni señala en qué consiste exactamente esta garantía fundamental, otorgándole un deber al legislador para que establezca precisamente que se entiende por un procedimiento racional y justo, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso¹²¹. No obstante, de los incisos siguientes del numeral tercero del artículo 19 ya citado, se pueden inferir algunos derechos que configuran el concepto de debido proceso, como por ejemplo el derecho de toda persona a la defensa, la presunción inocencia penal de las personas, y el principio del *indubio pro reo*.

De esta manera, un debido proceso se caracteriza, entre otras consideraciones, por:

- En primer término, la existencia de un juicio previo, o de la existencia de un procedimiento previo. Dicha característica versa sobre que la pena instituida por el Derecho, representa una previsión abstracta hacia el eventual infractor, y cuya

¹¹⁹ Artículo 19 N°3 inciso 6 de la Constitución Política de la República: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

¹²⁰ HORVITZ LENNON, María Inés, y LOPEZ MASLE, Julian. (2002). Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, p. 19.

¹²¹ En la Sesión N°103 de la Comisión Constituyente que redactó la Constitución Política de 1980, se debatió ampliamente sobre esta idea, principalmente donde don Alejandro Silva Bascuñan consideraba que no bastaba con que la Constitución sólo mencione que son requisitos del proceso que él sea racional y justo, sino que debía precisar a qué se refería con tal, ya que son conceptos doctrinarios proyectados, según él, sobre aspectos adjetivos del proceso, siendo de la idea que se debía establecer en qué consiste que el procedimiento sea racional y justo. Por su parte, don Enrique Evans, era partidario de la redacción original que finalmente se aprobó, en orden a que es deber del *“legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”*, y refiere que conservar la expresión de tal manera, sin precisar su contenido, ya que lo dota de un concepto dinámico en el tiempo, señala sobre el particular...*encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer normas demasiado precisas”*. Acta de Sesión N°103, página 556. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Tomo III.

concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por ley, que termina en una decisión que la misma ley autoriza al Estado a aplicarla¹²².

- En segundo lugar, la existencia de un juez natural. La que se relaciona en que no pueden existir comisiones especiales de juzgamiento, y que los tribunales que conozcan casos penales deben existir con anterioridad a la ocurrencia del hecho punible.
- En un tercer término, el debido proceso se caracteriza por la exclusividad de la investigación penal, radicando esta facultad en una institución que actúa bajo un principio de objetividad, como es el Ministerio Público.
- En cuarto lugar se destaca el principio de presunción de inocencia del imputado. Toda persona es inocente, mientras no se pruebe lo contrario. El contrariar esta presunción debe ser necesariamente demostrada dentro de un proceso, y a través de un debate probatorio, tanto para la determinación de la culpabilidad de la persona vinculada al hecho ilícito, como incluso para la determinación de las medidas cautelares en una menor o mayor intensidad
- En quinto lugar consideramos el derecho a defensa, como aquel que le asiste al imputado para comparecer en todas las fases del proceso penal después de su formalización representado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, y poder esgrimir todas las pruebas que estime necesarias para controvertir la imputación que se le hace, realizar los debates que fueran pertinentes, y ejercer los demás mecanismos legales que le asisten.

3. El derecho de defensa y la confrontación

La defensa es un derecho fundamental que por una parte busca que el imputado no sea condenado sin un proceso previo, pero además, se entiende la defensa como una garantía que asegura al imputado que este pueda participar del proceso, probar hechos, y controvertir la acusación y prueba de cargo¹²³. Para Caroca, esta exigencia se traduce directamente en el derecho a ser oído, y que lo se diga sea tomado en consideración a la hora de resolver el asunto. Este derecho a defensa esta explícitamente consagrado en la Constitución Política de la República en su artículo 19 N°3 inciso segundo, bajo la fórmula *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica...”*¹²⁴.

¹²² MAIER citada su obra “Derecho Procesal Argentino” en “Derecho Procesal Penal chileno” de Lopez Masle, Julian y Horvitz Lennon, María Inés, p. 65.

¹²³ CAROCA, Alex. (2002). “La defensa en el nuevo proceso penal. Revista Chilena de Derecho”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 29 N° 2. p. 283.

¹²⁴ Esto no obsta a los reconocimientos a la igualdad de todos los seres humanos y de la igualdad jurídica que se contiene en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

El derecho de defensa consiste en la facultad que tiene el imputado para poder intervenir en el proceso penal que se dirige en su contra, ya sea para poner en evidencia la falta de fundamento de los cargos, como también de cualquier otra circunstancia que la modifique, excluya o atenúe¹²⁵. De esta forma se considera la posibilidad de intervenir en la persecución penal propiamente tal, como también el derecho a conocer los hechos que se imputan, y fundamentalmente el derecho a contradecir las alegaciones que se dirijan en su contra¹²⁶, sea contraviniendo la prueba de cargo, o derechamente presentar sus propias pruebas. Si uno de los objetivos del proceso penal, puede ser el de la búsqueda de la verdad, que mejor razón para poder dilucidar aquella que contravirtiendo los hechos que se imputen.

Por consiguiente, el derecho de defensa no sólo se traduce en el derecho a ser oído y producir prueba de descargo, sino que además conlleva la facultad de participar del proceso penal sea solicitando diligencias investigativas, solicitar audiencia para prestar declaración, solicitar ser sobreseído o que se le ponga en conocimiento los hechos que se le imputan, y principalmente, el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y a los de descargo, en iguales condiciones.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1978 en su artículo 8 sobre Garantías Judiciales, establece múltiples derechos del imputado o de cualquier persona inculpada en un delito, dentro de ellos señala a propósito del derecho de defensa, como aquel en donde tiene *derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal...*¹²⁷, de igual manera se reconoce internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 al abordar algunas garantías mínimas en el proceso penal como se indica en su artículo 14 N°3 en el mismo tenor que luego sucedería en la CADH, estableció: *“e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”*¹²⁸. Ahora bien, el ejercicio de este derecho se ejerce principalmente durante la tramitación del juicio oral propiamente tal, atendido el principio de inmediación, y la exigencia de comparecencia de todos los intervinientes, de tal manera que la defensa y su representado / acusado pueden con estos derechos observar, comentar y realizar los análisis pertinentes de lo que pueda resultar en el fallo que resuelva el caso, condenándolo o absolviéndolo.

Según Duce, se destaca que la confrontación se trata de una garantía que constituye un componente mínimo del derecho a un juicio justo o a un debido proceso¹²⁹.

¹²⁵ HORVITZ LENNON, María Inés, y LOPEZ MASLE, Julian. op. cit, p. 226.

¹²⁶ CAROCA, Alex. op cit.

¹²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, visto en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹²⁸ Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, visto en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹²⁹ DUCE, Mauricio. (Julio 2014). “El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. Polít. crim. Vol. 9, N° 17 Art. 4, p.119.

Así la confrontación cumple dos funciones, por una parte, permite que el acusado participe activamente en el proceso, o sea que se considere su punto de vista, y en segundo término, permite dotar al conocimiento del juez de mejor información y evaluar de mejor manera la credibilidad o no de los testigos¹³⁰.

Pero, ¿la confrontación como parte fundamental del derecho de defensa, involucra que esta debe ser ejercida directa y personalmente frente a los testigos y víctima? La respuesta a la pregunta no es en ningún caso algo baladí, sino que lleva implícitamente la idea y germen que la Ley 21.057 al sustraer al NNA de la sala de audiencia al momento de prestar su declaración, se riñe con este derecho. Lo cierto es que considerar que se afecta a la confrontación como parte del derecho de defensa, no es sino hacer aplicable lo que se estipula en la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, por cuanto allí se precisa que, entre los derechos de los imputados, estos gozarán entre otros derechos, de aquel que consiste en carear a los testigos que se presenten en su contra, es decir, una examinación de tipo personal, *“face to face”*¹³¹. Pero en nuestro derecho continental no se precisa que la confrontación, como parte del derecho de defensa, involucre este tipo de actividad, confrontar no lleva en sí la idea de que esto debe ser cara a cara, o en presencia directa del testigo a examinar.

Lo referido previamente “no es menor”, en la historia de la Ley 21.057 fue bien controvertido este asunto, y de hecho entre quienes estaban a favor de los beneficios que trae esta ley, vienen en señalar que muchas veces por una cuestión de lógica confrontacional del proceso penal se dejaba en la indefensión o se vulnera los derechos de los menores de edad. De esta manera no estamos tampoco en presencia de una ponderación de principios, donde el interés superior o la participación de los NNA en juicio traiga consigo sendas limitaciones al derecho a defensa y sobre todo a la posibilidad de contradecir y confrontar a aquellos por parte del imputado. Estos derechos de defensa se encuentran incorporados, no solo en la técnica de la declaración judicial a través de una intermediación, sino que también en la forma en que esta se realiza.

Si bien el debido proceso, como se ha dicho en el desarrollo de este capítulo, exige poder conainterrogar, no es menos cierto que aquello debe ser también en consideración a las diferencias de trato y al interés superior que poseen los NNA, y que vienen en ser cautelados en la forma en que se incorpora la Ley 21.057 a nuestro derecho y proceso penal.

La confrontación, por ende, no debe entenderse como un acto personal y directo de encarar a determinada persona, de exponerla y eventualmente de agredirla como podría ser en el caso en los NNA. Aquello no es lo que se persigue con el debido proceso,

¹³⁰ El profesor menciona el fallo de la Excelentísima Corte Suprema dictado el 17 de junio de 2013 en causa rol 2866-2012 donde se menciona dentro de los elementos o garantías que componen un debido proceso, señalando *“el derecho a presentar pruebas de descargo y examinar la prueba de cargo”*.

¹³¹ O el derecho del acusado a estar en presencia física de las personas que declaren en su contra.

el derecho a la defensa, y la confrontación de la prueba de cargo como parte de aquel derecho.

4. La confrontación y la participación de los niños, niñas y adolescentes como víctimas y testigos en el proceso penal conforme a la Ley 21.057

En la doctrina y reciente jurisprudencia se ha inclinado por una efectiva ponderación de derechos y principios que puedan eventualmente colisionar. Es decir, que a través del estatuto jurídico diferenciado que ha de aplicarse a los NNA, no contradice el derecho de defensa y la eventual limitación a confrontar la prueba de cargo de manera directa. En esa idea es que se considera “necesario compatibilizar el debido proceso con la protección de la integridad psicológica de los niños, niñas y adolescentes”¹³², de esta manera no se debe agredir la psiquis de los NNA en un juicio para asegurar caprichosamente o so pretexto de las reglas del debido proceso. Es correcto señalar que los NNA si están declarando en juicio al alero de la Ley 21.057, en ningún caso se les está sustrayendo de lo que entendemos como un juicio justo.

Lo efectivo es que en la audiencia de juicio en la fórmula de la LEV, no se ha limitado la forma de manifestar inconsistencias, contradicciones para poder valorar la credibilidad y calidad de los testigos, y con ello, al no limitarse no se afecta indudablemente el derecho a confrontación. Por consiguiente estas acciones de la defensa se realizarían a través de un intermediario, quien a su vez está capacitado y acreditado para realizar dichas funciones, y además lo hace considerando el desarrollo evolutivo, voluntariedad y autonomía progresiva de los NNA.

En un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco el 04 de agosto de 2021, señaló, entre otras consideraciones, que reconoce la supremacía del interés superior del niño, y que la figura del intermediario o entrevistador no perjudica los intereses de la defensa por cuanto puede conainterrogar al NNA víctima a través de esta persona¹³³. La

¹³² HENRIQUEZ, SERGIO (2021). “La entrevista videograbada de la Ley 21.057: Un instrumento que reivindica el interés superior de niños, niñas y adolescentes y su naturaleza jurídica como sujetos de derechos en Chile”. Revista de Estudios de la Justicia. Número 34, p.105.

¹³³ Fallo dictado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol 715-21 del 04 de agosto de 2021, señala en sus considerando cuarto y quinto: “4°) Que, por otro lado, no se puede desconocer la supremacía del principio del interés del superior del niño y evitar la revictimización de la víctima, que es a lo que justamente propende la ley en discusión. 5°) Que, como ya se sostuvo, el nombramiento de un intermediador o entrevistador para el juicio oral no agravia los intereses de la defensa, quien incluso puede conainterrogar al niño víctima, a través de esta figura.”

anterior consideración va en la línea de estimar que el derecho de defensa no se ve limitado por la intermediación que se hace del menor de edad en juicio, sino que tal derecho se ve ejercitado de igual manera, pero se realiza a través de una figura y procedimiento nuevo. Cabe de todas maneras manifestar que este fallo declara una supremacía de un principio por sobre otro, lo que se contrapone con la opinión de este trabajo, en el sentido que ambos principios pueden equilibrarse en el proceso penal, sin que sea menester hacer prevalecer uno en pos del otro.

Por otra parte, el debate en cuestión no estuvo exento de cierta polémica mientras se tramitaba el proyecto de ley que luego sería la Ley 21.057. De hecho, mientras se tramitaba en primer trámite constitucional en el Honorable Senado, al presentarse su segundo informe en la Comisión de Constitución de dicha instancia, se precisó una opinión del profesor Mauricio Duce¹³⁴ que habría publicado tiempo antes en un periódico de circulación nacional, y en el que ponderaba ciertas necesidades de cambio en la legislación para la protección de NNA, pero declaraba que debía existir una correcta apreciación de ciertos valores que podrían encontrarse en juego, refiriéndose por tal, a los derechos de los imputados. Sobre el particular, en un recurso de nulidad contra de una sentencia condenatoria que dictó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, y que motivó el único fallo existente a la fecha pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema¹³⁵, se citó esa opinión que además consta en la Historia de la Ley 21.057, indicando que lo resuelto por el Tribunal de Juicio Oral contravenía el debido proceso por cuanto en opinión del citado profesor, *“el proyecto de la ley no pondera adecuadamente los distintos valores en juego en los procesos penales, pues si bien es muy eficiente en la protección del interés superior del niño, no lo es respecto del derecho de defensa del imputado”*. Y agregó que *“el contra examen de la víctima constituye un aspecto central de la defensa, que se ve fuertemente limitado, tanto por la falta de inmediación (las preguntas se hacen al juez y éste al perito) como por la temprana oportunidad en la que se puede practicar (impide contar con antecedentes que surgen en la investigación o en el mismo juicio)”*¹³⁶. Lo considerado anteriormente tiene algunas imprecisiones, ya que se omitió una parte importante del análisis que hacía el citado profesor. La citada opinión fue expresada originalmente cuando la tramitación de la ley estaba en una fase temprana, y la opinión versaba sobre la existencia de una entrevista única que eventualmente podría reemplazar la comparecencia del NNA víctima o testigo a la audiencia de juicio, situación que finalmente no prosperó.

Cabe reiterar en ese sentido que lo que ha regulado la Ley 21.057 no suprime la comparecencia al juicio, pero si sustrae la presencia del menor de edad y evita exponerlo a un contra examen directo y personal. El recurso de nulidad en comento, señala en suma,

¹³⁴ La opinión apareció publicada en una columna publicada en El Mercurio Legal el 03 de junio de 2014, y se denominó *“Declaraciones de niños víctimas de delitos sexuales: necesidades de cambio pero también de correcta ponderación de valores en juego”*.

¹³⁵ Causa Rol 22.474-21 dictada el 28 de octubre de 2021 por la Excm. Corte Suprema de Chile.

¹³⁶ Historia de la Ley 21.057, p.186.

que el fallo condenatorio ha infringido el debido proceso, por no haber considerado el correcto ejercicio del derecho a la confrontación como parte del derecho a defensa.

Por ende, el ejercicio de una contra examinación por parte de la defensa se satisface por el hecho de permitir que se esté presente durante el desarrollo de la declaración en audiencia de juicio, ya que se mantiene a cubierto la posibilidad de confrontar la declaración del NNA víctima o testigo. El argumentar que el derecho a defensa se ve flagelado por el no encaramiento personal o que en el derecho comparado aquello no se permitiría, no es del todo correcto. La posibilidad de confrontar al testigo de cargo es un elemento esencial del debido proceso, pero en este caso no se ha visto desprotegida dicha garantía de un juicio justo. Más aún, en el caso del sistema de entrevistas videograbadas se asegura el derecho a defensa, y lo hace compatible con la protección de los derechos del menor de edad, ya que siempre la defensa podrá someter a un interrogatorio – con los debidos resguardos propios de la Ley 21.057 relacionado con el artículo 310 del Código Procesal Penal – a quien declare, pudiendo hacerlo a través del Juez que preside la audiencia, y este a su vez conducir las preguntas por medio de un profesional o funcionario habilitado para ello.

El fallo de la Corte Suprema del 28 de octubre de 2021 que vino a resolver el recurso de nulidad ya comentado, señaló por una parte, que en el fallo no se observa cuales preguntas o consultas que habría realizado la defensa en el juicio, podrían haberse visto limitadas en el ejercicio del contrainterrogatorio, como se recurre. Y, por otra, declara que el modificado artículo 310 del Código Procesal Penal, le ha impuesto al Juez Presidente el deber de impedir que se formulen preguntas hacia los NNA que puedan causarle sufrimiento o afecten su dignidad, y por ello, el fallo discurre sobre la idea de si acaso las infracciones del recurso de nulidad que se alega, podrían haber sido aquellas relativas a la formulación de preguntas que generasen tales detrimentos en la persona del NNA declarante, y en el caso que efectivamente lo sean, habría de estarse entonces a esta imposición y obligación del Juez Presidente de impedir su realización. Así también, se reconoce que es igual competencia del fiscal del Ministerio Público poder oponerse a la realización de una pregunta que fuere a provocar daño al testigo o víctima NNA, basándose en lo que señala la propia Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto consagra el interés superior del NNA. En razón de aquellas consideraciones es que el fallo del máximo Tribunal, indica que en la especie no se visualiza el perjuicio que la intermediación para recibir la declaración de los NNA en juicio, pudiese afectar el derecho al contraexamen¹³⁷.

¹³⁷ El fallo señala en sus considerando noveno y décimo lo siguiente: 9º) *Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe apuntar que el citado artículo 32 N° 5, que modifica el artículo 310 del Código Procesal Penal, impuso al presidente de la sala del tribunal el deber de impedir que se formulen al testigo menor de edad, preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, “a efectos de resguardar su interés superior”, sin embargo, dado que las causales para objetar en juicio las preguntas de la contraparte así como para fundar la decisión sobre las mismas no se limitan a aquellas expresamente tipificadas como tales en la ley, de ser efectivo que las objeciones y resoluciones que las deciden se fundaron en los motivos que incorpora esa norma, y no siendo negado por el recurrente que en la especie las*

En otro fallo de primera instancia, esta vez respecto de uno dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en la causa RIT: 231-2019 RUC: 1801248770-K, el día 09 de octubre de 2019, pocos días después de iniciada su primera etapa de implementación, en su considerando quinto expresó lo siguiente respecto al derecho a confrontación: *“En lo que refiere a la figura del intermediador acreditado, se trata de un funcionario o profesional, debidamente capacitado, que utiliza parámetros técnicos orientados a facilitar la entrevista de la víctima menor de edad, sin que se afecte el derecho a contrastación que tiene la defensa, lo que se posibilita respetando las reglas que introduce la actual normativa. En la especie, el defensor pudo desarrollar su conainterrogatorio, sin mayores contratiempos, tan así que no hubo debate alguno a la forma de las preguntas que bajaba el intermediador a la niña”*.

Si bien se trata de un fallo de primera instancia, pero deja de manifiesto que la forma de la declaración judicial en el marco del sistema de entrevistas videograbadas, en caso alguno, atenta el derecho de confrontación. En tal sentido, esta nueva normativa no afecta el derecho al conainterrogatorio o derecho de confrontación, ya que como revisamos, *“no se impide la presentación de testigos de descargo ni la posibilidad que aquellos sean citados y examinados por quien los presenta, así como tampoco impide efectuar el contra examen de los testigos de cargo, incluyendo al NNA que presta su declaración judicial”*¹³⁸, siendo válidas las preguntas que incluso se destinen a afectar la credibilidad del declarante, *“mientras su condiciones se ajusten a las particularidades del menor de edad respectivo, su edad, su nivel de desarrollo cognitivo, condición física, psíquica y estado emocional”*¹³⁹.

Pero, esto ocurre con la declaración en juicio, no obstante, ¿en la diligencia investigativa videograbada, se atenta contra el derecho de la defensa? Sobre el particular la Ley no expresa nada. Por ello, es que no existe prohibición alguna y por ende la diligencia podría ser observada por otros intervinientes como defensor y querellante inclusive, todo ello bajo resguardo de lo que indica el artículo 184 del Código Procesal Penal en cuanto el fiscal podrá permitir la participación del imputado o su defensa, así como de otros intervinientes en las diligencias de investigación.

preguntas realizadas podían causar el sufrimiento o afectación grave que precave la ley en comento, igualmente entonces pudieron haberse objetado por el fiscal y rechazado su formulación por el tribunal, en aplicación directa del artículo 3 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, “los tribunales”, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

10°) *Que, de esa manera, el recurrente no ha demostrado que la aplicación de las normas previstas en la Ley N° 21.057 al procedimiento de autos, en lo tocante al contraexamen de la víctima de autos, haya causado perjuicio alguno...”*

¹³⁸ ROSATI, Nora, e ITURRA, Carlos (2020). *“Ley de entrevistas videograbadas. Un cambio procesal y sistémico”*, p.60.

¹³⁹ *Ibidem*, p.61.

Finalmente, cabe recordar que la entrevista investigativa videograbada, como diligencia de la investigación penal puede incorporarse en la audiencia de juicio. Esto no significa que reemplazará a la declaración que preste el NNA víctima o testigo. De hecho, la incorporación de la EIV en la audiencia de juicio puede materializar la práctica del ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal, en cuanto a ayuda a la memoria, demostrar o superar contradicciones o solicitar aclaraciones, puesto que sería contradictorio permitir confrontar al menor de edad con su declaración anterior. El artículo 18 de la Ley 21.057 al referirse a la reproducción del video de la diligencia de investigación en la audiencia de juicio, precave determinadas situaciones, y en ellas considera la de la letra c), donde precisa que puede realizarse para efectos de complementar la declaración que en la audiencia haya prestado el mismo NNA que ya declaró a través de intermediación, o además sea exhibida a efectos de demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado¹⁴⁰. La situación que se describe es siempre que el NNA ya haya comparecido y declarado sea en esta sede como en la hipótesis de una prueba anticipada. La ley previno, además, que esta exhibición del registro de la entrevista investigativa no podrá reproducirse, ni menos debatirse en presencia del NNA, y con ello evitar efectos revictimizantes. Igualmente, se señala que para efectos del ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal, la confrontación a que diere lugar se hará solamente entre este registro investigativo y la reciente declaración prestada, no obstante, no se permite una reanudación de la participación del NNA en la intermediación a modo de “*salvar*” eventuales contradicciones.

¹⁴⁰ : El citado artículo 18 de la Ley, señala: “*Artículo 18.- Reproducción del video de la entrevista investigativa videograbada en la audiencia de juicio. Durante el desarrollo de la audiencia de juicio, el tribunal podrá permitir la exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada sólo en los siguientes casos:*

a) Cuando se trate de entrevistas investigativas videograbadas realizadas a niños, niñas o adolescentes que hubieren fallecido, o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio.

b) Cuando se trate de entrevistas realizadas a niños, niñas o adolescentes que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufran una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.

c) Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado. En este caso, para autorizar la exhibición del registro será requisito que el niño, niña o adolescente haya declarado previamente en la audiencia de juicio o en la audiencia de prueba anticipada.

d) Cuando se haya citado al entrevistador que haya realizado la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada. En este caso regirá la prohibición dispuesta en el artículo 12, y la declaración del entrevistador y la exhibición del video se limitarán únicamente a informar al tribunal sobre la metodología y técnica empleadas. Además, la exhibición del video se realizará durante la declaración del entrevistador, y en ningún caso podrá sustituir la declaración judicial del niño, niña o adolescente.

La exhibición del registro de la entrevista investigativa videograbada no podrá debatirse, ordenarse o materializarse en presencia del niño, niña o adolescente.

En el caso de la letra c), toda la confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro videograbado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial. La exhibición de la entrevista investigativa, cuando fuere autorizada, se realizará una vez concluida la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación.”

CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ha introducido cambios importantes en muchos países del mundo, que no se traducen solamente en modificaciones de orden legal, sino que repercuten en el quehacer diario, y que ha involucrado para el caso chileno, una serie de transformaciones y cambios sustantivos que promueven nuevos enfoques en el reconocimiento y ejercicio de los derechos que tienen las personas menores de edad¹⁴¹.

De tal manera, que por una parte, la introducción de la Ley de Entrevistas Videograbadas en nuestro sistema procesal es una de estas transformaciones que materializa el derecho efectivo a ser oído y el aseguramiento de la participación de los NNA, a través de mecanismos de protección en el marco del proceso penal¹⁴². Y por otra, esta Ley modela importantes avances en la evolución procesal del derecho de las víctimas, y en particular, de la prevención de la victimización secundaria. Por consiguiente, los cambios procesales que se promueven con esta ley, consideran no solo la especial protección de las víctimas de determinados delitos, sino que la protección de los NNA atendida su especial naturaleza¹⁴³.

Si bien estas modificaciones van en pos de disminuir la victimización secundaria a través de la limitación en la repetición de las diligencias en que participan los NNA, cuando interactúan en los procesos de denuncia, investigación y juzgamiento,¹⁴⁴ lo cierto es que estas pudieren afectar el ejercicio de las garantías del imputado, como es el derecho a contradecir o a confrontar la prueba de cargo, constituyéndose como parte de las características de un debido proceso. Dicha premisa fue considerada y debatida en la discusión parlamentaria de la Ley 21.057, pero no por ello quedaría totalmente satisfecho el debate como se revisó en la extensión de este trabajo.

¹⁴¹ BELOFF, Mary (2009). "Los derechos del niño en el sistema interamericano". p.6. Señala que los cambios han sido a gran escala: "...un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y - muy especialmente- cultural".

¹⁴² ROSATI Nora, e ITURRA, Carlos (2020). "Ley de entrevistas videograbadas. Un cambio procesal y sistémico", p16. Sostienen que no se trata únicamente de concebir reglas que no maltraten a los menores de edad que se ven compelidos a participar del proceso penal, sino que se las debe concebir como aquellas que permitirán asegurar su derecho a participar, informarse y expresarse en un ambiente protegido, facilitando así su posibilidad de comunicación. Los autores ven allí dos de estas facetas que han de entenderse armonizadas en la LEV. Identifican una tercera, considerando el aporte epistémico al proceso de la entrevista investigativa, nutriendo al procedimiento penal de mejor y mayor información, además de dotarla de calidad

¹⁴³ Historia de la Ley 21.057, página 28, la Jefa de Estudios de la Defensoría Penal Pública, al recibirse el primer informe de la Comisión de Constitución del Honorable Senado en primer trámite constitucional, expresó: "El "tratamiento especial" que debe brindarse al menor no viene dado por su calidad de víctima (la cual es esencialmente controvertible en el proceso penal, precisamente como uno de los objetos a determinar en el proceso: si fue o no fue víctima) ..."

¹⁴⁴ Muy ligado se entiende el respeto del proceso hacia los menores de edad en cuanto puedan ejercer sus derechos de forma efectiva y voluntaria, fomentando con ello que el proceso tenga en especial consideración cualquier forma de disminuir la victimización secundaria.

Es por ello que se revisaron los propósitos y aspectos centrales de la LEV, los cambios procesales en materia de protección de NNA que introdujo¹⁴⁵, y la forma en que estos cambios conviven y se armonizan con el proceso penal chileno acusatorio y adversarial. Se indicaron además las características de un debido proceso en cuanto al derecho a la defensa, y si acaso los cambios introducidos por la LEV afectan el derecho de los imputados a una adecuada defensa, o no. Por el contrario, se mantiene de manera armoniosa el ejercicio de las medidas que señala la LEV para asegurar protección y participación de los menores de edad en el proceso penal, y, la cautela de los derechos de los imputados. En suma, el derecho a confrontación y a controvertir se encuentra amparado, así como también la debida intermediación al enfrentar la prueba de cargo¹⁴⁶.

Cabe agregar que en el propio Mensaje del proyecto de Ley sobre Entrevistas Videograbadas, anticipaba esta colisión. En tal sentido, se indicaba que en el contenido de dicho proyecto podía limitarse ciertas garantías procesales anteponiendo la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos ratificados por Chile, y considerarla como preeminente a otras garantías y derechos, pero a su vez concluía que no puede restringirse de manera arbitraria tales derechos, por lo que estas nuevas condiciones no pueden afectar el derecho de las partes en un juicio ¹⁴⁷.

Fue con esos propósitos que se hacía la pregunta de si ¿se ve coartado el derecho a la defensa, y con ello el debido proceso, con la implementación de la Ley 21.057? como además si ¿se contradicen las garantías de los imputados con las medidas de protección de la ley de entrevistas videograbadas?

Lo que se debate no es menor, es delicado, ya que apunta a la médula del proceso penal, el debido proceso. En esa línea se expresan varios autores, entre ellos Duce, quien indica que cualquier limitación al derecho de confrontación lleva consigo que el acusado no tenga un juicio justo a través de un debido proceso¹⁴⁸. En el caso de la LEV, no se limita ni sustituye el rol de la defensa, y se deja a buen recaudo las garantías del imputado, toda vez que no se le limita el acceso a la prueba de cargo, ni tampoco se le limita el ejercicio del derecho a confrontar la misma prueba, permitiéndose interrogar a los testigos y víctima menor de edad. De tal manera que la entrevista videograbada en sede de

¹⁴⁵ Se precisa que la LEV aplica para menores de edad de los delitos que allí se señalan para el caso que sean víctimas respecto de su declaración en fase investigativa; y en el caso de víctimas y/o testigos menores de edad, se hace extensiva su aplicación en la fase de juicio propiamente tal.

¹⁴⁶ Duce, Mauricio. (2014) "El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado". Revista Política Criminal. Vol. 9, Nº 17 p.120.

¹⁴⁷ El mensaje señala como ejemplo, que las entrevistas sean realizadas por personas especialmente entrenadas o habilitadas para poder interactuar con menores de edad en un ambiente seguro, consideraciones que no solo protegen al menor de edad, sino que además aseguran la imparcialidad de la diligencia.

¹⁴⁸ DUCE, Mauricio. (2014). op. cit. p. 119.

declaración judicial, da garantías de igualdad de armas, “nadie tiene más privilegios que otro para interrogar”¹⁴⁹.

En estricto rigor, y conociendo las reformas que se introdujeron en cuanto a la forma de declaración de los NNA en etapa investigativa, además de aquellos que se introdujeron para la rendición de prueba anticipada o la propia declaración de los menores de edad en juicio, no afecta a ninguna de estas dimensiones del derecho al contrainterrogatorio o derecho de confrontación. Desde luego, no se ha impedido la presentación de testigos de descargo ni la posibilidad que aquellos sean citados y examinados por quien los presenta, así como tampoco se ha impedido efectuar el contraexamen de los testigos de cargo, incluyendo al NNA que presta su declaración judicial”. Así también, se revisó que son los intervinientes quienes siguen formulando las preguntas a los declarantes, y lo siguen realizando por intermedio del juez, solo que se ha introducido que otra persona reciba las preguntas desde quien dirige la audiencia, y luego las transmita en un lenguaje adecuado al testigo o víctima menor de edad.

Respecto del debido proceso, hemos visto que este no se ve vulnerado en parte alguna por la introducción de la Ley de Entrevistas Videograbadas, en ese sentido la defensa tiene la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al NNA, puede igualmente acceder al contenido de la declaración del NNA en fase investigativa, teniendo además la posibilidad de cuestionar el testimonio, indicando además elementos sobre los cuales considera que deba ser interrogado. A tal punto que se revisó la experiencia comparada en otros países que han adoptado la técnica y han incluido medidas de protección para la declaración de NNA en juicio, y en ninguno de ellos se ha estimado que existe una vulneración expresa al propósito del proceso y sobre todo a las garantías y derechos que le corresponden al imputado. Al contrario, en la mayoría de los casos, se ha estimado que estas medidas son necesarias para poder asegurar la debida participación de los NNA en los procesos judiciales, y su protección es doble, tal sea por el carácter de menor de edad, como por el ser víctima.

La LEV no vino a instaurar una “entrevista única”, ni tampoco reemplaza la eventual declaración del menor de edad en la audiencia de juicio por un registro videograbado. La LEV si adecua el sistema de justicia procesal penal para imponer medidas de resguardo y protección a los NNA, para asegurar de mejor manera y digna su derecho a participar del proceso penal, bajo estándares que se ajusten a su desarrollo y autonomía progresiva, como a su madurez y bienestar físico y psíquico. En este orden de ideas, no se ha puesto en jaque la objetividad de la investigación, ni tampoco el derecho de la defensa a través del ejercicio contradictor que otorga la confrontación. Si interrogar a los menores de edad en condiciones hostiles, encararlos y agredirlos en la declaración es parte del derecho de confrontación y defensa, entonces sí sería correcto concluir que se ha flagelado el derecho del imputado, pero tal situación no es lo que ocurre en la especie.

¹⁴⁹ HENRIQUEZ, SERGIO (2021). op. cit., p.107.

Así también, se consideró que la prueba, en este caso de carácter videograbada, es de mejor calidad para todos los intervinientes, incluida la defensa, por cuanto es generalmente próxima en el tiempo luego de ocurrido y denunciado los hechos, disminuyendo con ello la contaminación del relato, además que es obtenida a través de protocolos de entrevistas que procurarán extraer la mayor y mejor cantidad de información por parte de menores de edad, población especialmente vulnerada, y víctimas de delitos sexuales, donde podría además verse afectada la confianza que poseen aquellos en el propio sistema¹⁵⁰.

La jurisprudencia, escasa por ser aún prematura la implementación del sistema de entrevistas videograbadas en Chile, ha dado muestra incipiente de considerar que el ejercicio de intermediación en la declaración de los NNA en la audiencia de juicio no transgrede los derechos que le corresponde a la defensa en el juicio. Si bien es temprana la afirmación, atendido los estándares internacionales revisados, y comprendiendo que la parte del imputado no pierde en caso alguno su derecho a interrogar a los testigos y víctima, no debiera establecerse por vía jurisprudencial un cambio de opinión en este particular. Asimismo, la doctrina en buena parte se uniforma en la idea que en caso de colisión ha de preferirse el principio del interés superior del niño enlazado con su derecho a ser oído, por sobre el derecho de confrontación. Sobre esto último, si bien el ponderar principios, no es en absoluto un ejercicio arbitrario y si lo es de carácter racional, en nuestra opinión no se trataría de ponderar principios para que uno se sobreponga al otro, sino que en el caso del sistema de entrevistas videograbadas, las medidas que introduce al proceso se mantienen en equilibrio con los derechos y garantías de los intervinientes del mismo.

Pero el problema no deja de ser delicado como se mencionó. Se revisó el objetivo del proceso penal, y en ello las características del debido proceso y los principios que lo orientan. Si entendemos que el proceso va encaminado a la obtención de la verdad de la ocurrencia de los hechos que se conocen, la principal garantía que existe en el mismo proceso para conseguirla es justamente el derecho a poder confrontar la prueba¹⁵¹. Pero para ello nuestro sistema procesal de justicia penal estableció en el Código del ramo una serie de medidas y herramientas procesales para asegurar el derecho a defensa y de confrontación, como son las facultades que se contienen en el artículo 182 respecto al acceso a los registros de la investigación, el artículo 260 en cuanto al derecho del acusado

¹⁵⁰ O incluso del propio sistema hacia la víctima. La Fundación Amparo y Justicia en su obra *“Entrevista investigativa videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales”*, página 47, señalan ideas preconcebidas por operadores del sistema de justicia, citando a diversos autores y estudios, entre estas ideas se indican por ejemplo, que los NNA no tienen las competencias suficientes para recordar y narrar hechos, además que no pueden diferenciar entre hechos reales y situaciones fantasiosas o inventadas; indican además existe una alta posibilidad de sugestionabilidad o manipulación de sus relatos por parte de terceros, como finalmente, que los adolescentes son menos confiables que los niños y niñas, en cuanto a que no gozan de la presunción de ignorancia o inocencia sexual.

¹⁵¹ HORVITZ LENNON, María Inés, y LOPEZ MASLE, Julian. (2002), op. cit, p.250.

a que se le entregue los antecedentes de la investigación, en el artículo 290 respecto de la posibilidad de promover incidencias, el artículo 325 al establecer las acciones y facultades al inicio de la audiencia de juicio, el artículo 329 en cuanto a las facultades para interrogar a peritos y testigos, el ya mencionado artículo 330 relativo a la forma en que se realizaran los interrogatorios, relacionado como ya se señaló también, con el artículo 332; y finalmente, el artículo 338 relativo a las alegaciones de clausura en el juicio oral. A criterio del profesor Duce, si no existieren esas herramientas, podríamos estar en presencia de un proceso que no reconoce el derecho a confrontación¹⁵². Con estas medidas, que se describieron, se tiene por satisfecho el derecho de confrontación.

Con la introducción de la Ley de Entrevistas Videogradas no se limitarían los derechos propios de los intervinientes en juicio. El dotar de medidas apropiadas al desarrollo evolutivo de los NNA para asegurar su participación en los procesos penales no lleva consigo una limitación o restricción del derecho de defensa. El derecho a ser oído de los NNA, y que esto signifique adecuar los procesos de justicia para que estos participen en espacios y con herramientas que hayan sido elaboradas atendido su interés superior, puede convivir en equilibrio, sin colisionar, con el debido proceso por cuanto no se afecta la confrontación como parte fundamental del derecho de defensa.

Sin perjuicio de ello, es efectivo que la implementación es temprana, y en la medida en que el sistema procesal penal conviva con este nuevo ejercicio y forma de participar de los NNA, se irán configurando nuevas situaciones a debatir al interior del proceso, pero también se ira generando y asentando en el foro, las formas y particularidades que tendrá en definitiva el sistema de entrevistas en su versión chilena.

¹⁵² DUCE, Mauricio. (2014), op. cit, p.129.

BIBLIOGRAFÍA

- BELOFF, MARY (2009). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto. Argentina.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015). *Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada*”, Elaborado para la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales, Boletín N° 9.245-07, en Primer Trámite Constitucional.
- CAROCA, ALEX (2002). *La defensa en el nuevo proceso penal*. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N°2 páginas 283 -301.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL (1999) *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los derechos del Niño*. Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes.
- DUCE, MAURICIO. (2014) *El derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*. *Revista Política Criminal*. Volumen 9, N° 17
- DUCE, MAURICIO (2014). *Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno*. *Revista Política Criminal*. Volumen 9, N°18.
- ECHEBERÚA, ENRIQUE, Y OTROS (2015). *De ser víctimas a dejar de serlo*. *Revista de Victimología*. *Journal of Victimology*. N°1, pp. 83-96.
- ECHEBERÚA, ENRIQUE, Y OTROS (2018). *Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados*. *Anuario de Psicología Jurídica del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid* (2018) N°28, pp. 22-27.
- FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2020). *Entrevista investigativa Videograbada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*. Ediciones UC.
- FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2018). *Fenomenología de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes*. Informe técnico disponible en su biblioteca virtual.
- FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2016). *Experiencias internacionales sobre entrevista investigativa Videograbada*. Informe técnico disponible en su biblioteca virtual.
- GANDULFO, EDUARDO (1999). *Principios del Derecho Procesal Penal en el nuevo sistema de procedimiento Chileno*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°20.
- GÜNTER, KÖHNKEN Y OTROS (2015). *Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones*. *Anuario de Psicología Jurídica* 2015, Volumen 15.
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, CAROLINA, Y OTROS. (2009). *Revisión Teórica Del Concepto De Victimización Secundaria*. Universidad de San Martín de Porres. Perú. *Revista de Psicología*, Vol. 15, N° 1, 2009, pp. 49-58.
- HENRIQUEZ, SERGIO (2021). *La entrevista videograbada de la Ley 21.057: Un instrumento que reivindica el interés superior de niños, niñas y adolescentes y su*

- naturaleza jurídica como sujetos de derechos en Chile*. Revista de Estudios de la Justicia. N° 34. Páginas 99-125.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y OTROS (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
 - LOVATÓN PALACIOS, DAVID (2009). *Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) N°50. Costa Rica.
 - MÁRQUEZ, ALVARO (2011). *La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal*. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Volumen 14, N°27.
 - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2010). *“A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema”*.
 - NAVARRO, CAROLINA (2012). *Diseño Proceso de Implementación. Proyecto de ley que establece un Sistema de Entrevista Videograbada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*. Facultad de Ciencias Sociales y Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
 - PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE. (2009). *Percepción de los procesos de Investigación y Judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en la Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío*. Escuela de Psicología. Centro de medición UC. Informe de estudio para la Fundación Amparo y Justicia.
 - RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC Y PINOCHET OLAVE, RUPERTO (2015). *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno*. Revista Chilena de Derecho, Volumen 42 N°3, pp. 903-934.
 - RIEGO, CRISTIAN (2014). *“La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella”*. Revista Política Criminal. Volumen 9 N°18.
 - ROSATI, NORA; ITURRA, CARLOS (2020). *Ley de entrevistas videograbadas. Un cambio procesal y sistémico*. Ediciones DER. Chile.
 - SEGURA, ANNA, Y OTROS (2018). *El fenómeno de la polivictimización y la importancia de su abordaje: Aspectos teóricos y prácticos*. Grupo de Investigación en Victimización Infantil y Adolescente (GReVIA) Universitat de Barcelona.
 - SUAREZ PERDOMO, EDUAR (2016). *Proceso penal colombiano. Interés superior del menor de edad víctima de abuso sexual versus la garantía de confrontación del acusado*. Revista Diálogos de saberes, investigaciones y ciencias sociales. N°44. Colombia.
 - TORRES, JAVIERA (2019). *Delitos sexuales en el sistema procesal*. Editorial Hammurabi.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Instrumentos Internacionales

- Convención sobre Derechos del Niño. (1989)
- Comité de Derechos del Niño (2009).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1953).
- Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas (2005).
- Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985. (1985).
- Código Procesal Penal de Alemania, disponible en: <http://de.jure.org/gesetze/StPO/58a.html>

Instrumentos Nacionales

- Código Procesal Penal.
- Ley 21.057, regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.
- Historia de la Ley 21.057.
- Reglamento de la Ley –aprobado por Decreto Supremo N°471, de 18 de mayo de 2018, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Protocolos de actuación y atención institucional a que se refiere el artículo 31 de la ley 21.057, elaborados por la Subcomisión de implementación de la Ley 21.057, de la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema de Justicia Penal:
 - o Protocolo a) Estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la Ley N° 21.057. Abril de 2019.
 - o Protocolo b) Estándares de coordinación interinstitucional que permitan que los niños, niñas o adolescentes, víctimas o testigos, reciban apoyo y puedan acceder a los recursos de resguardo de la salud física y psíquica, de manera oportuna y eficiente. Septiembre de 2019.
 - o Protocolo c) Estándares de coordinación interinstitucional que permitan la adopción oportuna de medidas adecuadas de protección, con el objeto de atender las necesidades del niño, niña o adolescente. Septiembre de 2019.
 - o Protocolo d) Los estándares de coordinación interinstitucional que permitan que el sistema de entrevistas investigativas videograbadas y

declaraciones judiciales de los niños, niñas o adolescentes mantenga, en todo momento, una adecuada cobertura territorial a nivel provincial y regional. Agosto de 2019.

- Protocolo e) Las medidas para asegurar que las interacciones con niños, niñas o adolescentes se realicen en condiciones que resguarden su privacidad, confidencialidad y seguridad. Septiembre de 2019.
- Protocolo f) Las medidas que permitan generar las condiciones necesarias para que cada interacción con niños, niñas y adolescentes, éstos puedan ejercer plenamente sus derechos conforme al desarrollo de sus capacidades. Agosto 2019.
- Protocolo g) Medidas para evitar la realización de diligencias innecesarias, reducir al mínimo las entrevistas y procurar la celeridad y tramitación preferente de las diligencias que supongan la interacción con niños, niñas y adolescentes. Agosto 2019.
- Protocolo h) Estándares técnicos que deberán satisfacer los cursos de formación especializada de entrevistadores. Septiembre de 2020.
- Protocolo i) Características de las entrevistas, las que se elaborarán bajo procedimientos estandarizados, basados en la experiencia empírica y en los resultados de la evaluación constante de la práctica de entrevistadores, como también, en los conocimientos técnicos existentes en la materia. Abril 2019.