



ANÁLISIS DE LA LEY 21.057

ANÁLISIS DE LA LEY 21.057

Carlos Iturra Lizana y

Nora Rosati Jerez

Equipo Implementación Ley 21.057

Edición año 2019.

ACADEMIA JUDICIAL

Hermanos Amunategui 465

Santiago, Chile.

(+562) 224399000

Página web www.academiajudicial.cl

CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL

Mario Alvo 1460

Santiago, Chile.

(+562) 224883787

Página web www.pjud.cl

Ejecutado por:

Andrés Arcuch Villegas

Jefe de Comunicaciones de la Corporación

Administrativa del Poder Judicial

aarcuch@pjud.cl

Diseño y diagramación:

Macarena Salazar Espinoza

Comunicaciones de la Corporación

Administrativa del Poder Judicial

msalazare@pjud.cl

ANÁLISIS DE LA LEY 21.057

Carlos Iturra Lizana y

Nora Rosati Jerez.

Equipo Implementación Ley 21.057

CONTENIDO

I.- INTRODUCCIÓN	4
1. OBJETIVO DE LA LEY N° 21.057 (ARTÍCULO 1°)	9
1.1. Entrevista investigativa videograbada	10
1.2. Declaración judicial (Intermediación)	11
1.3. Prevenir la victimización secundaria	12
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY (Artículo 1°)	13
2.1. Niños, niñas y adolescentes	13
2.2. Que hayan sido víctimas de determinados delitos	14
I. Delitos sexuales	14
II. Trata de personas y tráfico de migrantes	15
III. Secuestro y sustracción de NNA	15
IV. Delitos violentos	15
2.3. La situación de los niños, niñas y adolescentes no víctimas	16
3. LA LEY N°21.057 Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	18
3.1. Aplicación preferente y principio de especialidad (artículo 2°)	18
3.2. Los principios procesales frente a la Ley N°21.057	23
4. LA LEY N°21.057 Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	46
4.1. Niños, niñas y adolescentes	46
4.2. Autonomía progresiva	48
4.3. Participación voluntaria	49
4.4. Prevención de la victimización secundaria	51
4.5. Asistencia oportuna y tramitación preferente	52
4.6. Resguardo de su dignidad	53
5. LA LEY N°21.057 Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	54
5.1. Denuncia de un niño, niña o adolescente	55
5.2. Denuncia de un niño, niña o adolescente acompañado por un adulto	57
5.3. Noticia criminis surgida con ocasión de una pericia ordenada en sede penal	58
5.4. Noticia criminis surgida con ocasión de una pericia ordenada por un tribunal de familia	59
5.5. Diligencias de investigación y adopción de medidas de protección	60
5.6. Derivación de antecedentes por partes no facultadas para recibir denuncias	63
6. LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA (EIV)	65
6.1. Objeto de la EIV (artículo 5°)	67
6.2. Designación del entrevistador (artículo 6°)	68
6.3. Oportunidad para efectuar la EIV (artículo 7°)	70

6.4. Desarrollo de la EIV (artículo 8°)	72
6.5. Suspensión de la EIV (artículo 9°)	72
6.6. Realización de otras EIV (artículo 10°)	74
6.7. Desarrollo de otras diligencias investigativas (artículo 11°)	76
6.8. Prohibición de referirse al contenido de la EIV (artículo 12°)	78
7. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL NNA (ARTÍCULO 13°)	80
7.1. Objeto de la declaración judicial	80
7.2. Lugar en que se lleva a efecto	82
7.3. Forma en que se desarrolla la declaración judicial	84
7.4. Casos especiales de dificultades en la comunicación con el NNA	89
7.5. Obligación de registro	90
8. DECLARACIÓN VOLUNTARIA EN JUICIO DE ADOLESCENTES VÍCTIMAS (ARTÍCULO 14°)	92
8.1. Excepción a la intermediación de un profesional acreditado en la declaración judicial ordinaria	92
8.2. Excepción a la intermediación de un profesional acreditado en la declaración judicial ordinaria	94
9. DESIGNACIÓN DEL INTERMEDIARIO EN LA DECLARACIÓN JUDICIAL (ARTÍCULO 15°)	96
9.1. Designación por el juez de garantía y prohibiciones.	96
9.2. Designación por el tribunal oral en lo penal	97
10. DECLARACIÓN JUDICIAL ANTICIPADA (ARTÍCULO 16)	99
10.1. Titulares de la solicitud.	100
10.2. Oportunidad para pedir la declaración judicial anticipada.	100
10.3. Forma de realizarla.	101
10.4. Efectos, sustitución de la declaración en juicio oral.	102
10.5. Casos excepcionales de nueva declaración judicial.	103
11. REPRODUCCIÓN DEL VIDEO DE EIV EN LA AUDIENCIA DE JUICIO (ARTÍCULO 18°)	105
11.1. Cuando el NNA ha fallecido o caído en incapacidad mental o física que le inhabilita para comparecer a la audiencia de juicio.	106
11.2. Cuando, ya durante la comparecencia del NNA a la audiencia de juicio oral, sufre una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.	106
11.3. Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado.	107
11.4. Cuando se haya citado al entrevistador que realizó la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada.	108
11.5. Reglas especiales para el debate, resolución y realización de la reproducción.	109

12. DISPOSICIONES COMUNES A LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA Y A LA DECLARACIÓN JUDICIAL.	110
12.1. Cualidades del entrevistador y del intermediario (artículo 19).	110
12.2. Lugar donde debe efectuarse la EIV y la declaración judicial (artículo 20).	111
12.3. Condiciones de realización de la EIV y la declaración judicial (artículo 21).	112
12.4. Registro de la entrevista investigativa y la declaración judicial (artículo 22).	114
12.5. Reserva del contenido de la EIV y de la declaración judicial (artículo 23).	115
12.6. Reserva de la entrevista investigativa video grabada.	115
12.7. Reserva de la declaración judicial.	117
12.8. Tipo penal especial.	119
13. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN FAVOR DE LOS NNA.	120
13.1. Medidas generales de protección (artículo 24)	120
13.2. Medidas especiales de protección (artículo 25).	122
13.3. Medidas de protección para la declaración judicial de NNA testigos de los delitos indicados en el artículo 1° (Artículo 26).	124
14. DE LA FORMACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS ENTREVISTADORES Y DE LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL.	127
14.1. Disposición de entrevistadores (artículo 27).	127
14.2. Proceso de formación de entrevistadores (artículo 28).	129
15. REGLAMENTO (ARTÍCULO 29).	133
16. FUNCIONES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 30).	136
17. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL (ARTÍCULO 31).	139

INTRODUCCIÓN



El camino de cambios ansiado pero a la vez complejo al que da inicio la Ley N°21.057 nos obliga, a todos los que somos parte del sistema, a asumir la responsabilidad de modificar nuestra forma de abordaje de los niños, niñas y adolescentes que toman contacto con nosotros, leyendo nuevamente nuestro proceso penal desde una nueva perspectiva, ajustándolo en la medida necesaria para que aquéllos realmente puedan ejercer sus derechos en él y, a su vez, adaptarnos a ello. La modificación de las maneras de actuar y por cierto, de la forma en que miramos lo que entendemos como propio y conocido, más aún a partir de

la experiencia que hayamos recogido, siempre es difícil, y en lo que toca a esta normativa tan especial, lo es en aún mayor medida, en tanto nos coloca a jueces, fiscales, carabineros, policías investigadores y defensores, frente a criterios, reglas, institutos procesales y métodos que no sólo pueden sernos desconocidos sino que, además, propenden a un alto estándar de actuación y un mayor nivel de especialización.

No obstante la espera, la posible preparación que algunos hicieron de este camino diferente o la confluencia de todos los esfuerzos institucionales y particula-

res que condujeron a la discusión sobre esta Ley y su texto definitivo, cada una de sus normas importa un desafío en sí, y el inicio de uno mayor como país, hacia una mejor y más accesible justicia para un gran grupo de personas vulnerables, quizá los que lo son en mayor medida.

Es en ese contexto, el del cambio necesario y a lo que su logro nos empuja, es que nos atrevimos a escribir sobre este avance legislativo, como un aporte, un punto de inicio en su inteligencia y con miras a su óptima aplicación. Ello desde el convencimiento y la perspectiva que proporciona, primeramente, el haber sido parte del proyecto de abordaje de NNA a través de las salas especiales para la toma de declaración en juicio oral, adoptado por la Ley, el haber participado en la génesis y tramitación de ésta, así como ahora de su implementación, la que ha implicado un arduo y

comprometido trabajo técnico interno e interinstitucional a partir de un punto cero, donde no había más que ganas de cambiar esta parte de nuestra historia.

Estamos concientes que la nueva normativa que aquí analizamos es apenas un paso en pos de civilizar el tratamiento que el Estado brinda a los niños, niñas y adolescentes que, como víctimas o testigos de delitos de gran impacto en su continuo vital, se ven forzados a tomar contacto con el sistema procesal penal. El saldo final de esa deuda exige, por cierto, el cambio de los sentidos comunes asociados a su percepción como sujetos de derecho, a sus capacidades, necesidades y falencias, que involucran una transformación cultural más de fondo. Sin embargo, la modificación de las reglas con las que serán tratados en su paso por el sistema son un buen comienzo que, no obstante, podría verse frustrado si quie-

nes somos imperados por dicha normativa no la aplicamos en todo el sentido y alcance que su inspiración reclama.

De cara a ese desafío, entonces, y no sin premura, las páginas que siguen no tienen más pretensión que constituir un primer peldaño en ese entendimiento, un análisis inicial que motive la reflexión y, si no es mucha la ambición, que ilumine un trozo del camino que todos juntos debemos transitar.



OBJETIVO DE LA LEY N°21.057 (Artículo 1°)

El artículo 1° de esta Ley Especial N°21.057 (en adelante Ley o Ley de EIV) comienza señalando que “La presente ley regula la realización de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial con el objeto de prevenir la victimización secundaria”.

De las primeras líneas de la Ley, se despren-

de que ésta fundamentalmente establece y regula dos procedimientos o formas de actuación dentro del proceso de investigación criminal y juzgamiento de determinados delitos, como son la Entrevista Investigativa Videograbada y la Declaración Judicial, y lo hace en ambos casos con un propósito central que inspira toda su normativa: prevenir la victimización secundaria.

Más adelante nos ocuparemos en detalle de cada una de estas diligencias o procedimientos, de la mano del análisis de la

normativa que la ley establece para cada una de ellas.

No obstante, por ahora será necesario, someramente y de modo preliminar, adelantar una breve noción de qué es o en qué consiste cada una de ellas.

1.1. Entrevista investigativa videograbada.

La Entrevista Investigativa Videograbada, al margen de constituir una diligencia que se verifica dentro del proceso, desde un punto de vista sustancial, corresponde a una metodología del ámbito de la psicología del testimonio y forense, cuyos objetivos son, el primero, generar información, detallada, precisa y de calidad, a la vez que, previene la victimización secundaria de la niña, niño o adolescente (en adelante NNA) participante en ella.

Si desglosamos el concepto, hablamos de una Entrevista porque consiste en la interacción verbal que un especialista sostiene de un modo presencial con un NNA vinculado a una denuncia penal por determinados delitos de los que habría sido víctima, la que se efectúa ciñéndose a ciertos protocolos preestablecidos para dicho efecto, con el propósito de obtener antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal.

Es una entrevista Investigativa, en tanto se efectúa durante la fase de investigación criminal y tiene como objetivo recabar información lo más objetiva y completa posible por parte del menor de edad, que permita establecer la ocurrencia o no de los hechos denunciados y la eventual participación criminal en los mismos. En tanto actuación de investigación, forma parte de la carpeta

del Ministerio Público para todos los efectos establecidos en la legislación procesal penal.

A su vez esta entrevista es Videograbada, vale decir, se deja obligatoriamente un registro audiovisual único de la misma, que permita su reproducción y, por ende, el acceso posterior a la información contenida en ella, tanto respecto del contexto en que fue recogida y el tenor de las preguntas formuladas, cuanto de las respuestas entregadas por el entrevistado, permitiendo apreciar el lenguaje verbal como no verbal empleado en las mismas. Se desarrolla mediante un entrevistador especializado, debidamente acreditado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

1.2. Declaración judicial (Intermediación)

La declaración judicial del NNA, como su nombre lo indica, consiste en el tes-

timonio que aquel vierte directamente en el juicio oral, o de modo anticipado al mismo en los casos previstos en la Ley, ante el tribunal competente y ciñéndose también a determinados pasos o protocolos para su realización. A diferencia de la anterior, no se trata de una entrevista de investigación sino de un medio de prueba que se rinde en la fase de juzgamiento, por lo que su propósito es el mismo de todos los medios probatorios que se producen en esa etapa, esto es, servir de antecedente para que el tribunal respectivo funde en ellos una decisión jurisdiccional de absolución o condena. Esta declaración, como todas las demás actuaciones del juicio, también está sometida a la obligación de registro por parte del tribunal, aunque en este caso será en formato audiovisual —similar al de la entrevista investigativa videograbada— y no sólo de audio como las demás actuaciones ordinarias del juicio.

En tanto consiste en una declaración judicial, su contexto sistémico está dado por el procedimiento adversarial acusatorio establecido en nuestra legislación procesal penal, con algunas adecuaciones que emanan de su particularidad esencial, pero que no la sustraen de los principios generales de oralidad, publicidad, bilateralidad e inmediación que rigen en cualquier otro juicio. Por regla general se efectúa también a través de un entrevistador especializado, debidamente acreditado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pero que en este caso no actúa autónomamente sino que lo hace como “intermediario” entre el tribunal —cuyo presidente dirige la audiencia—, los intervinientes —que formulan las preguntas de examen y contra examen— y el NNA que presta testimonio.

1.3. Prevenir la victimización secundaria.

Decíamos que un propósito central que inspira toda esta normativa consiste en precaver la victimización secundaria del NNA que participe en el proceso penal. Con el concepto de victimización secundaria se alude a todo daño que se irroga a la víctima con ocasión de su participación en el proceso de investigación y juzgamiento de los hechos que motivaron la denuncia, los que, paradójicamente, pueden incluso llegar a ser mayores que los perjuicios originados por el propio delito.

En palabras de la propia Ley, mediante la prevención de la victimización secundaria se busca “evitar toda 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 determinados delitos señalados en la propia normativa.



2.

ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY (Artículo 1°)

2.1. Niños, niñas y adolescentes. En primer término, la ley se aplica a niños y niñas y, por tal, según su artículo 1° debemos entender a “toda persona menor de catorce años de edad”, en tanto por

adolescente a “todos los que hayan cumplido catorce años y no hayan alcanzado la mayoría de edad”. Como se advierte, es un baremo situado, por una parte, en la edad de catorce años y que coincide con el límite en el cual comienza, en nuestro sistema, el consentimiento en materia sexual y un principio de responsabilidad penal como adolescente por hechos que reúnen caracteres de delito y, por la otra, en la mayoría de edad, cuando dicha res-

ponsabilidad se torna plena.

Cabe anotar que la distinción descrita no obedece únicamente a consideraciones político criminales basadas en el desarrollo evolutivo de la persona, sino que en la Ley tiene efectos prácticos relativos a la opción que tienen los adolescentes de prestar su declaración judicial directamente ante el juez, prescindiendo del intermediario acreditado, o en la situación de los testigos no víctimas que, en uno u otro caso, tienen un régimen diverso de resguardos para su toma de declaración judicial, como veremos en su oportunidad.

Con todo, dicha diferencia basada, en definitiva, en un rango etario, guarda plena armonía con el principio de autonomía progresiva que también sustenta esta normativa especial y que se refleja en los niveles de protección que en cada caso se amerita disponer para cumplir los ob-

jetivos y propósitos que el legislador ha querido plasmar.

2.2. Que hayan sido víctimas de determinados delitos. Además de tratarse de NNA según los rangos etarios que acabamos de señalar, la Ley exige para hacer aplicable su normativa, que éstos hayan sido víctimas de determinados delitos, taxativamente enumerados en su artículo 1°, todos previstos en el Código Penal, y que pasaremos a revisar.

I.- Delitos sexuales

- a) Violación, artículos 361 y 362 del Código Penal.
- b) Estupro, artículo 363 del Código Penal.
- c) Sodomía, artículo 365 del Código Penal.
- d) Abuso sexual, artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 quáter del Código Penal.
- e) Producción, distribución, adquisición y

almacenamiento de material pornográfico; artículos 366 quinquies y 374 bis del Código Penal.

f) Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes, artículos 367 y 367 ter del Código Penal.

g) Violación con homicidio, artículo 372 bis) del Código Penal

II.- Trata de personas y tráfico de migrantes

a) Tráfico de migrantes, artículo 411 bis del Código Penal.

b) Promover o facilitar la entrada o salida de personas del país para la prostitución, artículo 411 ter del Código Penal.

c) Trata de personas para explotación sexual, artículo 411 quáter del Código Penal.

d) Trata de personas para trabajos forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas

análogas a ésta, o con fines de extracción de órganos, artículo 411 quáter del Código Penal.

III.- Secuestro y sustracción de NNA

a) Secuestros agravados (con homicidio, violación o lesiones), artículo 141 incisos 4° y 5° del Código Penal.

b) Sustracción de menores, artículo 142 del Código Penal.

IV.- Delitos violentos

a) Parricidio, artículo 390 inciso primero del Código Penal. (Delito de ejecución imperfecta: tentativa o frustración).

b) Femicidio, artículo 390 inciso segundo del Código Penal. (Delito de ejecución imperfecta: tentativa o frustración).

c) Homicidio simple, artículo 391N° 2 del

Código Penal. (Delito de ejecución imperfecta: tentativa o frustración)

d) Homicidio calificado, artículo 391 N° 1 del Código Penal. (Delito de ejecución imperfecta: tentativa o frustración).

e) Castración, artículo 395 del Código Penal.

f) Lesiones graves gravísimas, artículo 397 N° 1 del Código Penal.

g) Robo con violencia o intimidación con resultado de homicidio, artículo 433 N° 1 del Código Penal. (Delito de ejecución imperfecta: tentativa o frustración).

h) Robo con violencia o intimidación con resultado de violación, artículo 433 N° 1 del Código Penal.

2.3. La situación de los niños, niñas y adolescentes no víctimas. Si bien la Ley especial que estamos analizando sitúa su foco

de atención en los NNA que han sido víctimas de determinados delitos, ello no significa que quienes solo fueron testigos de aquéllos quedan enteramente ignorados en su normativa.

Primeramente, cabe considerar que en varias ocasiones pudiese ser difícil distinguir la calidad que un menor de edad tiene respecto de los hechos cuando nos encontramos en los inicios del proceso y hasta antes de la EIV, más aún si recordamos que los funcionarios policiales que acojan a estos denunciante no podrán efectuarle consultas sobre los hechos, sino sólo plasmar en los registros adecuados al efecto lo que manifestó libremente. En ese contexto, el trabajo interinstitucional para la implementación ha apuntado a que la entrevista videograbada se haga con todos los NNA, pues será ésta la instancia que otorgará claridad al respecto. Sin perjuicio del particular tratamiento que la

Ley hace de los últimos.

Respecto de la denuncia, por ejemplo, el inciso penúltimo del artículo 4 señala que, habiendo tomado conocimiento de ella, el Ministerio Público determinará las diligencias de investigación que se deban llevar a cabo y solicitará las medidas tendientes a proteger y asistir al menor de edad que haya sido víctima o testigo, dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, término que se contará desde la recepción de la denuncia.

Por otra parte, el artículo 26 establece medidas de protección especiales para la declaración judicial de NNA que fueron testigos de los delitos indicados en el artículo 1°, distinguiendo según su edad. Respecto de los niños o niñas, dispone que para recibir su declaración judicial "el tribunal decretará, como medida especial destinada a protegerlos, que

aquella se realice en la forma señalada en el inciso segundo del artículo 14", vale decir, en una sala especial que reúna las condiciones previstas en la Ley y su Reglamento, y "que permita que el juez lo interroge presencialmente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio". En cambio, si se trata de un adolescente, "el tribunal podrá, considerando sus circunstancias personales y psicológicas, adoptar medidas especiales de protección para impedir el contacto directo con los intervinientes y el público, incluyendo la señalada en el inciso anterior".



3.

LA LEY N° 21.057 Y SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

3.1. Aplicación preferente y principio de especialidad (artículo 2°). Este escueto artículo establece que “las disposiciones contenidas en la presente ley se aplicarán con preferencia a las del Código Procesal Penal”.

La disposición legal consagra lo que se conoce como principio de especialidad normativa, expresado en la fórmula *lex specialis derogat legi generali*, que es uno de los criterios tradicionales—junto al de jerarquía y temporalidad—para la solución de antinomias normativas. Estos conflictos normativos surgen cuando resultan simultáneamente aplicables a un mismo caso dos normas contradictorias entre sí, de modo que necesariamente habrá que dar aplicación a los

efectos previstos en una sola de ellas, desatendiendo a los de la otra, puesto que no admiten aplicación simultánea, precisamente por ser efectos contradictorios. Dicho de otro modo, la satisfacción de los efectos normativos previstos en una de ellas, conlleva siempre la frustración de los contemplados en la otra. Como ambas son normas de rango legal, no tiene cabida aquí el principio de jerarquía, de manera que la eventual pugna que surja ha de resolverse aplicando las directrices de temporalidad —según el cual ante dos normas de igual jerarquía la posterior deroga la anterior— y el de especialidad que estamos analizando. Como es posible advertir, en el presente caso no sólo por el principio de especialidad consagrado en su artículo 2, sino también según la regla de temporalidad ha de darse aplicación preferente a las normas previstas en la presente Ley por sobre las del Código Procesal Penal,

puesto que aquella es de promulgación posterior a la de éste.

Por otra parte, cabe no perder de vista que la especialidad normativa hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone siempre el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una menos extensa que atañe exclusivamente a una especie de dicho género, lo que importa una aplicación del principio de justicia según el cual deben ser tratadas de igual modo las personas que pertenecen a la misma categoría, y la exigencia de no regular de manera idéntica a personas pertenecientes a categorías distintas. Por ello, este principio se concibe como una exigencia de la directriz de igualdad, en su vertiente de necesidad de trato diferenciado a categorías distintas, para evitar la denominada “desigualdad por indiferenciación”, cuando la equidad

exige un trato diferente entre categorías desiguales de personas.

En ese sentido, tal especificidad y por ende, prioridad, atiende a un propósito de igualar a los NNA respecto de los adultos partícipes del proceso penal, de nivelar su situación en dicho ámbito en relación a las restantes partes, con el fin de posibilitar de manera real su participación, desde que ella, frente a un escenario adultizado, pleno de modos, lenguaje y nomenclaturas particularmente complejas, supone entender la diligencia o instancia procesal en la que se le incluye, comprender las acciones que dentro de ésta le es posible desplegar y hacerlo, dándose a entender finalmente, sea opinando, decidiendo o proporcionando su relato. No cabría, entonces, como algunos lo han interpretado, concebir esta nueva legislación como un peldaño que coloca al NNA por sobre los demás inter-

vinientes, específicamente del acusado, sino por el contrario, como la plataforma necesaria para que el menor de edad involucrado en un proceso penal, desde el inicio y hasta su término, a la vez que no sea sobreintervenido o victimizado por las instituciones del sistema, pueda ahora, verdaderamente, ser un sujeto de derecho más en aquél, comprendiendo sus diligencias y actuaciones, y ejerciendo sus derechos de acuerdo a la etapa de desarrollo evolutivo, condición física y psíquica, y propias características. De otra forma, tal y como nos encontramos ahora, previo a la Ley, sin medidas de protección que aseguren el aislamiento de los factores de distorsión en la entrega de un relato o declaración, no hay paridad posible. En tanto niño, niña o adolescente, en una fase de crecimiento como persona, diversa de los adultos, lejano o derechamente ajeno a los niveles de comunicación, formalidades, tiempos

y modos de quienes ya son adultos, y más aún, que se encuentran insertos en un contexto investigativo o procesal penal, adversarial.

Ello, sin siquiera aludir a las razones que a nivel internacional se mencionan para fundamentar la especialidad de este tipo de regulaciones, sustentadas ya no sólo en la calidad de NNA de los partícipes particularmente tratados, sino a su eventual carácter de víctimas, que los hace acreedores de un mayor estándar de protección a la hora de enfrentar las diversas instancias legales, y más aún, si lo son respecto de delitos graves o de índole sexual, cuya propia fenomenología apunta a que tales menores de edad se encuentran también en medio de un escenario de vulnerabilidad aún mayor por el quiebre de confianza, de sus redes de cuidado, la culpa, la posible ambivalencia en relación a sus figuras significativas, vergüenza, etc. En estos últimos términos,

el mensaje de la Ley hace suyas algunas cuestiones de relevancia, tales como que “pocos atentados en contra de la integridad física y psíquica de una persona producen un efecto tan dañino y psíquicamente perturbador como aquél que sufre una persona que ha sido víctima de un delito sexual. Pero cuando la víctima es, además, un menor de edad, el sufrimiento, la confusión y el daño que provocan los ataques de esta naturaleza se multiplican varias veces, habida cuenta de la fragilidad física y la inmadurez psicológica que caracteriza al ser humano en dicha etapa de su vida... Para un menor de edad, la agresión sexual se presenta con una fuerza desestabilizadora inconmensurable, involucrando aspectos afectivos, conductuales y relacionales altamente confusos, que no sabe cómo juzgar y ante los cuales no tiene las herramientas para responder adecuadamente”... “hora bien, a lo anterior debe agregarse que las consecuencias de la experiencia primaria

de victimización muchas veces se ven agravadas por el efecto nocivo de las reacciones inadecuadas del entorno a la situación de la víctima. Este fenómeno ha sido denominado "victimización secundaria" y consiste en el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social, lo cual ha sido reconocido como uno de los efectos más nocivos de la victimización por las Naciones Unidas (1999)"... "A lo anterior, debe añadirse una consideración adicional, cual es la dificultad probatoria que caracteriza la investigación penal en los casos de delitos sexuales y que viene determinada por las características propias del fenómeno: víctimas menores de edad, faltas de prueba material, ausencia de testigos, contexto intrafamiliar y encubrimiento del delito por parte de los parientes. Esta situación pone a los niños, niñas y adolescentes en una posición extremadamente compleja, en tanto

que el sistema requiere de ellos información detallada sobre la experiencia de abuso, situación que en muchos casos se contraponen con sus necesidades de reparación y sus posibilidades psicológicas de hacer frente a la experiencia vivida. En lo que respecta a este último aspecto, conviene subrayar que a las usualmente ya reducidas capacidades de un menor de edad de articular un relato coherente, comparadas con las declaraciones de un adulto, debe agregarse el estado de confusión que normalmente sobreviene en un menor de edad luego de que ha sido víctima de un abuso sexual. En consecuencia, no es raro que el testimonio infantil en casos de delitos sexuales tienda a ser precario en términos del lenguaje utilizado, la lógica argumentativa y la cantidad de detalles que lo componen"... "Desde un punto de vista jurídico, la situación descrita importa que el interés del menor de edad se encuentra supeditado a los objetivos generales de la investigación y el proceso penal,

en abierta infracción al principio del interés superior del niño o niña”.

Finalmente, el último inciso del artículo primero dispone que “las normas de la presente ley se aplicarán con pleno respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegurados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los estándares internacionales para la protección de los niños víctimas y testigos de delitos”. El legislador efectuó aquí un reenvío a los instrumentos y estándares internacionales de protección, comprometiéndose a los órganos encargados de aplicar la presente Ley a que lo hagan con observancia de derechos y estándares ya fijados sobre la materia en el sistema internacional de Derechos Humanos, lo que constituye una garantía de irreductibilidad, en el sentido que de la aplicación de esta Ley no puede derivar menoscabo a tales prerrogativas reconocidas interna-

cionalmente; al tiempo que establece un parámetro de interpretación de sus normas conforme al principio pro homine o pro niño, si se quiere, en virtud del cual siempre habrá de preferir aquella lectura que maximice el pleno respeto de aquellos derechos, garantías y estándares fijados en esos instrumentos internacionales.

3.2. Los principios procesales frente a la Ley N°21.057. La Ley no sólo mantiene vigente las disposiciones del Código Procesal Penal en todo aquello que no se encuentre regulado en la normativa especial, sino que también deja plenamente en pie la arquitectura fundamental y los principios y garantías propios del sistema adversarial consagrado en aquel Código, como se intentará verificar a continuación.

a) Principio de oficialidad. Se refiere a que la persecución penal es pública y, por tanto,

competite al Estado perseguir los delitos sin consideración a la voluntad de persona alguna, debiendo actuar de oficio, puesto que dicho principio se encuentra asociado a la idea de monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal, previsto en el artículo 83 de la CPR. El principio opuesto es el dispositivo, que rige en materia civil, en que las partes son las que cargan con el impulso procesal y, en consecuencia, pueden decidir iniciar o no alguna acción legal, continuarla, interrumpirla o poner fin al procesamiento jurisdiccional de sus pretensiones en cualquier momento. La nueva Ley no modifica en nada el régimen de iniciación de la persecución penal respecto de ninguno de los delitos a los que se refiere su artículo 1°, ni en lo que atañe al peso de la persecución penal de los mismos que recae en el Ministerio Público.

b) Principios de investigación oficial y aportación de parte. El principio de in-

vestigación oficial supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa, sin quedar vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes en el proceso, y por ende, tampoco queda limitado por las posiciones de los involucrados acerca de la verdad de un hecho, pudiendo y debiendo producir prueba de oficio. Su antítesis es el principio de aportación de parte, según el cual la carga de la prueba y la iniciativa de los actos para su producción recaen en las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella, pues éste carece de todo interés en una averiguación autónoma de la verdad.

En nuestro sistema procesal penal rige el principio de investigación oficial, en tanto aquella representa una carga para el Estado que, representado en la etapa de investigación criminal por el Ministerio Público, tiene la facultad constitucional

de dirigir de forma exclusiva la indagación de los hechos constitutivos de delito y lleva el peso, además, en la etapa de juzgamiento, de generar las pruebas que han de servir de base a una condena. Sin embargo, mirado desde el punto de vista del órgano juzgador, esto es, desde la perspectiva de la actividad del tribunal, sin dudas rige el principio de aportación de parte, puesto que es un rasgo de nuestro sistema procesal penal la pasividad absoluta del órgano jurisdiccional tanto durante la etapa de investigación como la del juicio oral, para llevar a cabo actos de indagación o intervenir de forma alguna en la producción de pruebas. La Ley de EIV no ha modificado en nada la operatividad de los principios antedichos, puesto que, la investigación y generación de elementos probatorios siguen siendo carga del Ministerio Público, en tanto el tribunal guarda absoluta pasividad en la iniciativa y producción de evidencias.

Alguna duda podría surgir en los casos en que el juez actúe como intermediario acreditado en la declaración judicial de un NNA víctima, o intervenga en la simple medida de protección de sala especial para recoger el testimonio de uno que haya sido testigo de aquellos delitos, puesto que, si bien está desprovisto de iniciativa probatoria, sí podría estimarse que “interviene” en la “producción” de dicha prueba ejerciendo los roles antedichos. Sin embargo, resulta evidente que en cualquiera de esos casos, esto es, actuando como intermediario en la declaración judicial de un NNA víctima, o recogiendo el testimonio del que sólo fue testigo a través de la medida de protección de sala especial, el rol de ese juez se limita a ser vehículo o conductor de las preguntas que dirigen los intervinientes, pudiendo descomponer preguntas compuestas, o simplificar las que escapan a la comprensión del declarante menor

de edad y, eventualmente, impedir otras que resultan prohibidas en la legislación, lo que se explica por su papel evidentemente protector de los derechos del niño, pero que en ningún caso importan una injerencia en la iniciativa probatoria ni en la aportación de evidencias haciendo preguntas propias o modificando sustancialmente las que formulan las partes. Desde el punto de vista sustantivo, entonces, no hay indicios de iniciativa probatoria por parte del juez, ni generación de antecedente autónomo alguno mediante consultas distintas de las que hacen exclusivamente acusadores y defensas en sus interrogaciones de examen y contra examen. Por lo demás, la conducción de preguntas a través del juez como medida de protección a menores de edad, estaba ya prevista en el artículo 310 del Código Procesal Penal de manera que no es, en lo que aquí interesa, una innovación de la Ley.

c) Principio acusatorio. En su aspecto formal, este principio exige la diferenciación entre la función de acusación y la de decisión, pues no puede ser una misma persona quien sostenga la imputación en el juicio y resuelva acerca de la misma, como ocurre en el principio inquisitivo. Sin embargo, no basta con la separación de estos dos roles procesales en la etapa de juzgamiento, sino que, para garantizar un debido proceso, es necesario que la función de investigación se encuentre separada de la de decisión, puesto que si quien realiza la indagación fuera la misma persona que posteriormente efectúa la adjudicación de responsabilidad penal, se vería seriamente afectada su imparcialidad.

Desde el punto de vista material, entonces, se considera que dicha división es una manifestación implícita de aquella garantía individual que consiste en el derecho a ser juzgado por un juez o tribu-

nal independiente e imparcial. En torno a este aspecto del sistema procesal, la nueva Ley no ha introducido norma alguna que modifique o atenúe la arquitectura del sistema acusatorio, conservando el Ministerio Público como organismo autónomo el monopolio de la investigación y la función de sostener en juicio la pretensión punitiva del Estado, en tanto son los tribunales de justicia—juzgados de garantía y tribunales orales—a quienes corresponde ejercer el control jurisdiccional de las indagaciones y la decisión sobre el fondo del asunto.

d) Principios de legalidad y oportunidad. El primero tiene por propósito impedir la arbitrariedad en la persecución penal, imponiendo al Ministerio Público la obligación de iniciar y sostener la acción penal respecto de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que le esté permitido interrumpirla, detenerla

o darla por finalizada a su mero antojo. Se dice que, conforme a este principio, la persecución penal se torna de promoción necesaria e irrevocable y desde luego, lo que se persigue fundamentalmente es materializar el principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, como el intentar llevar a cabo la persecución penal de todos los delitos que se cometen en una sociedad resulta imposible, genera la atrofia del sistema penal, que termina discriminando en perjuicio de los más débiles, se ha establecido también la vigencia de otro principio, de algún modo opuesto al anterior, conocido como de oportunidad, que justamente permite la conducta contraria, vale decir, que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho punible, aún ante prueba completa de su perpetración, decida no iniciar su persecución, interrumpirla o ponerle término anticipado, por razones de utilidad social o de polí-

tica criminal. Se trata de darle viabilidad práctica al sistema de persecución penal, admitiendo las excepciones reguladas a la persecución, evitando con ello la segregación arbitraria e injusta de causas, proporcionando racionalidad al sistema y a las hipótesis de exclusión de persecución penal. Respecto de ambas directrices no se producen innovaciones en la nueva Ley, en tanto aquella no contiene normas que modifiquen de modo alguno su vigencia.

e) Derecho a un juez independiente e imparcial, y derecho a un juez natural. Más allá de la independencia institucional consagrada en el artículo 76 inciso primero de la CPR, esta garantía se refiere a la independencia personal que debe gozar el juez llamado a resolver el conflicto penal, quien no debe estar sometido o subordinado a ningún poder, tanto en un ámbito interno como externo. Desde el punto de

vista interno, la independencia del juez implica el no estar sometido respecto de todo organismo superior al interior del Poder Judicial, lo que conlleva una cierta estructura horizontal en la distribución de las competencias, y en la que aquél es plenamente soberano para decidir el caso conforme a la ley. Desde una perspectiva externa, dicha noción coincide con la independencia institucional, por cuanto exige absoluta autonomía respecto de todo otro órgano del Estado.

La imparcialidad, en cambio, mira al interior del proceso y se refiere a la garantía que asiste a las partes de que el juez que debe conocer de un asunto sea realmente un tercero, en el sentido que no se encuentre comprometido de ninguna manera con alguna de ellas ni con el conflicto que debe resolver.

La Ley no trae aparejada modificación orgánica de ningún tipo que pudiera al-

terar la vigencia de ambas garantías. No obstante, algunos han creído ver un peligro para la imparcialidad del juzgador en aquellos casos que éste actúe como intermediario acreditado en la declaración judicial de un NNA víctima, o intervenga en la simple medida de protección de sala especial para recoger el testimonio de uno que haya sido testigo de un delito argumentando que ese contacto puede acarrearle un cierto compromiso o solidaridad con su causa e inclinarlo a una decisión de condena. Sin embargo, no solo respecto al rol que le cabe a los jueces en dichas diligencias, sino también a los demás profesionales que pueden ejercer la función de intermediarios e incluso cuando actúan como entrevistadores, en el caso de una EIV, se ha enfatizado, desde el punto de vista de su formación especializada, en la necesidad de desarrollar tales tareas con total objetividad, incluso a la hora de establecer

un rapport con el niño o adolescente — presupuesto indispensable para el éxito de la diligencia—, en tanto ello se concibe dentro del marco de una neutralidad empática, esto es, manteniendo la distancia debida pero con la calidez indispensable para generar la confianza que permita desarrollar la diligencia.

Al respecto, el artículo 17 de la Ley dispone que el juez presidente del tribunal o juez de garantía deberá velar, en todo momento, porque el entrevistador desarrolle su actividad en la declaración judicial de manera imparcial y neutral. Por su parte, el artículo 8 del Reglamento reitera los mismos conceptos al calificar la forma en que el entrevistador designado debe efectuar la intermediación de la declaración judicial. Por lo demás, cabe tener presente que, más allá del mandato legal y reglamentario referido, la actuación objetiva del aludido profesional

es una cuestión que no queda entregada únicamente a su convicción, iniciativa o ánimo, sino que se trata en ambos casos de una actividad que se encuentra plenamente regulada en cada una de sus fases por el Protocolo de Actuación Interinstitucional previsto en la letra i) del artículo 31 de la Ley, que se refiere precisamente a las características de la entrevista investigativa y de la intermediación, las que se llevarán a cabo 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 ese sentido, es útil subrayar que la modalidad de intermediación de declaración de NNA recoge todo lo trabajado por el Poder Judicial en el marco del Proyecto de Salas Especiales, desde el año 2012 hasta la fecha, dentro del cual este tipo de testigos —fueren

víctimas o no—son recibidos en dichos espacios aislados por el juez presidente de la sala, el cual le efectúa un encuadre informativo y traspasa las preguntas de las partes, las que en todo momento tienen a la vista y escuchan lo que sucede en la sala especial.

f) Derecho al juez natural. Se refiere al derecho que asiste a los ciudadanos a ser juzgados por un tribunal establecido por la ley con antelación al hecho que motivará el juicio. El artículo 19 N°3 inciso quinto de la CPR dispone que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”, y una idea similar se contiene en el artículo 2° del Código Procesal Penal.

Desde luego la Ley de EIV no establece comisiones especiales de ningún tipo

para juzgar los delitos en que aparecen involucrados NNA como víctimas o testigos, pero no es del todo ocioso dedicar unas líneas a este principio, puesto que algunos han creído ver, con ocasión de la utilización de la sala especial, un atentado a esta garantía ciudadana. En efecto, se argumentaba que al abandonar uno de los jueces el estrado de la sala de audiencia y constituirse en la sala especial para recibir la declaración del niño, se quebraba o “descomponía” el tribunal, cuestión que rompería su composición legal de tres integrantes, dando lugar así a una verdadera comisión especial.

Sin embargo, desde el año 2012 hasta ahora, quienes han ocupado este sistema de protección, han estimado que la composición del tribunal no se rompe por unos metros de distancia física del juez que se traslada a la sala especial, puesto que continúan todos sus miem-

bros—incluyendo los intervinientes, por cierto—conectados de modo audio visual y simultáneo con la toma de declaración, abocados todos a la misma diligencia desde distintos roles. Consistente con ello, los incidentes que promuevan las partes durante la toma de declaración son resueltos por los tres magistrados mediante consulta vía sonopronter al que está frente al NNA, quien expresa siempre su parecer para generar la decisión, sea ésta unánime o por simple mayoría. Por otra parte, la intervención de sólo un juez en la diligencia con el niño o adolescente— y el no ingreso de los tres miembros a la sala especial— es un requisito técnico indispensable para proporcionarle tranquilidad, aislándolo de los factores estresores propios de la sala de audiencia atendida su etapa de desarrollo y posición de posible víctima, posibilitar su atención y generar un vínculo de confianza que le permita expresarse

adecuadamente, todo lo cual se encuentra en la base del nuevo sistema.

En ese sentido, resulta claro a la luz de lo que se viene comentando, que la integridad del tribunal y su calidad de tal no se define por el espacio físico que ocupan sus miembros—los tres juntos en el estrado—sino por la funcionalidad que simultáneamente cumplen todos sus miembros, de conocer y juzgar el asunto sometido a su decisión, cuestión que no resulta alterada con ocasión de esta Ley.

g) Derecho a un juicio previo. En el artículo 1° del Código Procesal Penal se indica de entrada que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. De este modo, se establecen dos facetas de una misma garantía, consistentes en el dere-

cho a un fallo condenatorio firme como fundamento de la pena, y a que éste se base, a su vez, en un juicio previo legalmente tramitado, el que debe reunir ciertas garantías, cuyo conjunto se suele designar como debido proceso. La sustanciación de un procedimiento rodeado de garantías fundamentales como cuestión preliminar a emitir una decisión y la dictación de ésta como presupuesto a cualquier condena, son aspectos medulares del proceso penal que nos rige y ninguno de ellos resulta alterado con las disposiciones de la nueva ley.

h) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Se trata de uno de los aspectos del derecho a un debido proceso, puesto que un racional y justo procedimiento no puede estar ajeno a la noción de oportunidad en el juzgamiento. Uno de los pilares que justifican la obligación de un juicio rápido consiste en

la necesidad de disminuir al máximo la incertidumbre, ansiedad y preocupación que afecta a quien es objeto de una acusación pública, particularmente si ella va acompañada de medidas cautelares personales que involucran incluso la pérdida provisional de la libertad para el acusado. Es decir, si participar en los actos propios del proceso penal genera victimización secundaria para el NNA eventual víctima del delito denunciado —o para quien, no siéndolo en verdad, es instrumentalizado para presentarse por tal por parte de terceros—, también para quien padece la persecución penal conlleva cuotas importantes de estrés que se deben minimizar.

En lo tocante a este aspecto, el principio de tramitación preferente que establece la ley obliga tal celeridad al disponer que “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”, prioridad que se extiende a todas las actuaciones del proceso. En tal sentido, se produce una verdadera externalidad positiva, por cuando dicha prontitud ayuda a materializar la garantía procesal que estamos comentando.

En esta línea, cabe hacer presente que aún cuando no prosperó la propuesta del ejecutivo en torno al establecimiento de un plazo de 15 días para llevar a cabo el agendamiento de los juicios orales con NNA como víctima, por cuanto resultaba operativamente dificultoso para materializar todas las actuaciones y notificaciones previas, sí hubo consenso en cuanto a que la preferencia en el agendamiento de estos juicios es, a lo menos, asimilable a la que rige para las causas de RPA.

i) El derecho a defensa. Constituye una de las facetas del principio de contradicción, consistente en que las partes del proceso han de estar revestidas de amplias facultades para ser oídas, rendir pruebas y refutar las contrarias, de manera de concurrir activamente a la conformación de las resoluciones judiciales que se dicten, incluyendo el derecho a impugnar las que le resulten adversas o gravosas. En el ámbito del proceso penal, concretamente, se expresa en la posibilidad del imputado de evidenciar, ya sea la falta de fundamentos de la pretensión punitiva dirigida en su contra, o cualquier otra circunstancia que la excluya o atenúe y, por cierto, el derecho a contar con la asistencia de un letrado para llevar a cabo adecuadamente cada uno de esos derechos. Como se advierte, el derecho a la defensa no se agota en su faceta técnica de intervención de un abogado, pues desde el punto de vista mate-

rial, contempla no solo el derecho a ser oído, sino también de controlar y controvertir las pruebas de cargo, producir o incorporar las propias evidencias para desvirtuar la acusación, y el de valorar el conjunto de antecedentes incorporados al proceso para proponer fundadamente su pretensión absolutoria o atenuatoria.

La Ley en comento trae aparejados cambios sustanciales en el fortalecimiento del derecho a defensa, precisamente en el aspecto material que acabamos de enunciar, en tanto, hasta su entrada en vigencia, la declaración de un NNA víctima de atentados sexuales en su contra no ha estado regulada de modo especial, de manera que adolece de variadas falencias, las que pueden recaer tanto en su forma de realización, cuanto en la manera de ser introducida en juicio, afectando al menor de edad respectivo pero también a las partes.

Desde luego el sistema ha permitido una interrogación múltiple durante la investigación penal —desde el carabinero en el retén donde pusieron la denuncia, en el consultorio de salud al que acuden de inmediato, el funcionario policial de la Brigada de delitos sexuales de la PDI presente en el Servicio Médico Legal, en la anamnesis del perito de sexología forense, luego el psicólogo de la PDI para recoger un testimonio más acabado, eventuales entrevistas para peritajes varios, etc. Todo ello no sólo conlleva niveles brutales de victimización secundaria, sino de posible contaminación de la evidencia y, al no tratarse de intervenciones expertas, puede también cuestionarse su valor probatorio en algunos casos. A lo anterior es posible agregar que, como se trata de intervenciones no reguladas, en ninguna de ellas la defensa —ni el tribunal y, en la mayoría de los casos, tampoco el Ministerio Público— tiene acceso

cierto al contexto exacto en que se lleva a cabo cada una de esas entrevistas, el tenor de las preguntas que fueron formuladas ni las respuestas precisas entregadas a cada una de ellas, lo que en su conjunto configura un escenario en que se hace difícil analizar o controvertir la información así obtenida, carente de procedimientos estandarizados. Además, en las anotadas condiciones, la introducción a juicio de lo que el NNA habría manifestado se efectúa en la mayoría de los casos mediante el testimonio de quienes efectuaron esas diligencias, carabineros, policías, peritos, que dan cuenta de la respectiva actuación, pero sin poder reproducir el mencionado contexto en torno a la forma de abordaje o preguntas utilizadas por aquéllos en tales oportunidades. En algunos casos tampoco los peritajes constituyen una excepción a lo dicho, desde que aún cuando se alude en algunos de ellos a la existencia de un re-

gistro videograbado de la respectiva "entrevista semiestructurada", base de varios de los métodos, ella no se introduce en juicio y habitualmente las partes no han tenido acceso a su contenido.

Son estas consecuencias negativas para el menor de edad y dificultades procesales las que esta Ley busca solucionar o al menos morigerar. En ella se regula detalladamente una mínima intervención con la víctima, desde la denuncia hasta el juicio. Se establece una única entrevista investigativa llevada a cabo por expertos, mediante un procedimiento estandarizado según protocolos internacionales basados en evidencia, y destinados a preservar la calidad de la información obtenida. De dicha diligencia ahora se deja un registro audiovisual, que permite acceder al contexto exacto en que se llevó a cabo, las preguntas que fueron formuladas y por cierto, las res-

puestas precisas entregadas por el NNA a cada una de ellas. En contraposición a espacios de ostensible incertidumbre, todas las partes, y en particular la defensa, no sólo podrán conocer la totalidad de dicha información, sino que además y de antemano, sabrán cuál es el procedimiento estandarizado en que surge, de manera de posibilitar oportunamente una objeción técnica a la manera en que fue realizada la entrevista investigativa o derechamente hacer valer contradicciones con la declaración judicial prestada, todo ello de conformidad a lo previsto en las letras c) y d) del artículo 18. Como se aprecia, la factibilidad de acceder a esta diligencia, y en consecuencia, poder rebatirla y contrastarla, incluyendo la posibilidad de objetar el método estandarizado con que se realizó son aspectos que significan un salto cualitativo para los derechos de la defensa en su aspecto material o sustantivo, sin perjuicio de

permitir contar con información de mayor calidad, en cualquier sentido, para la adecuada decisión de la controversia.

j) El derecho a la presunción de inocencia. Constituye tal vez la más emblemática de las garantías que el derecho liberal atribuye al proceso penal, y consiste en la prohibición de que cualquier persona sea considerado o tratado como culpable, mientras no medie sentencia firme que así o establezca, basada en un procedimiento previo legalmente tramitado. Como tal, constituye una derivación de la garantía de juicio previo y derecho a la sentencia, pero que más allá de esas expresiones operativas se alza como una directriz sobre cuya base se construye el procedimiento, establecido como tal en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone que "ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada

por una sentencia firme".

Este principio constituye el estatus fundamental con que cada persona llega y se mantiene en el proceso penal, en tanto no se construya en él un juicio de culpabilidad que revierta dicho estado inicial, derivando de él dos consecuencias fundamentales, la primera de ellas, que la carga probatoria para desvirtuar dicha situación inicial corresponde al Estado, y la segunda, que el imputado debe ser tratado como inocente en tanto no se haya establecido su culpabilidad mediante sentencia firme. Este peso de acreditación estatal, no merece mayores observaciones en la medida que no existe disposición alguna en la Ley en estudio que ponga en duda dicha garantía. Cosa distinta ocurre, sin embargo, con el trato de inocente que debe ser dispensado al inculcado, puesto que la nueva normativa sin dudas fortalece la protección a los NNA víctimas y tes-

tigos y, en esa medida, una lectura descuidada de ello podría llevar a la conclusión errónea de que, en esa misma medida, se debilita la aludida garantía.

En efecto, el principio de presunción de inocencia, en tanto obligación a ser tratado como tal, no excluye la posibilidad de adoptar medidas cautelares, incluso de carácter personal, durante el procedimiento. Por ello es que, las resoluciones que ordenan la detención o la prisión preventiva se las estima legitimadas en la medida que no involucren una anticipación de los efectos de la sentencia condenatoria, sino que aparezcan sustentadas en el aseguramiento de los fines del procedimiento, en particular, en el peligro de fuga del imputado, en la obstaculización al esclarecimiento de la verdad o en la protección a la víctima, resultando en tal sentido más discutible aquel fundamento que consiste en el peligro para

la seguridad de la sociedad, sin perjuicio de que este último cuenta, entre nosotros, con una consagración a nivel constitucional y legal. Así fluye del artículo 19 N°7 letra e) de la Constitución Política de la República, cuando establece que “la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”. Norma similar se encuentra en el artículo 139 del Código Procesal Penal.

Como se aprecia, y para lo que aquí nos interesa, la seguridad del ofendido se encuentra expresamente establecida constitucional y legalmente como razón que autoriza incluso la detención o prisión preventiva del imputado, sin perjuicio de que la Ley de EIV no contiene innovaciones de ningún tipo respecto de estos regímenes de restricción.

Por otro lado, sí es posible afirmar que, fundamentada en la seguridad del ofendido, la nueva normativa ha venido a fortalecer el régimen de protección del NNA con las medidas generales y especiales que contempla para dicho fin, previstas en los artículos 24, 25 y 26, las que, por lo demás, son casi una sistematización de las ya existentes en el artículo 155 del Código citado, y en cuerpos especiales como la Ley N°19.968 sobre tribunales de familia o la Ley N°20.066 sobre violencia intrafamiliar.

Desde esta perspectiva, entonces, la adopción de medidas de protección para el NNA víctima de los hechos y la integridad de la Ley N°21.057 en cuanto normativa que va en su protección, en modo alguno alteran las reglas vigentes en materia de detención o prisión preventiva del imputado, ni pueden estimarse desarraigadas de fundamentos constitucionales y lega-

les, más allá del obvio sentido común del legislador en su adopción.

k) Derecho a un juicio oral y público. Desde el artículo 1° del Código Procesal Penal se establece que “toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad a las normas de este cuerpo legal”. La oralidad como mecanismo de procesamiento de información en el juicio, referido a las alegaciones y peticiones de las partes, declaración del imputado, testigos y peritos, y en general para la incorporación de pruebas y toda intervención de quienes participan en la audiencia, incluidas las resoluciones emanadas del propio tribunal, se encuentra consagrada explícitamente en el artículo 291 del Código Procesal Penal, y aparece indisolublemente ligada a la publicidad de las actuaciones del juicio.

La publicidad de la audiencia del juicio, a su vez, constituye, una garantía asociada a la noción de debido proceso, destinada a fortalecer la confianza pública en el sistema de justicia, evitar que causas exógenas a las verificadas en la audiencia puedan influir en la decisión final del asunto y, sobre todo, reforzar la responsabilidad de los jueces, puesto que la publicidad se erige, a su turno en una condición indispensable que permite el escrutinio público de la función jurisdiccional. Como garantía, está referida al juicio mismo y no a los actos intermedios ni a las diligencias de la fase investigativa, a las que por regla general solo acceden los intervinientes.

Esta garantía de publicidad del juicio se satisface con el acceso público a la sala de audiencia, sin que sea necesariamente difundida al resto de la población, de hecho, en materia de medios de comu-

nicación social, el artículo 289 del Código Procesal Penal establece que éstos podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia cuando el tribunal así lo determine, siempre que no exista oposición de ambas partes. De esta manera, queda en evidencia, que se trata de una directriz que no es absoluta y cede ante la necesidad de proteger otros bienes como la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio. En tal sentido la misma disposición legal contempla la posibilidad de impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala de audiencia o, derechamente, de impedir el ingreso del público en general u ordenar que salga para la práctica de pruebas específicas.

En ese mismo sentido, la Ley N°21.057 dispone en su artículo 23 que el "contenido de la entrevista investigativa video-

grabada será reservado y sólo podrán acceder a él los intervinientes, las policías en el cumplimiento de una diligencia específica, los jueces de familia dentro del ámbito de su competencia y los peritos que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes”, casos de excepción a los que se agregan los previstos en el artículo 23 bis. Se establece ahí la posibilidad de decretar por parte del Ministerio Público el secreto de la entrevista —y negarse a proporcionar copias de la misma— pero bajo los supuestos y con las limitaciones temporales previstas en el artículo 182 del Código Procesal Penal. A su vez, en materia de publicidad de la audiencia de juicio, se prevé que “el contenido de la declaración judicial será reservado, y ninguna persona podrá obtener copia del registro audiovisual de la misma. Los intervinientes sólo podrán obtener copia fidedigna del audio de la declaración judicial que haya prestado el

niño, niña o adolescente.”

En concordancia con ambas reservas es que se establece en el mismo artículo 23 de la normativa especial que “la declaración judicial y la entrevista investigativa videograbada cuya reproducción fuese autorizada por el tribunal, conforme al artículo 18, sólo serán presenciadas o exhibidas por los intervinientes, salvo que el tribunal, por razones fundadas, autorice el ingreso de personas distintas a la sala de audiencia”, al tiempo que el artículo 24 obliga al juez de garantía o tribunal oral en su caso, a adoptar una o más de las medidas allí previstas para proteger la identidad o la integridad física y psíquica de los NNA, entre las que se encuentran, nuevamente, prohibir el acceso a la sala de audiencia a determinadas personas o decretar su salida de la misma, restringir el ingreso de medios de comunicación o limitar la información

que les puedan proporcionar los intervinientes respecto de la persona del NNA o contenido de su declaración.

De lo anterior fluye que todas las mencionadas medidas son restricciones a la publicidad de la audiencia o respecto del contenido de aquella específica diligencia investigativa en que consiste la EIV, y que encuentran como fundamento los mismos valores y supuestos ya previstos en el Código Procesal Penal sobre la materia, de suerte que la nueva regulación no contiene modificaciones sustanciales acerca de la vigencia de los principios de oralidad y publicidad, ni respecto de sus límites o razones para ellos.

l) Principios de continuidad y concentración. Consisten en dos aspectos destinados a asegurar la unidad del juicio, en tanto el primero de ellos alude a la exigencia de que el debate no sea inte-

rrumpido, por lo que la audiencia deberá desarrollarse, si es necesario, en sesiones consecutivas hasta su conclusión; y el segundo, a que todos los actos necesarios dicho término se realicen en la misma audiencia, según disponen los artículos 282 y 283 del Código Procesal Penal. Por supuesto, tampoco este es un principio absoluto y las mismas disposiciones legales establecen los casos y límites permitidos a la suspensión e interrupción de la instancia respectiva.

La Ley, congruente con aquellas directrices, establece en su artículo 17 que "La declaración judicial deberá realizarse de manera continua en un único día, sin perjuicio de lo cual podrán realizarse las pausas necesarias para el descanso del niño, niña o adolescente, debiendo siempre considerarse su interés superior, tanto para decretar la suspensión como para ordenar la reanudación de la de-

claración". no contiene disposiciones que modifiquen de modo alguno la vigencia de aquellos principios, ni de las excepciones al mismo".

Igualmente, la posibilidad de suspender el desarrollo de la EIV está sumamente restringido, de acuerdo al artículo 9 de la normativa especial, al disponer que "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".

Como se aprecia, el cuerpo legal en estudio no contempla reglas que modifiquen la vigencia de ambos principios revisados, ni contiene restricciones que supongan una innovación sustancial en los casos de excepción.

II) Principio de inmediación. La idea que

conlleva la inmediación judicial es que los jueces estén presentes en la audiencia y puedan percatarse de manera directa de todo lo actuado en la misma, e impone, a la vez, que aquéllos sólo puedan fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtengan del acusado y de los medios de prueba. Desde un punto de vista formal, entonces, este principio impone la obligación de los magistrados que resolverán el asunto a estar presentes durante todo el desarrollo del juicio, y desde una perspectiva material, exige, a la vez, que los hechos de la causa sean extraídos directamente de las pruebas producidas en la audiencia. En suma, no se puede delegar la recepción de los elementos de acreditación en otros funcionarios o jueces distintos de los que decidirán la controversia, ni es posible adquirir convicción sobre la base de antecedentes probatorios producidos fuera de esa misma audiencia en la que

aquellos estuvieron presentes.

Cabe tener presente que no se trata de una exigencia meramente formal respecto de la presencia del juez ni constituye, mucho menos, una especie de contacto o vinculación mística del juzgador con las pruebas personales. Por el contrario, la inmediación configura una herramienta metodológica para la producción y apreciación de las evidencias, que admite un fundamento epistemológico: coloca al juez en las mejores condiciones posibles para percibir directamente toda la información que surge especialmente de las pruebas personales —no sólo la estrictamente verbal, sino también la proveniente de la comunicación no verbal— y poder constatar así una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, como el tono, volumen y cadencia de su voz, sus pausas, titubeos, expresiones, etc, que

en conjunto se suelen denominar como elementos paralingüísticos, que coadyuvan a llenar de contenido su declaración. Ello exige, desde luego, poder apreciar directamente el contexto en que se está rindiendo la declaración — lugar y circunstancias— las preguntas que se formulan sucesivamente —en la medida que cada una sirve también de contexto a las siguientes— las respuestas que entrega el declarante y la expresión no verbal que las acompaña. Aspectos que, en su conjunto y apreciados directamente, constituyen íntegramente el medio de prueba de que se trata.

En esa línea, ninguno de esos factores necesarios para la acertada comprensión de la declaración del NNA —racionales, no místicos— resulta menoscabado con el sistema que para recoger aquella está previsto en la Ley, en la medida que permite apreciar directamente por los jue-

ces que están presentes en la audiencia, cada uno de esos factores necesarios para comprender y valorar cabalmente el testimonio de aquél, toda vez que conocemos el contexto en que se produce, el tenor de las preguntas formuladas por las partes—eventualmente simplificadas en estructura o lenguaje por el intermediario—las respuestas entregadas y todo el metalenguaje que las acompaña. En tales condiciones se desarrolla la intermediación de la declaración de los menores de edad por el profesional acreditado o el juez—tenga esa calidad o no, según sea el caso, tal como se verá más adelante en el capítulo respectivo—tanto desde la perspectiva de la permanente interconexión de la sala especial con la de audiencia, por sonido e imagen, cuanto por el método neutral de abordaje y transmisión de preguntas que ella implica.

De similar forma debiese entenderse la

satisfacción de este principio con ocasión de la exhibición en audiencia de juicio de la declaración anticipada que se hubiere realizado en el tribunal de garantía competente, siempre bajo la metodología de intermediación—posibilidad que ya existía en la normativa procesal general respecto de delitos sexuales—o la que se haga de la EIV en la hipótesis del artículo 18 letra a) de la Ley. Sin perjuicio que en el último caso, cuando la entrevista sustituye totalmente la declaración judicial, constituye una clara excepción a la necesidad de la instancia de comparecencia judicial del NNA, sustentada únicamente en la imposibilidad absoluta de que ella se realice.



PRINCIPIOS GENERALES QUE INSPIRAN LA LEY (artículo 3°)

4.1. Interés superior. Reconocidos los NNA por la Ley como sujetos de derecho, cada intervención, diligencia y decisión durante el proceso debe estar inspirada y dirigida a que aquellos puedan ejercer las prerrogativas legales que de dicha calidad emanan, consagrando el principio en estudio, en consecuencia, la

primacía de tal finalidad como una motivación para los operadores a la hora de desarrollar las acciones que le son propias en el proceso penal.

Directriz reconocida en una de las principales fuentes de derecho a nivel internacional aplicable en la materia, la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, particularmente su punto 3.1, al indicar 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". Siguiendo al profesor Cillero, en el marco de la Convención, el interés superior constituye un principio jurídico garantista que asegura a los niños y adolescentes el ejercicio pleno de todos sus derechos, por el solo hecho de tener tal calidad, ostentando todos ellos un "interés" que resulta "superior" en relación a la satisfacción de todos los derechos concretos que les reconoce el mencionado cuerpo legal. Erigiéndose, así, como mecanismo para asegurar el cumplimiento integral de las prerrogativas reconocidas a los NNA; como una regla de interpretación general dirigida hacia la máxima satisfacción cuantitativa y cualitativa, y la menor conculcación; y como deber de actuación de las instituciones del sistema, en cuanto a la implementación de

las condiciones necesarias, y también como límite de sus acciones.

Es así como la Ley incorpora restricciones a las interacciones con los NNA en el procedimiento, profesionaliza dichos contactos para asegurar la mejor comprensión de aquéllos y mínima interferencia en sus manifestaciones, y efectúa adecuaciones estructurales al contexto en que los menores de edad participan para que, sustraídos de la hostilidad, confusión, desconocimiento, vergüenza o amedrentamiento, ejerzan su voluntad y se expresen de una manera óptima según sus características particulares y nivel de desarrollo.

Ya en el contexto de los Protocolos de Actuación del artículo 31 de la Ley, este principio es reiterado en cuanto instrucción dirigida a todos los funcionarios públicos y personas particulares que tengan interacción con los NNA en el contexto de

esta nueva normativa, en el mismo sentido ya comentado, esto es, que procuren “generar las condiciones necesarias para que éstos puedan gozar plenamente de sus derechos y garantías, acorde al nivel de desarrollo de sus capacidades”. De esta manera, no solo se trata de una garantía para los menores de edad víctimas o testigos de ciertos delitos que toman contacto con el sistema, sino que se impone a todos los involucrados en éste, en cualquier etapa del mismo, actuar en consecuencia.

La directriz se concreta, se hace realidad, entonces, en cada una de las modificaciones que esta nueva normativa hace al proceso penal actual, desde la voluntariedad sobre la que se erige toda participación de niños y adolescentes hasta los modos y detalles que conforman el procedimiento estandarizado para la realización de las diferentes diligencias y actuaciones del proceso penal, parti-

cularmente la EIV y la intermediación de la declaración judicial, en cuyo contexto, una y otra vez, se indagan y satisfacen las necesidades de comprensión y regulación física y emocional del menor de edad involucrado, pasando por las instrucciones constantes de segregación, acompañamiento, entrega de información, reserva y celeridad, entre otras, que subyacen en las normas directas de la Ley y los diferentes cuerpos normativos dispuestos por ésta para su implementación y cumplimiento, como Reglamento y Protocolos de Actuación Interinstitucional del artículo 31.

4.2. Autonomía progresiva. Directriz que apunta a que el NNA ejerza sus derechos en la medida que sus competencias personales se van desarrollando, siempre con miras a que tal ejercicio sea integral, pleno. Garantía que sin duda va de la mano con la edad y nivel cognitivo,

psicológico y emocional del niño o adolescente en cuanto a que sus avances en cada uno de dichos ámbitos implica también una más amplia autonomía.

En concordancia con la nueva normativa y sus Protocolos de Actuación Interinstitucionales, para dar cumplimiento a este principio, el funcionario o persona particular que interactúe con el NNA deberá propiciar instancias que le permitan expresar su deseo de participar de forma directa en acciones y decisiones sobre el proceso penal y entregar sus opiniones y relato libremente, atendiendo a su edad, madurez y desarrollo cognitivo, entre otras variables. Ejemplo de ello es la flexibilidad que en las diversas fases de la entrevista investigativa o de la intermediación se reconoce a los profesionales acreditados para explicar a niños preescolares, escolares o adolescentes el contexto en que se encuentran y los

derechos que tienen; o la prerrogativa que se le reconoce a estos últimos para prescindir del entrevistador y llamar al juez presidente para que intermedie.

4.3. Participación voluntaria. Sustentada sobre la base de la necesaria y adecuada entrega de información al NNA respecto de cada instancia o diligencia en la que se le involucra o convoca, como antesala que posibilita su decisión de tomar parte en ellas, ya conociendo el contexto según sea su edad, madurez y condición física, emocional y psicológica.

Nuevamente la Ley reconoce una garantía en su doble faz, desde que establece que la intervención de los NNA siempre penderá de su voluntad, a la vez que proscribire a los funcionarios públicos involucrados en el proceso que obliguen o presionen a aquéllos para tomar parte del mismo, en cualquiera de sus etapas,

denuncia, investigación o juzgamiento. Resalta la propia normativa, al igual que los Protocolos de Actuación, que el forzamiento de la participación de los menores de edad se considera una infracción grave a los deberes funcionarios.

En dichos términos, un buen ejemplo del seguimiento de esta directriz lo constituyen las diversas instrucciones que el Protocolo de Actuación de la letra a) del artículo 31 hace a los operadores de las diversas instituciones, desde la toma de denuncia, en cuanto a que en ella sólo se constata lo que el NNA voluntariamente exprese y sus manifestaciones no verbales, hasta su abordaje en el transcurso de las posibles derivaciones a entidades de salud u otras, reguladas en igual sentido en los Protocolos de las letras b) y c).

Otra clara concreción de este principio son las diversas actuaciones del entrevistador

e intermediario a través de los protocolos respectivos, en tanto buscan permanentemente la aquiescencia del NNA respecto de lo que se está haciendo, su comprensión, así como la entrega de herramientas para que ejerza el control respecto del desarrollo y tiempos de la instancia.

En todo caso, se hace menester asentar que la concreción de este principio de ninguna forma pudiere implicar la solicitud de firma o huella del NNA en los registros, papeles o formularios que conlleven los diversos trámites investigativos, pues en ese sentido, la implementación que las regulaciones interinstitucionales hacen de esta directriz fundamental se traduce en la constante entrega de información a aquéllos, de manera que realmente la entiendan, proporcionando flexibilidad, sin caer en conductas de presión o amedrentamiento en ningún sentido, así como en la reafirmación

verbal y disposición física de su voluntad de estar en donde está e interactuar con quien lo aborda, sobretodo en las instancias de EIV y declaración judicial.

4.4. Prevención de la victimización secundaria. Principio rector de la nueva normativa, y para cuyo cumplimiento prescribe que los funcionarios públicos y personas particulares que tengan interacción con los NNA en el marco de la Ley, procurarán adoptar todas las medidas que sean necesarias con el objeto de evitar que sufran consecuencias negativas con ocasión de su participación en el proceso penal. Dichos efectos perniciosos, que muchas veces son de igual o mayor entidad que los propios del delito que se denuncia, se generan por la desatención que el sistema ha mantenido respecto de las particulares condiciones de los niños y adolescentes, de como estas les impiden percibir y enfrentar los

rituales del mismo como un adulto y, más aún, de lo que sucede cuando igualmente deben participar en cada etapa del procedimientos sin las adecuaciones y protecciones indispensables para igualarlos a las demás partes en el ejercicio de sus derechos.

En concordancia con esta directriz general que sustenta el cuerpo legal analizado, este dispone, en todo momento, el deber de protección de la integridad física y psíquica de los menores de edad, así como su privacidad, el que, a su vez, justifica las múltiples obligaciones de acogida, segregación, acompañamiento, atención especializada, entrega de contexto e información permanente, cobertura de necesidades básicas, supervigilancia del estado emocional, reserva y otras, que transversalmente y en cada instancia los diversos Protocolos de Actuación imponen a los diversos funcionarios y partes del sistema penal.

Así, la instauración de salas especiales para la toma de entrevista e intermediación, los modelos interinstitucionales estandarizados para el desarrollo de tales técnicas, la limitación al número de interacciones con los NNA y el alto nivel de formación que la Ley y su Reglamento exigen a quienes efectúen las mencionadas diligencias, son mecanismos destinados a precaver la victimización secundaria resultante de la participación de los niños y adolescentes en el proceso penal, desde una perspectiva cuantitativa pero también cualitativa.

4.5. Asistencia oportuna y tramitación preferente. En concordancia con las demás directrices expuestas, la Ley dispone que las investigaciones y causas judicializadas que recaen en materias reguladas por ella conllevan un deber de celeridad y prioridad por parte de los diversos operadores. Como se explica en los Protocolos de Actuación del artículo 31, que abarcan desde la eta-

pa de denuncia hasta la del juicio oral, los funcionarios públicos y personas particulares que interactúen con los NNA para los efectos de esta normativa, procurarán darles un ingreso preferente y un pronto traslado a un espacio adecuado y separado, así como también una tramitación prioritaria de las diligencias y audiencias en que participen dentro del proceso penal. Es así como no solo las instancias de indagación deben ser efectuadas de manera rápida, sino que la programación de las diversas audiencias necesarias durante la tramitación del proceso y juicio respectivo tiene también una clara primacía.

De igual modo, los operadores y participantes del sistema deben atender a las necesidades inmediatas de los niños y adolescentes, tomando en consideración su edad, nivel de madurez, idioma y capacidades, entre otras.

Ciertamente la premura y preferencia para la realización de una entrevista investigativa, por ejemplo, una prueba anticipada o para la citación a juicio oral, en modo alguno prescinden del NNA y sus condiciones personales, aspecto siempre central a la hora de que investigadores, acusadores o jueces tomen sus decisiones, las que deben tener a la vista las necesidades de aquél y la prevención de que se le generen perjuicios.

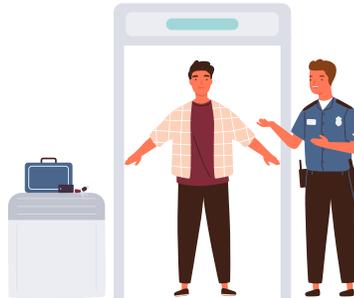
4.6. Resguardo de su dignidad. Se constituye sobre la base del reconocimiento al NNA como una persona única y valiosa y, como tal, que debe ser respetada y protegida en su dignidad individual, necesidades particulares e intimidad. Garantía de resguardo y de respeto que se concreta en las ya mencionadas modificaciones al proceso penal, en lo que atañe a la disposición de

nuevos espacios de privacidad y mecanismos de interacción, a la regulación reglamentaria y protocolar del cuidado y confidencialidad con que los funcionarios deben tratar los casos en que hayan involucrados menores de edad en cada etapa e instancia de su participación.

Asimismo, ya en el ámbito del juicio oral, este principio de protección a la dignidad de los NNA, se traduce en la proscripción de preguntas que atenten gravemente en contra de aquélla o que les cause sufrimiento — artículo 310 del CPP modificado— más allá del que la propia comparecencia y tenor del asunto implica, responsabilizándose para ello al tribunal y al intermediario respectivo, ya no sólo a través del control de las preguntas y el método de intermediación, sino que con ocasión de la imposición a ambos de una obligación de monitoreo del estado físico, psicológico y emocional de los menores de edad participantes.



5.



LA DENUNCIA EN LA LEY N° 21.057 (artículo 4°).

La disposición legal se remite inicialmente a la legislación general, al establecer que la denuncia deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 173 del Código Procesal Penal. Dicha disposición legal, a su vez, determina que “cualquier persona podrá comunicar directamen-

te al Ministerio Público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito.” La titularidad para denunciar un hecho delictivo es, como se aprecia, de carácter universal en tanto no está limitada de modo alguno, no siendo necesario ser víctima o perjudicado con el hecho. El órgano ante quien se efectúa la denuncia es el Ministerio Público, pero también se puede interponer directamente ante las policías (PDI, Carabineros), Gendarmería

respecto de delitos cometidos en el interior de recintos penitenciarios, o cualquier tribunal con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al primer organismo.

Cabe sí particularizar, que la Ley de EIV pone premura en dicha comunicación al disponer que “la denuncia deberá ser recibida de manera inmediata y, en los casos en que ésta no se efectúe directamente en dependencias del Ministerio Público, deberá ser puesta en conocimiento el fiscal que corresponda, de la forma más rápida posible y por la vía más expedita. En todo caso, el plazo máximo para hacer esta comunicación no podrá ser superior a ocho horas”.

Asimismo, se puso en el caso de que la denuncia la efectúe directamente un NNA actuando solo, que la haga en compañía de una persona adulta o,

en fin, que dicha información surja en el marco de una pericia, lo que es por menorizadamente tratado por el Protocolo A) del artículo 31. Veremos someramente cada una de estas situaciones.

5.1. Denuncia de un niño, niña o adolescente.

Cuando la denuncia sea efectuada por un NNA deberá ser recibida en condiciones que garanticen su participación voluntaria, privacidad, seguridad y que permitan controlar la presencia de otras personas. Como advertíamos a propósito de los principios que informan esta Ley, ellos han de estar presentes en todas las etapas de interacción del menor de edad con el sistema penal, desde la denuncia hasta el juzgamiento. En concreto, ya a partir del primer contacto, se debe asegurar la participación voluntaria, lo que excluye la posibilidad de que el NNA sea obligado o presionado para tomar parte

en el procedimiento penal, y cabe recordar que se considera una infracción grave a los deberes funcionarios el forzar su participación en cualquier instancia. Las disposiciones en estudio exigen, también, condiciones de privacidad para este propósito, lo que se materializa en la obligación de conducir inmediatamente al NNA hasta un lugar separado del público general y del acceso y tránsito de otras personas, en especial de imputados, por lo que las dependencias destinadas a tal efecto deben permitir controlar e impedir efectivamente el ingreso de cualquiera persona.

La actuación que le cabe al funcionario que recibe la denuncia también está detallada en la Ley, al disponer que éste “consultará al niño, niña o adolescente sus datos de identificación y luego se limitará a registrar, de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y

conductuales que voluntariamente éste exprese respecto al objeto de su denuncia. Si no quisiera identificarse, o sólo lo hiciera parcialmente o mediante un apelativo, no podrá ser expuesto a nuevas preguntas al respecto”. Es decir, sólo le es permitido consultar inicialmente los antecedentes personales, sin ulteriores preguntas al respecto si el NNA se negare a proporcionarlos o sólo lo hiciera parcialmente.

Luego, respecto del objeto de la denuncia, el operador se limitará a “registrar, de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que voluntariamente éste exprese”, sin que tampoco le sea posible hacer consulta alguna acerca de los hechos y la participación, según expresamente proscribiera la normativa al disponer que “en ningún caso el niño, niña o adolescente podrá ser expuesto a preguntas que busquen

establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes”.

Las “manifestaciones conductuales” de las que sí debe dejar registro el funcionario que recibe la denuncia son aquellas apreciables directamente por los sentidos y vinculadas de algún modo al contenido denunciado, como llanto, nerviosismo, lesiones corporales, etc.

5.2. Denuncia de un niño, niña o adolescente acompañado por un adulto. En estos casos la Ley se cuida de no permitir un reemplazo de la voluntariedad del NNA por la actuación del adulto, regulando que “Si un niño, niña o adolescente acude a interponer la denuncia acompañado por un adulto de su confianza, se deberá garantizar que en ningún caso su participación voluntaria sea reemplazada por la intervención del adulto”. Es decir, ni aún en esos casos en que el

menor de edad acude acompañado de una persona mayor de su confianza, significativo o referente de cualquier índole—que puede ser su madre, padre, abuelos, hermanos, profesor, amigo, etc—, puede perder vigencia el principio rector absoluto que asegura su participación voluntaria y que, en consecuencia, impide que aquéllos sean “forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia”.

En la misma línea, es menester hacer presente que más allá de la diligencia comentada, todo lo que hemos señalado más arriba relativo a las condiciones de privacidad, seguridad y control de acceso de personas ajenas al lugar en que se recoge la denuncia del NNA son plenamente aplicables, al igual que las limitaciones a formularle preguntas adicionales relativas a su identificación, o destinadas a establecer los hechos y la participación en el delito denunciado.

Sin embargo, cuando el NNA concurre a interponer la denuncia junto a un adulto, la Ley sí permite que se formulen ese tipo de preguntas a éste, afirmando: "con todo, dicho adulto podrá, a su turno, exponer el conocimiento que tuviere de los hechos denunciados por el niño, niña o adolescente. En este caso, se podrán dirigir al adulto todas las preguntas que sean necesarias realizar en relación con los hechos denunciados por el niño, niña o adolescente, como también para determinar la identidad del menor cuando éste no haya querido identificarse, o sólo lo haya hecho parcialmente o mediante un apelativo". Con todo, el legislador mantiene ciertos resguardos para no contaminar la información proporcionada por el NNA, al establecer que, en la mencionada situación, "se evitará en todo momento que el niño, niña o adolescente escuche el relato del adulto y las preguntas que a éste se le realicen. Se procurará, del mismo modo, que el adulto no influya

en la información espontáneamente manifestada por el niño, niña o adolescente". Para materializar ésta exigencia es que, como señalamos anteriormente, las condiciones de voluntariedad, privacidad, seguridad y control de acceso de personas ajenas en que se recibe a un menor de edad solo, se mantienen plenamente en el caso que concurra acompañado, puesto que de todos modos deberá ser garantizada su participación voluntaria, privacidad y seguridad, al igual que el control de acceso de personas ajenas, ya que éste no deberá presenciar ni escuchar bajo ninguna circunstancia los antecedentes que proporcione el adulto, o las preguntas que a aquel se le formulen sobre dicho asunto.

5.3. Noticia criminis surgida con ocasión de una pericia ordenada en sede penal.

La ley se pone en el caso, que para nada es extraño o excepcional, de que los antecedentes respecto de la comisión de un

delito de los previstos en su inciso primero surjan en el curso de una pericia practicada al NNA, ordenada en sede penal o de familia. Así se dispone que "si con ocasión de una pericia que hubiere sido ordenada en el curso de un procedimiento penal, el niño, niña o adolescente señalare antecedentes que hicieren presumible la comisión de un delito de aquellos contemplados en el inciso primero del artículo 1º, el perito, desde el momento de la revelación, se ceñirá a lo previsto en los incisos precedentes y deberá poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas". De ello se infiere que el perito ante quien se produce la revelación de los sucesos queda sujeto, en su actuación, a las mismas obligaciones y restricciones dispuestas para los funcionarios que reciben la denuncia de un NNA, lo hagan solos o acompañados de un adulto de su confianza, en el sentido de no efectuar-

le preguntas tendientes a establecer los hechos o la participación, asegurando su voluntariedad en el relato entregado, privacidad, seguridad y control de acceso de terceros, así como el aislamiento respecto de los antecedentes que proporcione el acompañante si está presente, de modo de no contaminar las referencias espontáneas del menor de edad debiendo registrar, de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que voluntariamente éste exprese respecto al objeto de su revelación. También le asiste la obligación de poner todos estos elementos recabados en conocimiento del Ministerio Público, para lo cual la Ley le otorga un plazo máximo de 24 horas.

5.4. Noticia criminis surgida con ocasión de una pericia ordenada por un tribunal de familia. Ahora bien, si la pericia en el marco de la cual surge la revelación de antecedentes que hicieren presumi-

ble la comisión de un delito de aquellos contemplados en el inciso primero del artículo 1º, hubiere sido ordenada por un tribunal con competencia en materias de familia, “el perito deberá comunicar a dicho tribunal, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, los hechos que haya conocido, tribunal que, con el mérito de la comunicación, ordenará remitir copia de los antecedentes de la causa al Ministerio Público”. Vale decir, las obligaciones que la ley impone respecto del tratamiento hacia el NNA en cuanto a su voluntariedad, privacidad, seguridad y control de acceso de personas ajenas se mantienen tal cual como en el caso anterior, y el profesional involucrado cuenta con el mismo plazo perentorio de 24 horas para poner dichos antecedentes en conocimiento del tribunal de familia que ordenó la pericia, judicatura que deberá remitir copia de ellos al Ministerio Público.

Al respecto es útil mencionar que en el Protocolo de Actuación Interinstitucional de la letra a) del artículo 31, se tratan todos los casos de surgimiento de denuncia o noticia de un hecho con caracteres de delito ante entidades particulares u órganos públicos distintos del Ministerio Público, pero que estén obligados por ley a denunciar, así como el procedimiento aplicable por aquellos para el registro de los antecedentes respectivos y derivación a la Fiscalía.

5.5. Diligencias de investigación y adopción de medidas de protección. Recibida la información por el Ministerio Público —le sea entregada directamente por el denunciante, remitida por el órgano policial que tramitó la denuncia, con ocasión de una pericia ordenada en el curso de un procedimiento penal o por parte del tribunal con competencia en familia—el órgano persecutor cuenta con un plazo

también de 24 horas para tomar dos tipos de resoluciones: disponer diligencias de investigación respecto de los hechos denunciados o revelados, y adoptar medidas de seguridad en favor del NNA víctima o testigo de tales hechos.

Ese término de 24 horas “se contará desde la recepción de la denuncia”, dice la norma legal, pero se ha entendido que se refiere más ampliamente al momento “desde que toma conocimiento de los antecedentes”, puesto que ellos pueden provenir no de un acto de denuncia propiamente tal, sino también serle comunicados luego de surgir en el marco de una pericia efectuada en sede penal o de familia. Así está tratado, por lo demás, en la regulación interinstitucional del Protocolo de Actuación previsto en la letra a) del artículo 31 de la Ley especial, destinado precisamente a establecer en detalle los “estándares de derivación de

denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la presente ley”.

Las medidas de protección que se pueden adoptar apuntan, en general, a “proteger y asistir al menor de edad que haya sido víctima o testigo” de tales hechos, de tal manera que la nueva normativa no las circunscribe a las víctimas, sino que las hace extensivas también a los NNA que han sido sólo testigos de los respectivos sucesos. Cabe reiterar también aquí lo antes indicado, en cuanto a que al inicio del procedimiento puede no estar clara la calidad que el menor de edad tiene respecto de los hechos investigados, no obstante las necesidades de resguardo que éste tenga.

Puede darse el caso que de la denuncia surja información de grave vulneración de los derechos de un menor de edad

en las situaciones anotadas, y que ameriten adoptar medidas más radicales y urgentes para ir en su resguardo, lo que también está previsto por el legislador. En efecto, en el inciso final del artículo 4° de la Ley se establece que "si se detectaren antecedentes de grave vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, atribuibles a acciones u omisiones del padre, de la madre o de ambos, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado u otra persona que viva con él o ella, el Ministerio Público informará al juzgado con competencia en materias de familia o al juez de garantía competente, de manera inmediata y por la vía más expedita posible, con el fin de requerir la adopción de medidas de protección". Desde luego, aquí no hay plazo, sino un rango de actuación aún más perentorio: "de manera inmediata y por la vía más expedita".

Cabe tener presente que en las referi-

das situaciones y las demás que puedan suscitarse en el ámbito del resguardo, el juez de garantía puede disponer algunas de las medidas especiales de protección previstas en el artículo 25 de la Ley, "a petición del fiscal, querrelante, curador ad litem o de la propia víctima, y aun antes de la formalización de la investigación, cuando existan antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido", las que pueden consistir en la prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éstos permanezcan, visiten o concurren habitualmente; abandono del presunto agresor del hogar que le sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido, cuando corresponda; y confiar el cuidado del niño, niña o adolescente a una persona de su confianza, y que, a juicio del tribunal, reúna

las condiciones necesarias para resguardar su integridad física y psíquica.

5.6. Derivación de antecedentes por partes no facultadas para recibir denuncias.

En el Protocolo de Actuación Interstitucional previsto en la letra a) del artículo 31 se establece que las personas señaladas en el artículo 175 del Código Procesal Penal se encuentran obligadas a denunciar los delitos que presenciaren o tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones, en el plazo de 24 horas siguientes al momento que tomen conocimiento de los hechos, conforme al artículo 176 del mismo cuerpo normativo, de tal forma que el incumplimiento de dicha carga trae aparejada pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

Para los efectos de las reglas a las que quedan sometidos para su derivación, en dicho

Protocolo se distinguen tres casos diversos:

a) Derivación desde instituciones públicas. Si en una repartición o institución pública distinta de los tribunales, fiscalías y policías, un NNA, solo o acompañado, da cuenta de un hecho que pudiere constituir un ilícito de los señalados en la Ley N°21.057, el funcionario que se percató de ello o recibe la información deberá procurar las condiciones de acogida y privacidad establecidas en la Ley y desarrolladas en dicho Protocolo, así como la limitación a la interacción inicial, haciéndolas especialmente aplicables a establecimientos de salud y educacionales, así como al Servicio Médico Legal y otros que desarrollen labores periciales o auxiliares al sistema de justicia.

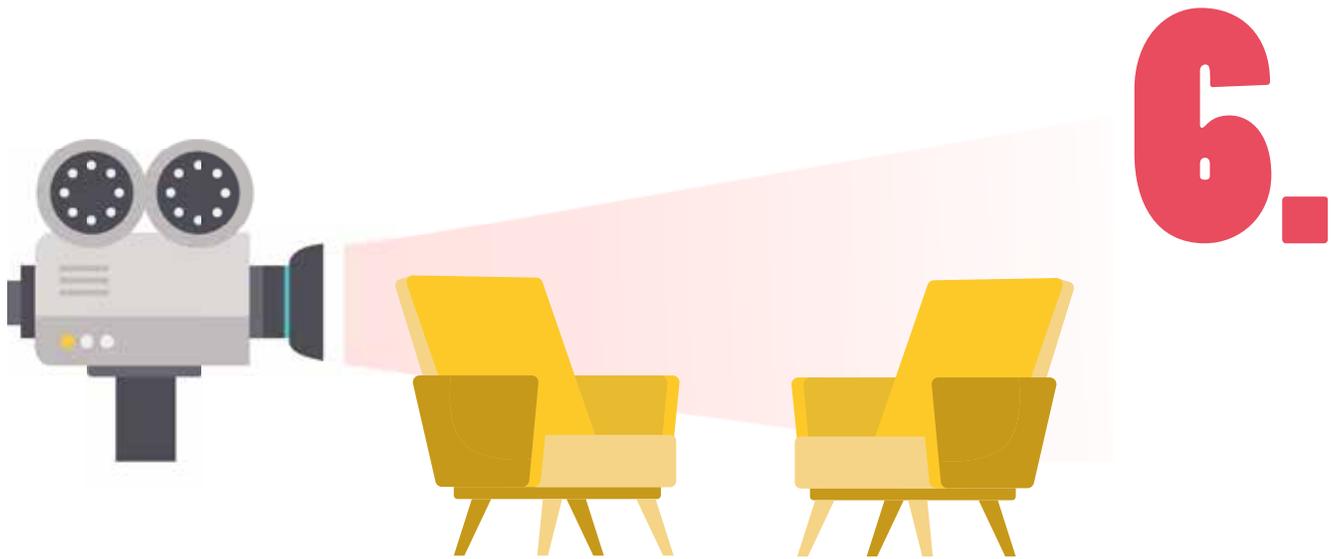
b) Derivación desde entidades particulares. En el evento que la interacción con el menor de edad descrita en el nu-

meral anterior ocurra al interior de alguna de las entidades señaladas en las letras d) y e) del artículo 175 del Código Procesal Penal, es decir establecimientos privados del área de la salud y educación, éstos deberán circunscribir la interacción con el NNA a los lineamientos que contempla la Ley y el Protocolo, en cuanto a las condiciones de acogida y privacidad, así como la limitación a la interacción inicial.

c) Derivación desde tribunales con competencia diversa a la penal. Si un NNA refiere alguna de las circunstancias ya aludidas en el transcurso de una audiencia o de actuaciones que se lleven a cabo dentro del ámbito de competencia de un tribunal distinto al de materia penal, el juez o funcionario respectivo, una vez que haya acudido a los conductos internos regulares, deberá observar las reglas ya referidas en relación a la acogida y pri-

vacidad, así como la limitación a la interacción inicial. Se reitera en este sentido lo ya comentado en relación a los hechos que surjan en el contexto de una pericia ordenada por tribunales de familia.

En todos los casos se establece la obligación de efectuar la denuncia por parte de dichas entidades en el plazo máximo de 24 horas previstos en la Ley, en la unidad policial o sede del Ministerio Público más cercana.



LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA (EIV)

Decíamos al inicio de este trabajo que además de constituir una diligencia investigativa, en lo sustancial, la EIV corresponde a una metodología del ámbito de la psicología del testimonio y forense, cuyos objetivos son, el primero, generar información, detallada, precisa y de calidad, a la vez que, previene la victimización se-

cundaria del NNA. Luego, desde un punto de vista descriptivo, se le llama entrevista porque consiste en la interacción verbal que un especialista sostiene de un modo presencial con un menor de edad vinculado a una denuncia penal por determinados delitos de los que habría sido víctima, la que se efectúa ciñéndose a ciertos protocolos preestablecidos para dicho efecto, con el propósito de obtener antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal. Es investigativa, en tanto se efectúa durante la fase de investigación criminal y tiene como obje-

tivo recabar información lo más objetiva y completa posible por parte del menor de edad, que permita establecer la ocurrencia o no de los hechos denunciados y la eventual participación criminal en los mismos y, por ende, forma parte de la carpeta del Ministerio Público para todos los efectos establecidos en la legislación procesal penal. A su vez, es videograbada, vale decir, se deja obligatoriamente un registro audiovisual único de la misma, que permita su reproducción y, por ende, el acceso posterior a la información contenida en ella, tanto respecto del contexto en que fue recogida y el tenor de las preguntas formuladas, cuanto de las respuestas entregadas por el entrevistado, permitiendo apreciar el lenguaje verbal como no verbal empleado en las mismas. Cabe agregar, que se desarrolla mediante un entrevistador especializado, debidamente acreditado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Más escuetamente, el artículo 2 del Reglamento establece a su respecto que se trata de una “diligencia que se desarrolla durante la investigación penal ante un entrevistador designado por el fiscal y en una sala que cumpla con lo previsto en el presente reglamento”.

Por su parte, en el Protocolo de Actuación Interinstitucional previsto en la letra i) del artículo 31, se detalla que las entrevistas 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 la primera parte de dicho Protocolo se efectúa una definición más funcional de la EIV, como “una diligencia de la investigación, cuyo principal objetivo es obtener, a través del relato de un niño, niña o adolescente, información precisa,

detallada y completa sobre un presunto delito, buscando afectar lo menos posible a quien entrega la declaración”.

Por otro lado, se hace menester resaltar que, en tanto es una diligencia de investigación, la EIV no reemplaza a la declaración judicial salvo las excepciones legales que autorizan su reproducción, previstas en las letras a) y b) del artículo 18 de la Ley, cuales son, que el NNA hubiere fallecido, o caído en incapacidad mental o física que les inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio; o que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufra una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración, respectivamente. Ello, por cuanto en ambos casos se presenta una imposibilidad de recoger el testimonio del menor de edad de que se trata a través de su declaración judicial, sea por causas anteriores a la audiencia misma que le impiden incluso

su comparecencia, sea por una incapacidad sobrevenida durante dicha instancia.

6.1. Objeto de la EIV (artículo 5°). El artículo 5 de la Ley señala que “la entrevista investigativa videograbada tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, procurando, por esta vía, evitar la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal”. De ello se desprende que si bien la finalidad primaria de la EIV el obtener antecedentes que permitan orientar el desarrollo de la investigación, ella tam-

bién ha de servir de soporte fundamental para la adopción de eventuales medidas precautorias en el curso del proceso, pues a menudo su contenido constituirá el “*fumus boni iuris*” para la decisión cautelar. En ambos casos, se hace necesario que sea llevada a cabo en épocas tempranas de la investigación, lo más cercano posible a la denuncia de los hechos, punto que se revisará más adelante.

Sin embargo, a aquel propósito instrumental de la entrevista investigativa también le sigue un objetivo de carácter más funcional, que engarza con el sentido fundamental de esta nueva legislación, y que consiste en que mediante ella se procura “evitar la exposición reiterada e injustificada” del NNA “a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal”. En efecto, busca concentrar en una única diligen-

cia investigativa el contacto indagatorio de los órganos de persecución penal con el NNA —hasta la etapa de juzgamiento, en que se recogerá su declaración judicial— de modo de evitar su exposición personal reiterada con el sistema, que se encuentra en la base de la victimización secundaria que hoy le aqueja.

6.2. Designación del entrevistador (artículo 6°). La Ley dispone que la EIV sea realizada por un entrevistador designado por el fiscal de entre los que cuenten con acreditación vigente en el Registro de Entrevistadores elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un profesional acreditado ante el órgano referido. Exigencia común para el intermediario en la declaración judicial, de acuerdo con lo que indica el artículo 19 del cuerpo legal, en el sentido que “la entrevista investigativa videograbada y la declaración judicial sólo podrán ser realizadas o asis-

tidas, respectivamente, por quienes reúnan los siguientes requisitos:

a) Formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños y niñas o adolescentes, según disponga el

Reglamento, y

b) Acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.

Al respecto, el artículo 2° del Reglamento menciona que la acreditación corresponde al proceso en virtud del cual el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos certifica que una persona cumple con los requisitos exigidos para ser entrevistador.

Por su parte, en el Protocolo de Actuación Interinstitucional previsto en la letra h) del artículo 31, se establecen con

extremado detalle los estándares técnicos que deberán satisfacer los cursos de formación especializada de entrevistadores, tanto en lo relativo al Curso Inicial de Formación Especializada (CIFE), que les permitirá acceder a la certificación, como al Programa de Formación Continua (PFC), al que quedarán sujetos permanentemente para revalidar su calidad, sucesivamente, a lo largo del tiempo, incluyendo la retroalimentación experta y evaluaciones involucradas en cada caso.

A su vez, en el Protocolo de Actuación Institucional de la letra i) del artículo 31 de la Ley, se establece que el entrevistador es aquella persona que facilita la obtención del relato del NNA en la EIV, definiendo y formulando las preguntas que se le realizan a aquél, contexto en el que le caben dos funciones, desarrollar cada una de las etapas de la técnica de entrevista investigativa videograbada y

luego, comparecer a juicio oral cuando sea citado con la finalidad de explicar la metodología empleada en la diligencia, según lo prevé el artículo 18 letra d) del cuerpo legal. Las etapas que técnicamente componen el desarrollo de la EIV —y también las que están previstas para la declaración judicial de los NNA— se encuentran detalladas y estandarizadas en el mencionado Protocolo.

6.3. Oportunidad para efectuar la EIV (artículo 7°). La Ley dispone que la EIV se realizará en el tiempo más próximo a la denuncia, a menos que el NNA 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, lo que se condice con sus propósitos indagatorios y de sustento para medidas

cautelares, propios de la época más temprana de la investigación.

Desde luego, por la diversidad de situaciones que se pueden presentar en cada caso, el legislador no fijó un plazo determinado para su realización, pero dispuso que lo fuera “en el tiempo más próximo a la denuncia” lo que le imprime, desde luego, la urgencia que los cometidos de la nueva Ley exigen. Sin embargo, como el NNA no es concebido como un objeto del proceso penal —o como una mera evidencia que hay que levantar con prontitud— y en atención precisamente a los principios que la inspiran, la normativa dispuso que previo a la entrevista investigativa se vierta una opinión técnica por parte del profesional especializado en atención de víctimas y testigos de la fiscalía correspondiente, en orden a su disponibilidad y condiciones físicas y psíquicas para participar. Ello también es requerido

como condición previa para los casos excepcionales en que se autoriza una nueva entrevista, según el artículo 10, al referirse a “una nueva evaluación”.

Con todo, conviene precisar que dicho informe no es una pericia sobre daños, capacidad testimonial ni nada que se le parezca, tampoco importa la realización de una entrevista forense para determinar ambos aspectos, ya que resultaría paradójico que para evitar múltiples contactos del NNA con el sistema, el legislador dispusiera la práctica de una nueva entrevista previa de carácter técnico. En el mencionado Protocolo de Actuación Interinstitucional de la letra i) del artículo 31, se establece respecto de dicha actuación que “se trata de una interacción en la que el profesional de la URA-VIT, personalmente o por el medio más idóneo de acuerdo a las circunstancias del caso, se contactará con el 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, de acuerdo a las orientaciones técnicas que se establezcan para dichos efectos” y luego agrega que “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”.

En este sentido, queda de manifiesto que la preocupación porque el NNA se encuentre en condiciones físicas y psicológicas para afrontar una entrevista, es una cuestión de carácter permanente que también se aplica a su declaración judicial, así, por ejemplo, previo a resolver la petición del adolescente de prestar declaración sin intermediario, conforme al

artículo 14, la norma pone de cargo del tribunal velar porque se satisfagan ambas condiciones. En un mismo orden, el Reglamento de la Ley, en su artículo 8° establece, respecto de las funciones del entrevistador, que “les corresponde cautelar, en todo momento, que el niño, niña o adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en la entrevista investigativa videograbada o declaración judicial, y comunicar oportunamente si surge algún motivo que le impida continuar interviniendo”.

6.4. Desarrollo de la EIV (artículo 8°).

El legislador estableció que “la entrevista investigativa videograbada se desarrollará en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 20 y 21 de esta ley, y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el niño, niña o adolescente”. Es decir, la entrevista no se realiza en cualquier oficina o dependencia,

por muy acogedora o comfortable que parezca, sino en una sala que reúna los requisitos legales y reglamentarios para dicho efecto, y de eso nos extenderemos con más detalle a propósito de las normas comunes con declaración judicial. Respecto de quienes están durante su transcurso, la Ley proscribire toda posibilidad que ingrese a presenciarse cualquier persona distinta del entrevistador, salvo el caso previsto en la parte final del artículo mencionado, referido a que “en aquellos casos en que existan dificultades de comunicación con el entrevistado, el fiscal podrá autorizar la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo”.

6.5. Suspensión de la EIV (artículo 9°).

El legislador se ha puesto en el caso que, una vez comenzada la EIV, se suscite algún motivo que impida al NNA continuar con su realización, disponien-

do que “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”.

Al respecto cabe destacar que se trata de impedimentos concernientes a la persona del menor de edad entrevistado, de moderada entidad como son, por ejemplo, algún desborde u otro tipo de afectación emocional o física, la necesidad de ir al baño o de efectuar alguna pausa más prolongada que las habituales, ingerir alimentos, medicamentos, cambiar de ropa, etc. A su vez, se trata siempre de situaciones remontables, de orden temporal, acotadas, subsanables, ya que la norma ordena persecutor interrumpir el desarrollo de la diligencia por el lapso “mínimo necesario”, siempre de acuerdo

con el motivo que genera la necesidad.

En el Protocolo de Actuación Institucional previsto en la letra i) del artículo 31 de la Ley se instruye que, de ser posible reanudar la entrevista durante la misma jornada, de acuerdo a lo que tarde la superación del inconveniente, se retomará la diligencia en la misma jornada. En caso contrario, se programará su continuación para el día más cercano posible, debiendo en estos casos mediar el informe de la Unidad de Víctimas respectiva en torno a que el NNA se encuentra en condiciones de continuar, especialmente si la razón de la suspensión ha sido algún desborde emocional del mismo. En todo caso, el entrevistador siempre dejará constancia de la razón de la interrupción y la autorización del fiscal respectivo, tanto en la grabación misma como en el acta que se adjunta a la carpeta investigativa.

6.6. Realización de otras EIV (artículo 10°).

La Ley propende a disminuir al mínimo las interacciones del NNA con el sistema penal, para evitar la victimización secundaria que ello conlleva, sin embargo, resulta impensable que en la etapa de investigación siempre sea suficiente con una primera y única entrevista, puesto que pueden surgir nuevos antecedentes que sea absolutamente necesario indagar, con influencia sustancial para el curso de la investigación y que, por lo mismo, no sea posible soslayar puesto que la averiguación de la verdad es un valor inmanente al proceso penal, del cual depende también la resolución justa de la controversia.

Ahora bien, como los valores que informan la nueva legislación son también de suyo relevantes, especialmente el interés superior del niño, el legislador se ha abierto a permitir la posibilidad de una

segunda entrevista investigativa, pero bajo ciertos presupuestos muy exigentes para hacerla procedente. Esta la puede disponer el fiscal de la causa o ser solicitada por el propio NNA.

6.6.1. A instancias del fiscal de la causa. La disposición legal establece que "sólo cuando aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista investigativa videograbada, que modifiquen lo expuesto en ella y puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación, el fiscal, de oficio o a solicitud de cualquiera de los intervinientes, podrá disponer la realización de una segunda entrevista investigativa videograbada, la que, en todo caso, se sujetará a las disposiciones de esta ley".

De la norma transcrita se desprende que la posibilidad de efectuar una segunda EIV depende de tres requisitos copulativos:

a) Que aparezcan hechos o antecedentes nuevos, que no hayan sido materia de la anterior entrevista. La voz “aparezcan” indica ya que se trata de elementos que han surgido con posterioridad y que, por lo mismo, no fueron objeto de la primitiva entrevista.

b) Que modifiquen lo expuesto en ella. Se trata de antecedentes con la virtud de mutar o alterar lo ya declarado, es decir, han de tener relación directa con alguno de los tópicos sobre los que ya versó la primitiva diligencia, pues sólo así pueden modificar “lo ya expuesto” en ella.

c) Que puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación. La exigencia apunta a que se trate de elementos que pueden incidir en los hechos punibles investigados o en cuanto a la participación en los mismos.

La segunda EIV se sujeta, en todo caso,

a las disposiciones de esta Ley en todos los aspectos formales y sustanciales, y ella puede ser dispuesta por el fiscal de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, pero en ambos casos deberá recabar, además, la autorización del fiscal regional. Con todo, el legislador ordena dejar constancia en la carpeta investigativa de la decisión del fiscal y de los hechos y antecedentes que se tuvieron en cuenta para adoptarla.

6.6.2. A petición del mismo niño, niña o adolescente. Caso en que no son aplicables los exigentes requisitos de procedencia que acabamos de revisar y que posibilitan que el fiscal de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes disponga la realización de una segunda EIV. Acá la ley dispone que “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 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”.

6.6.3. Verificación previa obligatoria y mantención del entrevistador. Cualquiera sea el caso, tal como lo hemos ya revisado, previo a la realización de una nueva EIV, se deberá verificar que el NNA se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella, para lo cual el fiscal dispondrá una nueva evaluación por parte de un profesional de la Uravit.

Además, la ley dispone que aquella nueva EIV será efectuada siempre “por el mismo entrevistador que hubiere participado en la entrevista original” y sólo

en casos excepcionales, cuando éste se encontrare “impedido por causa debidamente justificada”, el fiscal designará uno nuevo.

6.7. Desarrollo de otras diligencias investigativas (artículo 11°).

Hemos referido ya que la nueva normativa propende a disminuir al mínimo las interacciones del NNA con el sistema penal para evitar la victimización secundaria que ello conlleva, motivo por el cual se muestra extremadamente exigente para aceptar la hipótesis de una segunda EIV, y consecuentemente, también para autorizar la práctica de otras diligencias investigativas que supongan contacto directo con el menor de edad involucrado.

Es así como dispuso que “las demás diligencias investigativas que supongan una interacción presencial con el niño, niña

o adolescente serán realizadas excepcionalmente, y sólo cuando sean absolutamente necesarias", obligando al registro en la carpeta investigativa de las razones tenidas en consideración para ello, lo que supone una carga argumentativa del fiscal que queda sujeta a controles horizontales y verticales en el curso del proceso.

Cabe insistir aquí en las ideas de excepcionalidad, que conlleva que los permisos legales en tal sentido deben ser interpretados restrictivamente; y de necesidad, en cuanto suponen un fundamento sustancial que descarta perseguir obtener información superflua o redundante, o que por falta de oportunidad se tornan irrelevantes.

6.7.1 Pericias médico legales. 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 NNA 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. Restricción que además supone la adecuación de las normas técnicas correspondientes a los servicios médicos competentes.

6.7.2 Pericias psicológicas. 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. Como la nueva normativa tiene como uno de sus ejes de protección el limitar las interacciones reiteradas del NNA con el sistema, exige para efectuar tales diligencias

una decisión justificada, de acuerdo a los parámetros objetivos que se deberán contener en una instrucción de carácter general emanada del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Por ello es que no resulta preciso afirmar que en el nuevo sistema las pericias psicológicas están prohibidas o que éstas se deberán realizar exclusivamente sobre la base de la entrevista videograbada.

Cabe destacar, sobre este aspecto, que el Protocolo de Actuación Institucional previsto en la letra g) del artículo 31 de la Ley especial, precisamente tiene por objeto la adopción de “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 o adolescentes”.

6.8. Prohibición de referirse al contenido de la EIV (artículo 12°). “Los testigos citados a declarar al juicio oral no podrán hacer alusión al contenido de la entrevista investigativa que hubiere prestado el niño, niña o adolescente. Esta prohibición no se aplicará a los peritos”. Es decir, en cuanto continente de información, la entrevista investigativa se basta a sí misma y para ello es grabada en video, y no admite ser llevada al juicio mediante referencias de terceros que eventualmente pudieran haber tenido acceso a su contenido.

La disposición persigue evitar lo que ocurre hoy, en el sentido de que una multiplicidad de personas que presenciaron la declaración de una víctima o tuvieron acceso a la misma —policías generalmente— puedan concurrir al juicio y hacer referencia a ella, buscando así introducir aquella información sin que concurra el testigo originalmente entrevistado o, si

lo hizo, para reforzar o complementar sus dichos mediante esos deponentes de oídas. Como el acceso a la EIV está sumamente restringido, este artículo está pensado fundamentalmente para el propio entrevistador —que citado al juicio conforme al artículo 18 sólo puede referirse a la metodología y técnica empleada— o a los funcionarios policiales que excepcionalmente pudieron tener acceso a aquélla para el cumplimiento de alguna diligencia específica, conforme al artículo 23.

Están exceptuados de aquella prohibición los peritos, que también mantienen acceso al contenido de la EIV conforme al artículo 23, “cuando deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes”, los que podrán hacer referencia en su declaración al contenido de aquélla en la medida que éste concierna a la pericia evacuada, pues con ese exclusivo

objetivo el legislador le franqueó el acceso a ese antecedente reservado.

Con todo, cabe precisar que la prohibición que se viene analizando se refiere exclusivamente al contenido de la EIV, es decir, a lo que el NNA señaló en dicha diligencia, y no respecto a lo que éste ha podido manifestar en otras instancias.



7.

LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL NNA (artículo 13°)

7.1. Objeto de la declaración judicial. La disposición legal establece que ésta “tendrá como propósito que el niño, niña o adolescente preste declaración en juicio en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 20 y 21 de esta ley, y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el niño, niña o adolescente”.

En concordancia con las tareas de producción de prueba de cargo o descargo que le son propias a las partes en un contexto adversarial como el del juicio oral, la Ley establece como finalidad para la comparecencia de los NNA a dicho escenario que éstos presten declaración en juicio, pero de una manera o en condiciones especiales o distintas respecto de los deponentes adultos. En efecto, ordena que ella sea desarrollada de una manera que dista de la actual, tanto cuando la diligencia se efectúa en la sala de audiencias, ó incluso, cuando se realiza con

la medida de protección de Sala Especial, aun cuando es esta última modalidad la que adopta y perfecciona esta nueva normativa, a la luz de los parámetros técnicos internacionales de entrevista investigativa y de intermediación:

a) Disponiendo que debe desarrollarse en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 20 y 21, esto es, en dependencias especialmente acondicionadas para recibir el relato del menor de edad según su etapa de desarrollo evolutivo, que resguarde su privacidad y seguridad, procure su aislamiento del resto de los participantes, y cuente con un sistema de intercomunicación, reproducción de imagen y sonido en la sala de audiencia, como, además, permita la videograbación de la instancia.

b) Estableciendo que en dicha sala sólo estarán presentes el entrevistador espe-

cializado—que en la declaración judicial actúa como intermediario—y el niño, niña o adolescente. No cabe, en esta nueva normativa legal, que ingresen a la sala especial a tomar la declaración judicial del menor los tres jueces del tribunal oral, como acontece hasta hoy en muchos tribunales. Desde ahora frente al NNA siempre habrá una sola persona, que corresponde al entrevistador intermediario, sea éste un juez del tribunal acreditado como tal, para la generalidad de los casos, el presidente u otro miembro cualquiera del tribunal—en caso del adolescente que opta por prescindir del entrevistador, según el artículo 14—o bien se trate de un entrevistador acreditado perteneciente a otra institución de las previstas en la ley. Cualquiera sea el caso, en la sala especial para toma de declaración judicial sólo estarán el menor de edad declarante y un profesional adulto, salvo el caso de requerirse de un

traductor, situación excepcional prevista expresamente en la disposición que estamos comentando.

c) Ordenando, como se aprecia del artículo 17, una forma de relación comunicacional, un método de examen y contraexamen que en el artículo 6 del Reglamento denomina "intermediación" y que apunta a que un tercero especializado y previamente designado, que actúa como facilitador, formulará al NNA las preguntas que dirigen los intervinientes a través del juez presidente o de garantía, según sea el caso, en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica. Dinámica sobre la cual nos extenderemos más adelante y que se encuentra regulada en el cuerpo legal especial, su Reglamento y particularmente en el Protocolo de Actuación Interinstitucional de la letra i) del artículo 31.

7.2. Lugar en que se lleva a efecto. Tal como se viene comentando, la declaración judicial deberá desarrollarse en dos ambientes interconectados. Por una parte, el de la sala de audiencia, en la que estarán el tribunal íntegro –a menos que el intermediario sea un juez acreditado o se verifique la hipótesis del artículo 14—además de los intervinientes. Recordemos que durante la declaración judicial la presencia de cualquier otra persona ahora es excepcional y requiere autorización por resolución fundada. Por otra parte, interconectada con aquella, está la sala especial en la que se situará el NNA y el entrevistador acreditado que hará las labores de intermediación –perteneciente a cualquiera de las instituciones consignadas en el artículo 27—los que serán vistos y escuchados de forma simultánea en la sala de juicio a través de dos pantallas y parlantes instalados en ella, conectadas a su vez, con las cá-

maras que en el sector de la entrevista captan al menor de edad declarante y su intermediario, y los micrófonos que usan ambos. La comunicación del juez presidente es exclusivamente con el intermediador que se encuentra con el NNA, razón por la cual es aquél el único que dispone de un audífono o sonopronter para escuchar las instrucciones del tribunal y los diálogos que se producen en la sala de audiencia.

Las condiciones de estos espacios con aislamiento acústica, equipados tecnológicamente y habilitados especialmente, se encuentran estandarizadas para efectos de toma de entrevista investigativa y de declaración judicial por las normas técnicas contenidas en el párrafo 2º del Reglamento, desde su metraje y constructibilidad hasta su tecnología y mobiliario, lo que busca no sólo cumplir con los objetivos de protección a la privacidad, resguardo

de la seguridad, asilamiento de terceros y requerimiento de videograbación que prevén los artículos 20 y 21 de la Ley, sino también, imponer una significativa condición de accesibilidad igualitaria a nivel nacional para los menores de edad. La configuración de las salas especiales con la presencia de todos los elementos referidos y pensados específicamente para el contexto de comparecencia del NNA, permite aislarlos de factores estresores propios de la audiencia y el lugar en que se lleva naturalmente a cabo, cuales son entre otros, el natural miedo escénico que ocasiona una instancia de poder, altamente formal y solemne, la intimidación que puede producir la cercanía física y observación por parte de varios adultos desconocidos y el posible agresor, la vergüenza de relatar en dicho ambiente cuestiones relacionadas con atentados a la indemnidad sexual, por ejemplo, o que tocan dinámicas que conllevan una grave

afectación psicológica y emocional, siempre desde la perspectiva de una persona que se encuentra aún en desarrollo evolutivo de su cuerpo y de su psíquis.

En esta misma línea de análisis, cabe tener presente la experiencia que se ha desarrollado desde el año 2012 hasta ahora a través del uso que varios tribunales del país han hecho de las salas especiales y la observación sobre los efectos del aislamiento del menor de edad que ellas conllevan en relación a los adultos partes de la contienda y del propio tribunal, en el sentido que por sí solo, sin siquiera considerar la aplicación de un protocolo de abordaje particular—que sí es parte del proyecto mencionado—ha provocado una mayor regulación emocional en el NNA que enfrenta la diligencia, lo que redundará en una disminución de la victimización secundaria que en esta etapa del proceso se genera, y además, una mayor calidad de la prueba que se obtie-

ne, en tanto aquél, con mayor tranquilidad, puede escuchar, pensar y contestar mejor, con un menor grado de interferencias.

7.3. Forma en que se desarrolla la declaración judicial.

A la segregación recién descrita y en el sentido que se adelantaba con ocasión del primer acápite, el legislador impone a la declaración judicial un modo de llevarla a cabo que perfecciona cualitativamente la dinámica que produce el uso de una sala especial, teniendo siempre como propósito el morigerar las consecuencias negativas que acarrea para el NNA su inserción y sometimiento al juicio como un adulto. En efecto, hasta aquí no se había podido hablar con propiedad de su “participación” en el juicio, pues ello presupone su real reconocimiento como sujeto de derecho en el mismo y, en virtud de ellos, la necesaria adecuación de la instancia y sus rituales a las características per-

sonales y evolutivas del menor de edad involucrado, lo que sólo ahora se recoge normativamente, propiciando la mayor calidad de su resultado.

En tal sentido, la técnica de intermediación es uno de los grandes aportes de la Ley al tránsito de los NNA por el proceso penal, no sólo por la neutralidad y simpleza que proporciona a la declaración anticipada o en juicio oral, volviéndola inteligible para aquellos, sino por la mayor tranquilidad en que permite que ella se desarrolle, aislando la instancia de varios de los elementos que la convierten en una de las más complejas y estresantes que pueden enfrentar los menores de edad durante el procedimiento, en tanto son capaces de percibir y sentir su relevancia, y con ello, la presión sobre su desempeño.

Subyace, entonces, en esta nueva figura y modalidad procesal, un sentido de con-

texto previo y coetáneo para los niños y adolescentes, de facilitación a su participación, en un escenario pleno de formas, lenguaje y modos de examen que no sólo le es inentendible sino a ratos avergonzante e intimidante. Resulta ser un presupuesto y concreción del posicionamiento de los NNA como sujetos de derecho en el proceso, su indispensable nivelación con el resto de los adultos implicados en el mismo y en relación a los cuales, por sus propias características y etapa de desarrollo evolutivo, mantiene severas diferencias y desventajas. Ello sin el halo de duda que en torno suyo se erige, sea porque se confunden las mencionadas dificultades de comprensión del lenguaje y ámbito legal con una imposibilidad de dar testimonio o, incluso, de sopesar la relevancia de su participación en el juicio.

De esta manera, y analizando ya el de-

talle de la diligencia, primeramente los niños y adolescentes víctimas serán siempre aislados en un espacio de conversación adecuado a ellos y dentro del cual no ven ni oyen a nadie más que al profesional acreditado dispuesto para la intermediación. Luego, salvo el ejercicio que algún adolescente haga de la excepción del artículo 14, serán abordados por personas de las instituciones del artículo 27 que hayan cursado un programa de formación inicial especializado para dicha labor (CIFE) y que se mantengan continuamente en programas de perfeccionamiento diseñados para ellos (PFC), de acuerdo con lo que dispone al efecto el artículo 19, en relación al título IV de esta nueva normativa.

En un segundo orden, ya dentro del ámbito del examen y contraexamen de las partes del juicio, únicas con derecho a formular preguntas a la víctima, si bien

el intermediario no trabajará por tópicos previamente fijados por el tribunal con las partes en una audiencia previa o con un pliego anticipado, por ejemplo --como ocurre en otros países-- pues se mantiene la dialéctica adversarial de la propia audiencia, sí se instaura entre el juez presidente y el profesional acreditado una relación de colaboración, con roles definidos, diseñados para simplificar las preguntas a la edad, madurez y condición psíquica del NNA, así como para velar por su estado físico y emocional.

El proceso descrito supone el desarrollo de diversas fases durante la declaración, (1) una previa, para que todos los involucrados conozcan aspectos del menor de edad declarante que resulten relevantes para la dinámica, tales como edad, nivel de escolarización, informe de la Unidad de Atención de Víctimas sobre su condición para la diligencia, etcétera, y a par-

tir de los cuales el intermediario puede plantear dudas o sugerencias, y el juez presidente establecerá una forma determinada de comunicación entre ambos. Una fase inicial, para que el profesional acreditado explique al NNA, éste en términos que comprenda, el sentido de la instancia, sus derechos en la misma, la atención que permanentemente se hará sobre sus necesidades y las reglas básicas para la fluidez de la comunicación durante el desarrollo del examen y contraexamen, buscando siempre una neutralidad empática que permita a aquél manifestarse, preguntar, corregir, pedir ayuda y expresarse, que es lo que finalmente apunta a la emergencia de respuestas más completas, con el menor estrés o daño de por medio. Una fase de desarrollo durante la cual, en general, tribunal e intermediario desempeñarán sus tareas de examen y adecuación de preguntas, así como de supervigilancia

del estado del niño o adolescente deponente, a la vez que, según mecánicas estandarizadas, manejan en cada sala, la tramitación de objeciones u otros incidentes, ingreso de evidencia, o cualquier otra cuestión propia de la instancia. Finalmente, en la fase de cierre, se procurará, además, que el NNA aporte o consulte lo que estime, recupere la tranquilidad y vuelva a su vida normal.

Todo según se encuentra dispuesto en el Protocolo de Actuación Interinstitucional letra i) del artículo 31 de la Ley.

Es menester hacer presente que, en el caso que el juez presidente deba asumir las labores de intermediación referidas como consecuencia de la decisión de un adolescente –hipótesis del artículo 14-, aquel queda igualmente sujeto al protocolo estandarizado de actuación, las fases y la metodología que implican desde

que, estando en esas labores no le cabe, como tampoco a un intermediario acreditado de cualquier institución, dirigir la audiencia desde el interior de la sala especial, dar instrucciones o referencias jurídicas ni menos aún resolver algún aspecto sólo, puesto que en la posición de facilitador, es esa la tarea a la que debe abocarse. Sin perjuicio de que vote respecto de los incidentes que se generen durante la audiencia, de la forma y en los términos que el citado Protocolo establece, a fin de que no se afecte la comunicación con el deponente menor de edad y se cumplan los parámetros cualitativos que hemos venido analizando para el cumplimiento de sus finalidades.

Misma fórmula es aplicable, también por norma técnica interinstitucional, sobre la base de la Ley y su Reglamento, siempre cuando se tome declaración a un testigo menor de 14 años y en las oca-

siones que respecto de un adolescente con dicha calidad se disponga la medida de sala especial —artículo 26 del primer cuerpo legal mencionado— situación en que el juez presidente del tribunal, esté o no acreditado, deberá ingresar a aquella dependencia para hacer la tarea de facilitador o intermediario. Subyace en ello una razón de igualdad frente a similares condiciones de desarrollo evolutivo, y por ende, aplicables todas las directrices y finalidades de contextualización, facilitación y resguardo comentadas, así como también un motivo de necesario conocimiento previo o control por las partes de las dinámicas que implica la diligencia, las que en el escenario normativo que se analiza no pueden quedar entregadas a la voluntad o modo de cada juez del país y en ese sentido se han elaborado todos los documentos operativos interinstitucionales sobre este y otros tantos aspectos del proceso. Más aún si se tiene a la

vista los avances que ya se recogían en la aplicación general del protocolo de sala especial que promovía el Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, en orden a que la declaración de NNA se ajustara a un lugar y modo único, se tratara de víctimas o testigos de algún delito.

7.4. Casos especiales de dificultades en la comunicación con el NNA. No obstante la obligatoriedad del aislamiento del menor de edad víctima que se ha revisado y que conlleva la sola presencia de éste y el intermediario dentro de la sala especial, la Ley se hace cargo de situaciones en que, excepcionalmente, es necesario la presencia de una tercera persona. En efecto, el artículo 13 prevé que "en aquellos casos que existan dificultades de comunicación con el niño, niña o adolescente, el tribunal podrá autorizar

la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo", claramente con el fin de que coopere en la problemática de interacción que puede suscitarse, por ejemplo, por manejar el NNA un lenguaje distinto del castellano, pertenecer a un grupo o etnia cultural particular, etcétera.

Tratándose de un asunto exclusivamente comunicacional, en virtud del cual se busca allanar el terreno para que el intermediario pueda trabajar las diversas fases y modalidades antes explicadas, siempre con el fin último que el menor de edad realmente entienda, se de a comprender y así se manifieste y participe con tranquilidad, se descarta que el técnico o especialista que aduce la norma sea un psicólogo tratante, un pariente, un funcionario de la Unidad de Apoyo a Víctimas del Ministerio Público u otro organismo similar, como malamente se

ha interpretado por algunos arguyendo ver en esto una fuente de parcialidad o posible sugestión al NNA declarante. Sin perjuicio del control que la conexión de video y audio desde y hacia la sala especial proporciona a los intervinientes en juicio—lo que de por sí descarta ignorar lo que hacen quienes se encuentran en ella y posibilita reaccionar al respecto—la lectura indicada emana del tenor de la propia disposición y, ya desde un punto de vista contextual o integral de la Ley, del hecho que en ella, a través de sus artículos, el legislador apuesta por la necesidad de proporcionar a los menores de edad de privacidad, seguridad y aislamiento respecto de terceros, decidiendo siempre en pos de ello. De igual manera se aborda la segregación, privacidad de la participación y los límites del acompañamiento en cada uno de los Protocolos de Actuación Interinstitucional del artículo 31.

7.5. Obligación de registro. El artículo 13 de la Ley concluye señalando que “sin perjuicio del registro de la audiencia, esta declaración deberá ser videograbada de manera independiente, según lo dispone el artículo 22”. Al igual que ocurre con la entrevista investigativa, la declaración judicial debe ser videograbada, ya no para fines de que sobre su base se decreten diligencias o medidas de protección, pero sí para efectos de formación continua, motivo común para el registro de ambas instancias por esta vía.

En ese sentido, el objetivo indiscutible de la regla que establecen los artículos 13 y 22 se focaliza en los procesos que dibuja el artículo 28 del cuerpo legal especial y que son luego particularizadamente tratados en el título IV del Reglamento y Protocolo de Actuación Interinstitucional letra h) del artículo 31, los que a grandes rasgos exigen que los instructores hagan

una revisión sistemática, periódica y profunda del desempeño de quienes efectúan entrevistas investigativas e intermedias de declaración de NNA en juicio oral y sobre cuya base, éstos mantenga o incluso mejoren sus conocimientos y habilidades, con miras a cumplir los requisitos formales y sustantivos para obtener la revalidación de su acreditación en los lapsos reglamentarios.

Con todo, cabe tener presente aquí lo establecido en el inciso quinto del artículo 23 de la Ley, que dispone que “el contenido de la declaración judicial será reservado, y ninguna persona podrá obtener copia del registro audiovisual de la misma. Los intervinientes sólo podrán obtener copia fidedigna del audio de la declaración judicial que haya prestado el niño, niña o adolescente”.

No obstante lo anterior, resulta también

razonable pensar que la videograbación de la declaración prestada en juicio por un menor de edad pudiese ser solicitada por la Corte de Apelaciones competente o la Corte Suprema con ocasión de un recurso de nulidad y reproducida, con todas las restricciones y resguardos que la Ley ordena, para la decisión del mismo, esto es, sólo ante las partes y ministros correspondientes.

A su vez, tratándose de la declaración anticipada, siempre ordenada y desarrollada en sede del juzgado de garantía correspondiente, ella debiese ser resguardada por este último y remitida con idéntica protección al tribunal oral en lo penal respectivo, junto al auto de apertura, el cual debiese también aplicar medidas de conservación y protección, no sólo hasta su exhibición en el juicio oral sino después del mismo, según la regla general en la materia.



DECLARACIÓN VOLUNTARIA EN JUICIO DE ADOLESCENTES VÍCTIMAS (artículo 14°)

El legislador ha establecido, en la primera parte de dicho artículo que “no obstante lo indicado en el artículo anterior, los adolescentes, cuando así lo manifestaren libre y voluntariamente, podrán declarar en el juicio sin la intervención

de entrevistador. El tribunal, previo a autorizar dicha solicitud, deberá velar por que el adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella”.

8.1. Excepción a la intermediación de un profesional acreditado en la declaración judicial ordinaria. Concordante con el principio de autonomía progresiva que reconoce la Ley en su artículo 3° como parte de su fundamento, el mayor resguardo que significa la presencia en la sala especial de

un entrevistador o intermediario acreditado para facilitar la toma de declaración, ostenta una excepción que ya se ha revisado a propósito de otras normas, cual es, que el adolescente decida renunciar a aquella intermediación y solicite prestar declaración directamente con el juez presidente. Esta opción normativa no es más que una concreción de la directriz inicialmente citada y que, a su vez, se sustenta en las mayores capacidades cognitivas y emocionales que los menores de edad ubicados en este tramo de desarrollo evolutivo tienen en comparación a los infantes intermedios o más aún, de los preescolares, y que los colocan en posición de tomar una decisión así.

Cabe aclarar que esta particular opción, de ser tomada por el declarante, en modo alguno significar que se le asimila al estándar de un adulto ni puede ser implementada de un modo que se torne perjudicial para los adolescentes que por cualquier razón de-

seen tener al frente a unos de los jueces. Como parte del segmento protegido y objeto de la normativa, igualmente requiere la facilitación de la diligencia a través de un tercero enfocado en ello y con al menos una capacitación básica para proceder en los términos que ya se han explicado. Así, en su inciso segundo la disposición legal citada añade que “en tal caso, el adolescente prestará declaración en una sala distinta de aquella en que se encuentren los demás intervinientes, especialmente acondicionada para ello y que cuente con un sistema interconectado de comunicación que permita que el juez lo interroge presencialmente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”. Como se aprecia, el juez que toma contacto con el declarante en la sala especial de todos modos habrá de actuar como un intermediario—en la medida que las preguntas serán dirigidas al adolescente por su intermedio—por lo que deberá con-

tar con una formación a lo menos básica para cumplir eficazmente con dicho cometido, y ajustarse a un procedimiento técnico apto para conseguir ese fin.

Se propone, entonces, el mismo Protocolo para la intervención del juez no acreditado, por la clara necesidad de un estándar que prevenga diferencias entre el tratamiento y abordaje de adolescentes a nivel nacional, desechándose que cada juez obre según estime y más aún, desconozca las necesarias fases, explicaciones, cuidados y simplificaciones que parecen igualmente necesarias a la hora de recibir la declaración de un menor de edad que si bien está en una etapa de desarrollo más avanzada que un niño, tiene los mismos derechos y pudiera estar tan o más afectado por la situación que enfrenta.

8.2. Verificación previa obligatoria. La

forma en que se posibilita que el declarante adolescente ejerza este derecho, según el Protocolo de Actuación Interinstitucional letra i) del artículo 31, es que al inicio de la fase inicial, de manera simple y acorde a su edad, madurez y condiciones psíquicas, el entrevistador acreditado que desarrolle las labores de intermediación le informe de la opción y en caso que menor de edad decida que la labor la haga el juez presidente, éste ingresará y retomará el modelo desde su presentación en adelante.

No obstante, la ley pone de cargo del tribunal una verificación previa obligatoria. La norma legal establece que “el tribunal, previo a autorizar dicha solicitud, deberá velar por que el adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella”. Esta comprobación, similar a la que compete verificar a un profesional de la Unidad

de Atención de Víctimas del Ministerio Público previo a la EIV, constituye una obligación permanente que emana del interés superior del NNA ante cualquier finalidad secundaria del proceso.

Aparece relevante destacar que, como queda en evidencia, tanto la explicación sobre el objeto de la disposición cuanto la respuesta del propio adolescente, sucederán dentro de la fase inicial de la declaración —según Protocolo de Actuación Interinstitucional letra i)—y serán apreciadas simultáneamente por todos los intervinientes en la sala de audiencias, desde las explicaciones del intermediario y la consulta sobre la preferencia de que se trata, hasta la decisión de boca del propio declarante, sin que pudiera haber dudas sobre la manera en que se procedió al efecto.

Asimismo, se hace menester anotar que, tratándose del caso en que sea un tri-

bunal unipersonal que deba tomar la declaración como prueba anticipada, la implementación de esta opción solicitada por el adolescente es muy compleja, puesto que el juez de garantía no cuenta con el apoyo de otros jueces en la sala de audiencia y debería ordenar el debate y fundar sus decisiones desde la sala especial, frente al deponente menor de edad, compatibilización que en la práctica no se ha podido lograr de modo satisfactorio. Ello indica que la preparación de estos casos necesariamente debiese implicar que actuará el entrevistador acreditado, y que al manifestarle el derecho al declarante sea detallado y claro en describir la dinámica que se produciría sin él; o bien preparar la posibilidad de que otro juez de garantía cercano, acreditado o no, pudiera colaborar para llevar a cabo la diligencia.

9.



DESIGNACIÓN DEL INTERMEDIARIO EN LA DECLARACIÓN JUDICIAL (artículo 15°)

9.1. Designación por el juez de garantía y prohibiciones. Entendiendo que se trata de un trámite previo a la audiencia de juicio, parte de las gestiones que el juez de garantía desarrolla en la audiencia de

preparación de aquél, es éste quien debe efectuar la designación del entrevistador acreditado que debe hacer las labores de intermediación de la declaración del NNA a partir de Registro del Ministerio de Justicia y D.D.H.H., respetando la preferencia que la Ley declara respecto del profesional que llevó a cabo la EIV, así como las prohibiciones legales que pesan para nombramiento del investigador del caso, el fiscal o su asistente. Asimismo, deben ser consideradas las inhabilidades sobrevinientes que pudieran afectar

a un funcionario de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público que, después de hacer la entrevista investigativa, haya participado en alguna actuación propia de dicho organismo, en la línea de la contención o visita domiciliaria, por ejemplo.

En consecuencia, la sede natural para que las partes levanten estas objeciones sobre un determinado nombre sugerido por el tribunal es la misma audiencia preparatoria mencionada, debiendo llegarse necesariamente a una designación entre los nombres del registro respectivo, sin perjuicio de la hipótesis que se describe a continuación.

9.2. Designación por el tribunal oral en lo penal. En el contexto de la resolución que dicta el tribunal oral en lo penal al tenor del artículo 281 del Código

Procesal Penal, cuando cita a audiencia de juicio y ordena despachar las correspondientes citaciones a testigos y peritos, puede también modificar el nombre del entrevistador designado por el juzgado de garantía y cambiarlo por un juez de ese mismo tribunal que se encuentre con acreditación vigente para que efectúe de intermediario en la declaración del NNA.

Dado que la inclusión del Poder Judicial en el artículo 27 fue uno de los últimos cambios en la fisonomía del sistema que dibuja la Ley, reconociéndosele la posibilidad que pudiera propiciar el ingreso de funcionario y/o jueces al sistema de acreditación, claramente sólo con el fin de ser intermediarios, era necesaria su concordancia con esta norma, en cuanto a que la decisión del juez de garantía fuera modificable posteriormente, una vez que el tribunal oral en lo penal constatará si cuenta con un profesional acreditado para la

fecha de agendamiento respectiva.

Luego, en la práctica, dependiendo del número de jueces de cada juzgado, si hay sustitución del entrevistador por un juez acreditado, éste pudiese ser, idealmente, uno distinto de los integrantes de la sala que conocerá el pleito, y en caso que ello no fuere posible, será uno de los miembros que integrará la sala designada para el juicio. En ambos casos, como se ha comentado, sus labores de intermediación se encuentran sujetas a estándares legales, reglamentarios e interinstitucionales uniformes.

Finalmente, cabe tener presente que ante cualquier impedimento de quien ya ha sido nombrado para ser intermediario, siempre podrá ser sustituido, de oficio o a petición de parte, por el juez de garantía o tribunal oral en lo penal, según sea pertinente, en la audiencia que sea fijada al efecto. Al respecto, en lo que atañe

a la primera sede mencionada, el inicio de dicha discusión es el correspondiente a la preparación del juicio oral y hasta antes de remitir el auto de apertura. Luego, dentro de la competencia del segundo órgano judicial aludido, creemos que más allá de la resolución del artículo 281 del Código Procesal Penal en la que puede modificarse al entrevistador acreditado por un juez con esa calidad, de no hacerse, siempre pudiese debatirse la concurrencia de alguna inhabilidad en relación al profesional designado hasta antes de la realización del juicio o incluso al inicio de éste.



10.

DECLARACIÓN JUDICIAL ANTICIPADA (artículo 16)

Si se tiene presente que uno de los principales objetivos de la Ley es la prevención de la victimización secundaria, el que en parte satisface restringiendo las intervenciones del NNA en el sistema y especializando a quienes deben efectuar esas interacciones, resulta coherente que

ella también propicie la realización de declaraciones judiciales anticipadas con los menores de edad víctimas del correspondiente catálogo de delitos, en tanto ello permite cumplir con la diligencia antes del juicio, liberando a aquéllos del sistema, sea para resguardarlos, sea en pos de acotar el tiempo que se les mantiene a disposición de las actuaciones obligatorias, priorizar las acciones reparatorias si fueren necesarias o derechamente precaver su indisponibilidad la fecha del juicio.

Se propende a su mayor uso, entonces, derogando el artículo 191 bis del Código Procesal Penal que regulaba esta diligencia de prueba con menores de edad involucrados solo en delitos de índole sexual, ampliando sus titulares, estableciendo un lapso prolongado para su solicitud y desarrollo, y determinando al respecto la competencia del juzgado de garantía, como pasaremos a analizar.

10.1. Titulares de la solicitud. La petición de prueba anticipada podrá efectuarla, además del fiscal—como acontecía en la disposición anterior—la propia víctima, el querellante y el curador ad litem, y deberá ser resuelta en una audiencia especialmente citada al efecto, con la presencia de todos los intervinientes. De este modo se amplió la titularidad para efectuar dicha solicitud a la propia víctima, su curador ad litem y el querellante, posibilitando

también la iniciativa de la propia parte interesada y sus representantes, relevando así el interés de ésta en su realización, por sobre el que manifieste el puro órgano persecutor, que no necesariamente habrá de coincidir con aquel.

10.2. Oportunidad para pedir la declaración judicial anticipada. El inciso segundo de la disposición legal señala que “La solicitud de prueba anticipada podrá realizarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio, debiendo siempre plantearse y desarrollarse ante el juez de garantía”. Como se observa, esta diligencia probatoria temprana podrá ser solicitada y realizada en el período que va desde la formalización de la investigación hasta antes del inicio de la audiencia de juicio, debiendo en ambas ocasiones efectuar la petición ante el juez de garantía. Con ello la Ley zanja una cues-

ción que se ha planteado entre los tribunales de garantía y orales en lo penal desde el inicio de la reforma, que consistía en que, una vez ocurrido el desacomiento de los primeros al remitir el auto de apertura a los segundos, surgía la duda de cuál de ellos era el competente para tomar una prueba de declaración anticipada, con debates y resoluciones bastantes disímiles. Hoy es clara la normativa en el sentido que, dentro de un amplio rango de ilícitos graves, los interesados pueden requerir una instancia como la comentada, incluso para concretarse ad portas del juicio, en la sede que es naturalmente ajena al desarrollo de éste.

La tramitación a la que queda sometida esa solicitud es la fijación de una audiencia para discutir su procedencia y, en caso de acogerse, “el juez citará a una audiencia para rendir la prueba de que se trate, notificando a todos los intervinientes y al entrevistador que designe”, y designará al entrevistador

o juez acreditado encargado de desarrollar la intermediación, de acuerdo a la disponibilidad de magistrados especializados en la jurisdicción o la información que sobre el personal de las demás instituciones conste en el Registro pertinente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Cabe anotar que, al igual que lo señala el artículo 191 del Código Procesal Penal, “la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada”.

10.3. Forma de realizarla. Siendo ésta la hipótesis de adelantamiento de una declaración judicial, ella debe llevarse a cabo de la misma manera, es decir, en una audiencia en que concurren todas las partes—sin perjuicio de lo ya apuntado en relación a la ausencia del encausado—con el NNA en una sala especial conectada, y bajo la

modalidad de intermediación ya explicada, para lo cual debió ser designado el intermediario acreditado. En el desarrollo de la instancia, el profesional acreditado deberá seguir las etapas y directrices propias del ya mencionado Protocolo de Actuación Interinstitucional letra i).

La grabación de la declaración, siguiendo las reglas generales al respecto, deberá ser custodiada por el Juzgado de Garantía pertinente y remitida con el auto de apertura al tribunal oral en lo penal competente, o antes del juicio oral si se efectúa después de la audiencia de preparación.

10.4. Efectos, sustitución de la declaración en juicio oral. Según se viene analizando, la finalidad buscada a través de la realización de una prueba de declaración anticipada del NNA víctima de los delitos que regula la Ley es precisamente que la videograbación que la registra

reemplace la comparecencia de aquél en juicio, regulando la disposición analizada que ello se materializa de la forma que lo dispone el artículo 331 del cuerpo legal antes citado, sobre reproducción de este tipo de registros en juicio oral.

Luego, más allá de que pudiere sonar razonable, lo anterior impone que dicha audiencia previa en sede de un juzgado de garantía se desarrolle no sólo con todos los que deben participar en ella sino de la forma que el artículo 17, 19 y siguientes de la Ley, 6 del Reglamento y Procolo de Actuación Interinstitucional letra i) del artículo 31 de la primera ordenan, modalidad que ya ha sido referida en profundidad a propósito de la declaración judicial.

Asimismo, resulta evidente que, habiéndose resuelto y desarrollado esta diligencia previa, en el juicio que ella sea reproducida los jueces y partes se verán enfrentados a

su valoración en los mismos términos que lo sería la que pudiese haberse realizado en esa audiencia, e incluso pudieran también enfrentarse a su análisis conjuntamente con la videograbación de la EIV cuando alguno de los intervinientes pida incorporarla con un fin de complementación o para evidenciar divergencias.

10.5. Casos excepcionales de nueva declaración judicial. A propósito de la proscripción de que el NNA preste una nueva declaración judicial anticipada, la Ley deja en claro que tampoco podría darse esa reiteración en el ámbito de su comparecencia a juicio oral, lo que resulta entendible desde la perspectiva de los objetivos de la normativa en estudio en torno a restringir las ocasiones en que este particular declarante toma contacto con el sistema y la complejidad que estas instancias de entrega de relato o examen

conllevan para el menor de edad.

En efecto, el inciso penúltimo del artículo 16 que estamos analizando, dispone que “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”.

Como se aprecia, al igual que como ocurre con la EIV, se reconocen dos hipótesis que habilitan la realización de esta diligencia de prueba en una segunda oportunidad:

a) Cuando el NNA, libre y espontáneamente, así lo solicite, opción que se erige como consecuencia de que se le reconozca como sujeto de derecho en el proceso y bajo lo cual subyace el principio de voluntariedad e interés superior.

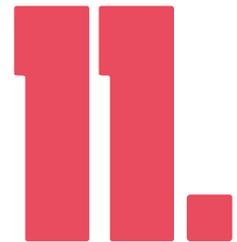
b) Cuando alguno de los intervinientes plantee la solicitud fundado en la concurrencia de dos requisitos copulativos: la existencia de nuevos antecedentes que lo justifiquen y, que aquellos son de una entidad tal que pudieren afectar sustancialmente el resultado del juicio.

No se trata, por tanto, de una mera formalidad, pues desde el punto de vista de cualquiera de las partes siempre podrá argumentarse que hay algo más que indagar, corroborar o precisar, sea nuclear o periférico a los hechos que se enjuician, lo que potencialmente pudiera conducir a un escenario de nuevas declaraciones absolutamente contrario a las finalidades de este nuevo sistema, punto a partir del cual, sin desconocer que eventualmente haya razones para esta solicitud, su procedencia excepcionalísima va de la mano con la proyección razonable de un giro fáctico medular, sobre cuya base se

avisore un cambio drástico en el enjuiciamiento que se desarrolla.

Cabe hacer notar que la petición de una segunda declaración judicial, ya sea anticipadamente o en juicio—con los requisitos materiales o de fondo que acabamos de analizar más arriba—la pueden solicitar, además del NNA, cualquiera de los intervinientes, lo que incorpora al imputado como eventual solicitante, a diferencia de la petición de diligencia de anticipación de prueba pura y simple, en la que no está habilitado para formularla.

Con todo, la ley mandata que para resolver estas peticiones—la de prueba anticipada y la de nueva declaración judicial—el juez “deberá considerar el interés superior del niño, niña o adolescente, así como sus circunstancias personales”, lo que pone una exigencia sustancial de ponderación para el tribunal.



REPRODUCCIÓN DEL VIDEO DE EIV EN LA AUDIENCIA DE JUICIO (artículo 18°)

Por regla general, la exhibición del video de la EIV está proscrita, salvo los casos excepcionales previstos en el artículo 18 que, por dicho carácter, son de derecho estricto e interpretación restrictiva, todo ello en concordancia con las bases de nuestro actual proceso penal en cuanto a que la convicción a la que arribe el tribunal, como jus-

tificante de su decisión sobre el caso, debe fundarse en las pruebas allegadas por las partes al juicio, sustrayéndola de lo que por vía general constituya una diligencia de investigación. En ese sentido, la inclusión de la EIV guarda coherencia con las bases del sistema y el tratamiento que éste hace de los casos en que se habilita la incorporación de un testimonio o imagen alojado en la etapa investigativa mediante su exhibición o lectura en audiencia de juicio, por razones de imposibilidad total de comparecencia de un perito o para efectos de evidenciar las contradicciones de un testigo, por ejemplo.

Estas excepciones son las siguientes:

11.1. Cuando el NNA ha fallecido o caído en incapacidad mental o física que le inhabilita para comparecer a la audiencia de juicio.

Hipótesis en que es imposible contar con una declaración judicial y, por ende, ésta es reemplazada por la videogravación de la entrevista realizada durante la investigación, como única fuente del relato del menor de edad.

11.2. Cuando, ya durante la comparecencia del NNA a la audiencia de juicio oral, sufre una incapacidad grave, psíquica o física, para prestar declaración.

Situación que apunta a que si bien el menor de edad llegó hasta el tribunal y hay disposición a declarar, le afecta una imposibilidad sobreviniente para mantenerse en el lugar lo necesario, desempeñarse en la instancia con meridianá tranquilidad o regulación emo-

cional, y expresarse. Ello puede deberse a cuestiones de índole físico, como por ejemplo, que sufra una lesión importante en las dependencias respectivas o el tránsito por ellas, que padezca los síntomas de una enfermedad que se torna invalidante al efecto o severas consecuencias de una afección ya presente pero que por el nerviosismo de la ocasión se profundicen, como fiebre, descontrol de esfínter o vómitos; o de tipo psicológico, también necesariamente ligadas a una intensidad que lleve al NNA a un estado de descontrol emocional o de estrés irremontable, manifestado por ejemplo a través de llanto constante, desesperación, inquietud, temblores, tartamudeo permanente u otros, y que plantean un escenario en que iniciar o proseguir la diligencia es derechamente atentatorio a su estado de salud, bienestar e incluso dignidad.

Por la propia naturaleza de ambas causas, queda de manifiesto que su plantea-

miento será en la etapa de incidentes previos al inicio de la audiencia o durante la misma declaración, en su fase inicial, así como también su resolución por parte del tribunal estará situada en aquellas oportunidades, en tanto propenden al ingreso de la videograbación de la entrevista para sustituir la participación del menor de edad en juicio, lo que da luces que la segunda de las hipótesis implica un obstáculo importante, de gravedad, que marca el desistimiento de la declaración, su frustración o paralización en un comienzo, distinto al caso que viene a continuación, que presupone la existencia y término de una diligencia cuyos resultados se pretenden complementar o contrastar.

11.3. Cuando sea necesario para complementar la declaración prestada, o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado, caso en que la autorización de la exhibición del registro requerirá que el niño, niña o adolescente

haya declarado previamente en el juicio o en la audiencia de prueba anticipada.

Cambia aquí, esta nueva normativa, la forma en que se hará la contrastación de los dichos del NNA vertidos en el juicio, suprimiendo los ejercicios procesales que autoriza el artículo 332 del Código Procesal Penal y que actualmente habilitaban para confrontar a aquél —al igual que a los adultos— con una declaración anterior que constara en la carpeta investigativa para efectos de consistencia o credibilidad, en tanto a partir de la Ley, esto sólo podrá ser efectuado entre el registro videograbado de la entrevista investigativa y lo manifestado por el menor de edad durante su comparecencia a juicio, y sólo una vez que éste haya finalizado su participación, excluyéndoselo de todo ejercicio al respecto mientras declara. Bajo ninguna hipótesis se confronta al menor de edad con sus dichos en EIV.

Entonces, una vez desarrollada la declaración, cualquiera de los intervinientes estará en condiciones de invocar esta causal con la pretensión de que el tribunal coteje los dichos del NNA en juicio para los fines antes dichos, verificándose recién en ese momento la discusión y posterior resolución sobre la hipótesis prevista por el legislador, no obstante que ella pudiera haberse anunciado antes. Ello, además de tener un sentido protector hacia los niños y adolescentes que deban comparecer, según se comentó, aparece también íntimamente ligado a la estrategia procesal de las partes, desde que la solicitud de incorporación de la EIV a fin de sustentar inconsistencias o perseguir complementaciones respecto del contenido de la declaración judicial, tendrá sentido, para cada una de ellas, solo a partir de lo que haya o no señalado el declarante durante la audiencia.

11.4. Cuando se haya citado al entrevistador que realizó la entrevista investigativa, con la finalidad de revisar la metodología empleada. En este caso regirá la prohibición dispuesta en el artículo 12, por lo que la declaración del entrevistador se limitará únicamente a informar al tribunal sobre la técnica aplicada y, a su vez, la exhibición del video en este contexto servirá exclusivamente de evidencia para dicha discusión, durante la comparecencia del primero. Cabe recordar en dicho ámbito, que este profesional acreditado está lejos de ser un testigo y menos que pueda dar cuenta del contenido de los dichos del NNA que entrevistó, estando proscrito que por su intermedio se sustituya la declaración judicial del niño, niña o adolescente; así como tampoco tiene la calidad de perito, ni por naturaleza y objetivo de su intervención, ni por método, de modo tal que tampoco constituiría una excepción a la mencionada regla.

Al igual que en la hipótesis de la letra c), no obstante haya sido anunciado o no en la audiencia de preparación para constancia en el auto de apertura, lo cierto es que la discusión y verificación de la misma generalmente ocurrirá una vez que el menor de edad haya declarado en el juicio, en tanto supone la exhibición de la EIV o al menos, la exposición, codificación y análisis de algunas de las preguntas realizadas en ella y su contexto anterior y posterior en el desarrollo de la diligencia, más allá de la decisión estratégica de las partes de usar esta opción al conocer ya lo que finalmente dijo aquél en el examen y contraexamen. La excepción a esta regla pudiese generarse con ocasión de la introducción de la EIV en las hipótesis a) y b), si ante esa posibilidad alguna de las partes alega problemas de técnica del entrevistador, pues ahí no habría comparecido el NNA o, habiéndolo hecho, no puso prestar declaración de forma completa.

11.5. Reglas especiales para el debate, resolución y realización de la reproducción.

De esta manera, como se viene explicando y en lo que atañe a las situaciones que describen las letras b), c) y d), la Ley ha dispuesto una regulación particular al efecto:

a) La exhibición del registro de la EIV no podrá debatirse, ordenarse o materializarse en presencia del NNA.

b) Cuando fuere autorizada, dicha reproducción se realizará una vez concluida la participación del menor de edad en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación, descartándose, entonces, su contrastación mientras declara o que se le llame nuevamente para este fin después de ser conocida la EIV. Ese levantamiento y debate sucederá ahora sólo en el ámbito de la discusión de los adultos involucrados en la instancia.

12.



DISPOSICIONES COMUNES A LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA VIDEOGRABADA Y A LA DECLARACIÓN JUDICIAL.

La ley establece algunas normas comunes para ambas diligencias, relativas a las cualidades que debe reunir el entrevistador o intermediario, al lugar donde deben efectuarse, las condiciones en que se desarro-

llan, el registro audiovisual de cada una de ellas y el deber de reserva a que queda sujeto su contenido.

12.1. Cualidades del entrevistador y del intermediario (artículo 19). Para ambos casos la ley establece dos requisitos fundamentales, sin la concurrencia de los cuales no es posible desempeñar ninguna de dichas funciones:

a) Formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a NNA, detallada en el Reglamento correspondiente y

el Protocolo de Actuación Interinstitucional letra l) del artículo 31 en el marco de los cursos iniciales de formación especializada (CIFE) y los de formación continua (PFC).

b) Acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual es obtenida por los entrevistadores candidatos de las instituciones obligadas o facultadas para tenerlos según el artículo 27 de la Ley una vez aprobados los cursos referidos, de manera consecutiva y permanente en el caso de los últimos, y cumplidos los trámites exigidos reglamentariamente en los plazos respectivos. La constancia del carácter de acreditado constará en la resolución del Ministerio de Justicia y D.D.H.H. y como consecuencia de ella, en el Registro de Entrevistadores que esa entidad debe mantener a disposición del Ministerio Público y Poder Judicial para los efectos de las designaciones.

12.2. Lugar donde debe efectuarse la EIV y la declaración judicial (artículo 20).

Como fue referido anteriormente con ocasión de la regulación de ambas instancias, ellas siempre deberán ser realizadas en dependencias especialmente acondicionadas para su objetivo, con los implementos adecuados en atención a la edad y a la etapa evolutiva del niño, niña o adolescente, y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 21. Todas condiciones estructurales, de aislación acústica, equipamiento tecnológico y mobiliario estandarizadas en los artículos 11 y siguientes del Reglamento, sea cual fuere la institución dueña de la sala, por cuanto, en lo que atañe a su interior propiamente tal, la normativa insta por un ambiente de conversación, acogedor pero neutro en cuanto a edad y género, sin mayores distracciones y con solo algunos elementos de lectura o juego para los espacios previos de espera. Si dicho espacio está principalmente destinado a la realización

de EIV, tendrá asociada una sala de control y observación, contigua o no de aquélla en que se realiza la entrevista; y si se encuentra alojada en los tribunales orales en lo penal, juzgados de garantía o de letras con esta competencia, sus cámaras y micrófonos estarán conectados a pantallas y parlantes ubicados en una sala de audiencia.

En todo caso, la normativa impone nuevamente una regla solidaria, que apunta a la sustentabilidad del sistema general, cuando indica que las instituciones públicas que dispongan de tales dependencias, salas de entrevista o salas especiales, deberán facilitar su utilización para llevar a cabo dichas diligencias, pudiendo para ello, el Ministerio Público, Poder Judicial, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile celebrar convenios, a nivel nacional o regional, entre sí y con otras instituciones públicas. Misma disponibilidad sistémica con que operarán los entrevistadores e

intermediarios acreditados, desde que su designación por parte de los fiscales o tribunales será indistintamente a la institución en que trabajan, preferentemente por turnos, de tal forma que puedan también mantener una secuencia de participación que permita el desarrollo de su programa de formación continua.

El Reglamento y especialmente el Protocolo de Actuación Interinstitucional letra d) del artículo 31, regulan en detalle los estándares que en estos aspectos buscan asegurar la suficiencia del sistema en términos de infraestructura y tecnología, entre otros. A su vez, el convenio marco sobre préstamos de sala suscrito por las instituciones a nivel nacional es una herramienta para satisfacer los mencionados parámetros de funcionamiento y accesibilidad.

12.3. Condiciones de realización de la EIV

y la declaración judicial (artículo 21). Se trata de exigencias adicionales relativas al lugar en que deben efectuarse ambas diligencias, el que no sólo debe estar especialmente acondicionado para dicha finalidad, como acabamos de ver, sino que además debe reunir condiciones que:

a) Protejan la privacidad de la interacción con el NNA, razón por la cual las salas de entrevista y de declaración judicial están separadas de las demás dependencias institucionales en que se encuentran emplazadas, y durante su uso se mantienen siempre con la puerta cerrada, siendo el acceso a su desarrollo privativo de las personas autorizadas por la Ley.

b) Resguarden la seguridad del niño, niña o adolescente, desde que el ingreso a estos espacios por parte del NNA se hace por vías segregadas del resto de las personas, con posteriores instancias de espera también

privativas y especial acompañamiento previo y posterior de funcionarios encargados, particularmente destinados a ello y a velar por las necesidades básicas de los menores de edad comparecientes.

c) Permitan controlar la presencia de participantes, mediante las cámaras y sistemas de audio conectados con la sala de control o de audiencia, según sea el caso.

d) Sean tecnológicamente adecuadas para videogravar el relato que preste el NNA y, en el caso de la declaración judicial, para su reproducción instantánea y su intercomunicación, como ya se ha explicado detalladamente en los correspondientes capítulos.

Todas cuestiones que también han sido tratadas por el Reglamento y, en lo que dice relación con la privacidad e intimidad de estos espacios, el acceso a los mismos por parte de los menores de edad, su tratamiento y espera dentro de ellos, por los

Protocolos de Actuación Interinstitucional previstos en las letras a), e) f) e i) del artículo 31 de la Ley.

12.4. Registro de la entrevista investigativa y la declaración judicial (artículo 22).

Tanto la entrevista investigativa como la declaración judicial serán videograbadas a través de medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna. En esta parte, la ley se remite al Reglamento con el objeto de determinar los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de las entrevistas investigativas videograbadas y de la declaración judicial.

En este contexto, para entender el sentido de esta obligación, es menester recordar la finalidad de la diligencia indagatoria de que se trata en tanto guía para la investigación

del fiscal, para la realización de alguna diligencia ordenada por éste a la policía, para la preparación de la defensa y peritos, todo lo que se hará sobre la base del contenido de la videograbación de la entrevista, prescindiendo de nuevos llamados al NNA para que entregue su relato y las nocivas consecuencias que ello acarrea a éste. Sin perjuicio de lo que este material pueda implicar como base para la solicitud de medidas de protección, por ejemplo, y sin duda, para los efectos de la formación continua de los entrevistadores acreditados toda vez que constituye la base del proceso de retroalimentación experta que ella implica. Asimismo, ya en sede judicial, la grabación de la declaración del menor de edad en la audiencia respectiva también es indispensable para la revisión y perfeccionamiento del trabajo de los profesionales acreditados que hagan labores de intermediación, y por otra parte, pudiese constituir un posible elemento a utilizar con ocasión de un re-

curso de nulidad.

12.5. Reserva del contenido de la EIV y de la declaración judicial (artículo 23).

El deber de reserva tanto de la entrevista investigativa como de la declaración judicial del NNA, es uno de los mecanismos de protección que se encuentra en la espina dorsal de esta nueva legislación, no sólo en pos del contenido de éstas per se, sino que de la dignidad y seguridad de los menores de edad involucrados, habida consideración de los términos de su testimonio, a la luz de los principios rectores de la Ley. Recordemos que el artículo 3° consagra como directrices fundamentales en esta materia el interés superior del niño y el necesario resguardo de su persona, al establecer en el literal f) que “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”. El deber

de reserva es tal que incluso, como luego veremos, se encuentra intensificado con la creación de un tipo penal especial para las hipótesis de incumplimiento.

12.6. Reserva de la entrevista investigativa video grabada.

En su primera parte, el artículo 23 de la Ley señala que “el contenido de la entrevista investigativa videograbada será reservado y sólo podrán acceder a él los intervinientes, las policías en el cumplimiento de una diligencia específica, los jueces de familia dentro del ámbito de su competencia y los peritos que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes”. La voz “acceder” está tomada en esta primera parte de la disposición en su sentido genérico, de tener acceso a algo, aunque luego el legislador va a distinguir dos formas específicas de materializarlo: mediante la obtención de copia distorsionada o presenciando la reproducción de la entrevista sin distorsiones.

A quienes se franquea acceso al contenido de la entrevista son, en primer término, a los intervinientes y como no hay una definición especial de quiénes se entiende por tales, debemos recurrir a la legislación común supletoria, en concreto el artículo 12 del Código Procesal Penal que señala que "se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas". En seguida, la ley le permite acceso al contenido de la entrevista investigativa a las policías, pero sólo respecto del cumplimiento de alguna diligencia específica que requiera necesariamente dicho acceso. También están mencionados los jueces de familia, dentro del ámbito de su competencia, y los peritos "que deban conocerlo con la finalidad de elaborar sus informes".

Cabe hacer presente que ha surgido la duda respecto de los jueces de garantía, por cuanto no aparecen mencionados en la norma y otro tanto podríamos decir de los jueces que integran los tribunales orales en lo penal y Cortes de Apelaciones, pero al respecto, creemos que obviamente no están excluidos ni era necesario que se les consignara, y tal como tampoco lo están en el artículo 182 de la última codificación aludida, respecto del secreto de otras actuaciones de la investigación. La razón de ser de la reserva de cualquier diligencia procesal es impedir su divulgación más allá de las personas que estrictamente deban conocerla, pero ella razonablemente jamás puede extenderse al juez de la causa que debe resolver con su mérito, ya que para ese fin ha sido realizada dentro del proceso o del juicio en el término de éste. De lo contrario, la respectiva actuación carecería de objeto, resultaría inútil y perdería su esencia "procesal" al no estar destinada a los fines del

proceso. Sería semejante a concebir la declaración judicial —que también es estrictamente reservada— sin la presencia de los jueces del tribunal que han de decidir la controversia.

En su inciso segundo, la disposición legal efectúa una distinción respecto de las maneras en que concibe el acceso al contenido de entrevista investigativa: mediante una copia distorsionada que impida identificar la persona del declarante, o a través de la exhibición del contenido original, sin distorsión, en dependencias del Ministerio Público. De ello se infiere que nunca habrá una “copia fidedigna” de dicha declaración, siempre será distorsionada, y que el conocimiento del contenido íntegro y fidedigno sólo ocurre cuando es exhibida en sede de la fiscalía correspondiente. Finalmente, el rechazo de la solicitud del imputado u otro intervinientes por parte del fiscal, de cualquiera de las dos formas comentadas, sólo

se concibe en la hipótesis y bajo las restricciones previstas en el artículo 182 del Código Procesal Penal.

12.7. Reserva de la declaración judicial.

Respecto de la declaración judicial del NNA —y de la entrevista investigativa cuya exhibición se efectúa excepcionalmente en la audiencia de juicio oral— la disposición legal indica que “sólo serán presenciadas o exhibidas por los intervinientes, salvo que el tribunal, por razones fundadas, autorice el ingreso de personas distintas a la sala de audiencia”. Cláusula que restringe el principio de publicidad que generalmente prima en el proceso penal, a propósito de estas causas, y por las directrices y finalidades ya explicadas. De ello fluye que, antes de proceder a desarrollar una o exhibir la otra, el presidente del tribunal debe desalojar la sala de audiencias de cualquier persona distinta de los intervinientes salvo que, por

“razones fundadas”, autorice la presencia de un tercero.

Luego, la norma también establece una prohibición general de difusión de antecedentes al disponer que “los medios de comunicación social y las personas que asistan a la audiencia no podrán fotografiar o filmar parte alguna de la declaración judicial o de la entrevista investigativa videograbada del niño, niña o adolescente que se reproduzca en el juicio, ni exhibir dichas imágenes o registros, ni difundir datos que permitan identificar al declarante o a su familia, ni hacer citas textuales de su declaración. Lo anterior no obsta al derecho de los referidos medios a informar sobre el proceso y los presuntos responsables del hecho investigado”. Proscripción bastante amplia y que recae no sólo en los medios de comunicación, sino también sobre quienes hayan asistido a la audiencia, lo que obviamente alcanza a los propios intervinientes.

Respecto del acceso al contenido de la declaración judicial del NNA, el legislador fue aún más radical, reiterando su reserva y estableciendo que “ninguna persona podrá obtener copia del registro audiovisual de la misma. Los intervinientes sólo podrán obtener copia fidedigna del audio de la declaración judicial que haya prestado el niño, niña o adolescente”. Es decir, no existe posibilidad alguna de que alguien acceda a una copia del registro audiovisual de la declaración judicial del menor de edad y en el caso de los intervinientes, sólo al audio, duplicado que se les autoriza entregar y sobre cuyo contenido, en todo caso, quedan sujetos a la prohibición general de divulgación analizada en el inciso precedente.

Según lo ya explicado, misma restricción se impone a la declaración judicial anticipada, que debe quedar resguardada en el juzgado de garantía que la efectuó hasta su remisión al tribunal oral competente.

12.8. Tipo penal especial. Finalmente, para intensificar el deber de reserva, la Ley estableció un tipo penal especial de hipótesis múltiples, cuyos términos consisten en que “el que fuera de los casos permitidos por la ley fotografíe, filme, transmita, comparta, difunda, transfiera, exhiba, o de cualquier otra forma copie o reproduzca el contenido de la entrevista investigativa videograbada o declaración judicial o su registro, sea total o parcialmente, o maliciosamente difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo”. Ilícito con verbos rectores alternativos por lo que, ejecutado uno cualquiera de ellos, hace incurrir en la responsabilidad penal allí prevista.

Sólo nos permitimos llamar la atención de que, en los primeros presupuestos contemplados, basta con fotografiar, filmar, transmitir, compartir, difundir,

transferir, exhibir, o de cualquier otra forma copiar o reproducir el contenido de la EIV o declaración judicial o su registro, sea total o parcialmente, sin que se exija intencionalidad especial alguna en dicha conducta, por lo que la faz subjetiva del delito queda sujeta a las reglas generales. En la segunda parte, en cambio, se refiere al que “maliciosamente” difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia, y para lo cual se exige la concurrencia de dolo directo en la ejecución de la conducta.



13.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN FAVOR DE LOS NNA.

La ley contempla en su Título III sobre “Medidas de Protección en Favor de los Niños, Niñas y Adolescentes” una serie de medidas de resguardo que se pueden decretar en su favor, algunas de las cuales son de aplicación general, como su nombre lo indica, y abarcan a víctimas y testigos, previstas en el artículo 24; otras que se aplican únicamente a NNA víctimas, como son las contempladas en el artículo

25 y, finalmente, las que conciernen exclusivamente a los que han sido testigos de algunos de los delitos contemplados en el artículo 1 de la ley especial y deban prestar declaración judicial en tal calidad, mencionadas en el artículo 26.

13.1. Medidas generales de protección (artículo 24). “El tribunal o el juez de garantía, en su caso, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá adoptar una o más de las siguientes medidas para proteger la identidad o la integridad física y psíquica de los niños, niñas o adolescentes:

a) Suprimir de las actas de las audiencias todo nombre, dirección o cualquier otra información que pudiera servir para identificarlo directa o indirectamente.

b) Prohibir a los intervinientes que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social relativas a la identidad de la víctima y su declaración.

c) Impedir el acceso de personas determinadas o del público en general a la sala de audiencia, y ordenar su salida de ella.

d) Prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la sala de audiencia.

e) Resguardar la privacidad del niño, niña o adolescente que concurra a declarar, y evitar que tenga contacto con los demás asistentes a la audiencia, especialmente durante el ingreso y salida del recinto donde funcione el tribunal.

Dichas medidas durarán el tiempo que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces sea necesario.

De igual forma, el Ministerio Público, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá adoptar todas las medidas que sean procedentes para conferir al niño, niña o adolescente la debida protección".

Al inicio de este acápite, señalamos que las medidas contempladas en este artículo son de aplicación general, abarcando tanto a víctimas como a testigos de los delitos contemplados en el artículo 1° de la Ley, afirmación que se justifica en varias razones. En primer lugar, de acuerdo al tenor del propio encabezado en el artículo. En seguida, por cuanto ya desde el inciso primero que forma el cuerpo de dicha disposición —como también en el inciso final, que lo cierra— no se advierte distinción alguna entre

víctimas o testigos, en tanto se encarga de señalar que se deberá adoptar una o más de las medidas que luego enumera, "para proteger la identidad o la integridad física y psíquica de los niños, niñas o adolescentes". Además, porque las medidas contempladas en las letras c), d) y e) de este artículo serían inoficiosas o superfluas si la disposición legal sólo se refiriera a la víctima, desde que su declaración ya está sometida a severa reserva por lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18, más aún si nos atenemos a las condiciones previstas en el artículo 21 de la Ley.

Finalmente, no está de más resaltar que la adopción de estos resguardos, al menos uno cualquiera de ellos, resulta obligatorio para el tribunal al tenor de la voz "deberá", y que ellos no están sujetos a plazo legal alguno, pues duran el tiempo que aquél disponga, pudiendo ser reno-

vados cuantas veces sea necesario.

13.2. Medidas especiales de protección

(artículo 25). "El juez de garantía podrá disponer, a petición del fiscal, querellante, curador ad litem o de la propia víctima, y aun antes de la formalización de la investigación, cuando existan antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido, una o más de las siguientes medidas de protección a su respecto:

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

o morada al ofendido, cuando corresponda.

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

Cuando resulte procedente, el tribunal deberá remitir inmediatamente copia íntegra de los antecedentes que tuvo a la vista para tomar su decisión al juzgado con competencia en materias de familia correspondiente, el cual iniciará los procesos que estime pertinentes para resguardar el interés superior del niño, niña o adolescente”.

A diferencia de la anterior, esta disposición aparece aplicable sólo cuando el NNA sea víctima del delito denunciado, ya que su inciso primero señala como presupuesto para su adopción el que existan “antecedentes que hagan presumir un

peligro para el ofendido”, indicando luego que se pueden adoptar una o más de esas medidas “a su respecto”, esto es, en torno al personalmente afectado. Por lo demás, la propia naturaleza de las medidas enumeradas en la disposición así lo deja en evidencia, como ocurre con la prevista en la letra b) que se refiere al abandono del presunto agresor del hogar que sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido.

También se diferencia de la anterior disposición porque la decisión de implementar alguno de los resguardos mencionados es sólo facultativa y no obligatoria como en aquel caso. Están habilitados para solicitar estas medidas especiales de protección tanto el fiscal, como la parte querellante, el curador ad litem y la propia víctima.

El inciso final de la disposición señala

que “el tribunal deberá remitir inmediatamente copia íntegra de los antecedentes que tuvo a la vista para tomar su decisión al juzgado con competencia en materias de familia correspondiente”. Se trata, obviamente, de los elementos que tuvo a la vista para decretar alguna de estas medidas, pues el propósito de tal remisión es que aquella judicatura inicie los procesos que estime convenientes para resguardar el interés superior del NNA. ¿Cuándo será procedente dicha remisión, entonces? Cuando de esa misma información fluya que el menor de edad involucrado no está siendo objeto de protección por parte de la judicatura de familia, razón del envío.

Cabe hacer presente finalmente, que se trata de un catálogo de medidas muchas de las cuales ya estaban contempladas en el artículo 372 ter del código punitivo y también en la Ley N°20.066, por lo

que no surgen en nuestro medio recién ahora, bajo la normativa nueva, pues nuestro legislador ya había previsto tales facultades como posibles de aplicar, también en cualquier momento, e incluso de oficio en el caso de las primeras.

13.3. Medidas de protección para la declaración judicial de NNA testigos de los delitos indicados en el artículo 1° (Artículo 26). “En el caso de la declaración judicial de niños y niñas testigos, el tribunal decretará, como medida especial destinada a protegerlos, que aquélla se realice en la forma señalada en el inciso segundo del artículo 14. Si el testigo fuere un adolescente, el tribunal podrá, considerando sus circunstancias personales y psicológicas, adoptar medidas especiales de protección para impedir el contacto directo con los intervinientes y el público, incluyendo la señalada en el inciso anterior”.

A diferencia de los dos artículos anteriores, esta disposición legal sólo resulta aplicable a los NNA que fueron testigos de los ilícitos que rige la Ley, según fluye de su claro tenor literal, sin embargo, el legislador distingue si se trata de niños o niñas —personas menores de 14 años de edad— por una parte, o si se trata de adolescentes —mayores de 14 años de edad, pero menores de 18— puesto que les otorga un tratamiento diferenciado a unos y otros.

Respecto de los niños o niñas, dispone que para recibir su declaración judicial “el tribunal decretará, como medida especial destinada a protegerlos, que aquélla se realice en la forma señalada en el inciso segundo del artículo 14”, vale decir, en una sala especial que reúna las condiciones previstas en la Ley y su Reglamento, y “que permita que el juez lo interrogue presencialmente en dicha

sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio”. Si el testigo, en cambio, es un adolescente, “el tribunal podrá, considerando sus circunstancias personales y psicológicas, adoptar medidas especiales de protección para impedir el contacto directo con los intervinientes y el público, incluyendo la señalada en el inciso anterior”.

De lo dicho fluyen dos diferencias en el tratamiento de estos resguardos para la declaración judicial de testigos, dependiendo si se trata de niños o adolescentes:

a) En el caso de los niños o niñas, la adopción de la medida de protección es obligatoria, puesto que la Ley imperativamente dispone que el tribunal la “decretará”, en tanto que en el caso de los adolescentes es facultativa, por cuanto la norma establece que “el tribunal podrá, considerando sus circunstancias perso-

nales y psicológicas, adoptar medidas especiales de protección”.

b) Respecto de las medidas concretas de protección que se debe decretar, en el caso de los niños y niñas se establece “la forma señalada en el inciso segundo del artículo 14”, esto es, en una sala especial que permita que el juez lo interroge presencialmente, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. En cambio, respecto del testigo adolescente, considerando sus circunstancias personales y psicológicas, el tribunal podrá establecer alguna modalidad para impedir el contacto directo con los intervinientes y el público, incluyendo la señalada en el inciso anterior, vale decir, cualquier medida de protección que provea adecuadamente dicho fin, incluyendo la declaración en sala especial frente al juez, prevista para los niños y niñas.

En suma, ante la pregunta de cómo presta declaración judicial un testigo de alguno de los delitos indicados en el artículo 1° de la ley, podemos afirmar que si trata de un niño o niña, lo hará siempre en sala especial, directamente ante el juez—se encuentre o no acreditado, pues aquí no actúa como entrevistador intermedio— debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas a través suyo; en cambio, en el caso de un testigo adolescente, podrá hacerlo en sala especial de la forma antedicha, o a través de otra medida de protección que impida el contacto directo con los intervinientes y el público.



14.

DE LA FORMACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS ENTREVISTADORES Y DE LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL.

14.1. Disposición de entrevistadores (artículo 27). La norma comienza señalando que “la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y el Mi-

nisterio Público contarán con personal debidamente calificado, y con acreditación vigente, en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños, niñas o adolescentes. Por su parte, el Poder Judicial podrá contar con jueces y funcionarios que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 19, puedan ser elegidos como intermediarios en la declaración judicial de conformidad con el artículo 15”.

Al respecto, lo primero que cabe advertir es que las tres primeras instituciones mencionadas están obligadas a contar con personal calificado y acreditado, pues la norma dice "contarán con personal", en cambio, al Poder Judicial no le es imperativo sino meramente facultativo, puesto que se señala que "podrá contar". Luego, en lo que atañe a las tres entidades vinculadas a la persecución penal mencionadas al inicio, los funcionarios que les ordena mantener especializados y con acreditación vigente están destinados a realizar tanto entrevistas investigativas como intermediación en la declaración judicial, mientras que en el Poder Judicial, en cambio, la destinación de dicho recurso humano "calificado y acreditado" siempre será para efectos de intermediar en juicio, por lo que jamás intervendrán como entrevistadores en una EIV.

En seguida, el artículo continúa señalando que "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".

Sobre este punto cabe subrayar que el término "entrevistadores" es genérico y no se limita únicamente a quienes actúan en una EIV, sino que se extiende a quienes lo hacen como intermedia-

rios en una declaración judicial, y así lo establece la letra e) del artículo 2 del Reglamento respectivo, en tanto en sus artículos 7 y 8 se detalla quiénes pueden ser entrevistadores y cuáles son las funciones que les compete.

Finalmente, la disposición legal que estamos analizando concluye que “excepcionalmente, para garantizar el funcionamiento del sistema, en caso de no existir suficientes entrevistadores acreditados pertenecientes a la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y el Ministerio Público, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública deberá proveer los entrevistadores necesarios, quienes igualmente deberán cumplir con los requisitos señalados en el artículo 19”. Se establece una responsabilidad subsidiaria por parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para proveer al sistema de personal ca-

pacitado y acreditado para actuar como entrevistadores, quienes desde luego deberán reunir todos los requisitos legales y reglamentarios para actuar como tales.

14.2. Proceso de formación de entrevistadores (artículo 28). La primera parte del artículo señala que “la formación de los entrevistadores se llevará a cabo mediante un curso inicial de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada a niños, niñas o adolescentes, y un programa de formación continua”. De esta manera se establece en la Ley dos etapas en la capacitación de los profesionales que van a desarrollar las labores de entrevistadores o intermediarios, la primera, el Curso Inicial de Formación Especializada (CIFE), destinado, como su nombre lo indica, a la

primera fase de formación que conduce a la eventual acreditación del postulante ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y en seguida, el Programa de Formación Continua (PFC), dirigido a la mantención de las destrezas y conocimientos, y revalidación de aquella acreditación a lo largo del tiempo.

En efecto, el artículo 22 del Reglamento define en qué consiste un CIFE indicando que es “una actividad de formación que incorpora contenidos y actividades que permite a los participantes desarrollar correctamente cada una de las fases de la entrevista investigativa videograbada y/o de la declaración judicial, según corresponda al rol que deba desarrollar dentro del sistema procesal penal, considerando el contexto penal chileno y las particularidades de niños, niñas o adolescentes víctimas de los delitos señalados en el inciso primero del

artículo 1° de la Ley”. Por su parte el artículo 25 del mismo cuerpo normativo señala que “el PFC es una instancia de capacitación, seguimiento y evaluación permanente del entrenamiento, competencias y destrezas adquiridos por el entrevistador en el CIFE, que involucra un proceso continuo de supervisión y retroalimentación del desempeño del entrevistador, de modo de lograr que se mantengan y potencien los conocimientos y competencias aprendidas”.

Pero el legislador no se limitó a establecer estos dos niveles del proceso de formación de los entrevistadores e intermediarios, sino que también sentó las bases en cuanto a los contenidos mínimos que aquél debe contemplar, indicando que “los cursos de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa deberán incorporar a lo menos:

a) Los contenidos y actividades que garanticen que los participantes desarrollen correctamente cada una de las fases de una entrevista investigativa videograbada, considerando el contexto penal chileno y las particularidades de NNA víctimas de los delitos señalados en el inciso primero del artículo 1°.

b) Instancias de práctica con retroalimentación experta.

c) Sistema de evaluación que mida las competencias del entrevistador. Por su parte, el programa de formación continua contemplará un sistema permanente de capacitación, seguimiento y evaluación de las competencias del entrevistador, que garanticen la mantención de los conocimientos y habilidades adquiridas en el curso inicial de formación especializada previsto en el inciso anterior”.

Asimismo, en los artículos 18 y siguientes del Reglamento respectivo se regulan con detalle los estándares técnicos que se exigen para el Curso Inicial de Formación Especializada (CIFE) y para el Programa de Formación Continua (PFC), las entidades facultadas para impartirlos, las condiciones mínimas para su implementación, el contenido de las mallas curriculares, su duración, las instancias prácticas con retroalimentación experta y su evaluación. Además, todas estas materias también han sido objeto de una bajada aún más minuciosa en el Protocolo de Actuación Interinstitucional de la letra h) del artículo 31 de esta Ley.

Finalmente, la disposición en análisis prevé que “para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, las instituciones señaladas en el artículo 27 podrán celebrar convenios con institucio-

nes, organismos o entidades, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que impartan cursos de formación especializada en entrevistas videograbadas y que cumplan los estándares técnicos establecidos previamente por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el reglamento e, igualmente, con lo que dispongan los protocolos de atención institucional del artículo 31. Los convenios deberán suscribirse de forma tal que aseguren la continuidad y calidad del proceso de formación de los entrevistadores".

Como se aprecia, los convenios sólo pueden ser celebrados con instituciones que impartan cursos de formación especializada en estas materias, y que cumplan con los estándares técnicos contemplados en la Ley, Reglamento y en los Protocolos a que hemos hecho alusión.



15.

REGLAMENTO (artículo 29).

Este artículo de la ley tiene la particularidad que, por una parte, le encarga la elaboración de un Reglamento de la Ley al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, por otra, le indica detalladamente el contenido o aspectos que

aquel deberá regular. En concreto señala que “un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá:

- a) Las condiciones y requisitos que deberán cumplir los programas de los cursos de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista y declaración judicial del niño, niña o adolescente.
- b) La forma, condiciones y requisitos para

la implementación del programa de formación continua, seguimiento y evaluación de las personas que efectuarán las entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales.

c) La forma, condiciones y requisitos para el desarrollo de los procesos de acreditación de los entrevistadores y su vigencia.

d) Las especificaciones técnicas de las salas en que se desarrollen la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas o adolescentes.

e) Los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas y adolescentes.

f) La forma, condiciones, plazos y requisitos para revalidar la acreditación de entrevistador.

g) Cualquier otro aspecto necesario para la correcta implementación del sistema de entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales de niños, niñas o adolescentes.

Los criterios que establezca el reglamento deberán ser revisados y actualizados, a lo menos, cada tres años, a fin de adecuar las prácticas nacionales a la evolución de los protocolos y reglas internacionales vigentes".

Cabe advertir que, en su inciso final, el legislador estableció una cláusula de adaptabilidad, ordenando a la autoridad reglamentaria a revisar y actualizar a lo menos cada tres años los criterios que establezca, para adecuar las prácticas nacionales "a la evolución de los protocolos y reglas internacionales vigentes". Ello conlleva un mandato de flexibilidad, revisión y adaptación permanente de los criterios y prác-

ticas adoptadas en Chile, para conservar su vigencia conforme a los estándares internacionales sobre la materia.



16.

FUNCIONES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (artículo 30).

El legislador le asigna varias tareas al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el marco de la presente Ley, algunas de ellas son de ejecución previa a su entrada en vigencia y otras, como veremos, son de

carácter permanente. Al respecto se establece que “corresponderá a este Ministerio ejercer las siguientes funciones:

a) Coordinar la actuación de los organismos encargados de dar cumplimiento a la presente ley, con el fin de establecer lineamientos, estándares y criterios generales. Esta coordinación se dará en el marco de las sesiones de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, dispuesta en la ley N°19.665.

b) Evaluar el funcionamiento del sistema, con el objeto de proponer las reformas que estime pertinentes, dentro del ámbito de su competencia. Asimismo, proponer a los organismos públicos involucrados en su funcionamiento los protocolos de actuación y atención institucional a niños, niñas o adolescentes.

c) Acreditar como entrevistadores, y revalidar dicha acreditación, a quienes cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley y en su reglamento. Esta acreditación será siempre temporal, con un tiempo de vigencia establecido en el reglamento respectivo y cuya renovación estará siempre sujeta a la aprobación de los requisitos dispuestos en él.

d) Mantener y administrar un registro actualizado de los entrevistadores con acreditación vigente, con indicación de la institución a la que pertenecen y su domi-

cilio, el que estará siempre a disposición del Poder Judicial y del Ministerio Público, a través de medios técnicos óptimos".

La labor de coordinación prevista en la letra a) la ejerce en el marco de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, dispuesta en la Ley N°19.665, más conocida como Comisión de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal, en la que participan las autoridades que encabezan las instituciones involucradas en el sistema, como son el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública. En el seno de dicha Comisión Permanente se discuten los grandes lineamientos sobre la materia, los que luego se implementan a través de una Subcomisión Técnica de la que aquella se ha dotado, con representantes de las instituciones respectivas,

para discutir y proponer los detalles de aquel trabajo.

La evaluación del funcionamiento del sistema conlleva también la proposición de eventuales reformas que se estimen convenientes. Además, los Protocolos de Actuación y Atención Institucional a los que se alude en el numeral b) de la disposición, son los que se encuentran descritos en cuanto a su contenido por el artículo 31, y han sido elaborados por la Subcomisión Técnica mediante mesas de trabajo técnico que incorporan en cada caso a las instituciones involucradas según el ámbito de regulación institucional de que se trate.

La función de acreditar a los entrevistadores y de revalidar dicha acreditación es de carácter permanente puesto que tal validación será siempre de vigencia temporal. En el artículo 25 del Regla-

mento respectivo se establece que “el primer ciclo de PFC deberá completarse dentro de un año desde la notificación de la resolución que acredite a la persona interesada como entrevistador, mientras que los sucesivos deberán completarse dentro de dos años desde la notificación del acto que revalide tal acreditación”. En consecuencia, luego de obtenida la acreditación mediante el curso inicial de formación (CIFE), el primer PFC se deberá efectuar dentro del año siguiente, y los sucesivos, en el lapso de dos años, contados desde la culminación de los procesos respectivos.

17.



PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL (artículo 31).

Los Protocolos de Actuación y de Atención Institucional forman parte del cuerpo normativo establecido en la Ley N°21.057 y,

desde esa perspectiva, resultan obligatorios para conducir las actuaciones de las instituciones respectivas, no sólo por su derivación directa desde la normativa especial que nos convoca, sino también porque a través de sus disposiciones se concretizan las reglas y principios previstos en aquélla, en tanto se establece cual es el comportamiento práctico al que debe ajustarse el actuar institucional en cada materia y cada etapa del proceso.

Al igual que lo hizo con el Reglamento respectivo, en el caso de los Protocolos la propia Ley ordenó su redacción y fijó cuáles han de ser sus contenidos concretos, los que también corresponden a sus finalidades. Así, en el artículo 31 se prevé que “los protocolos de actuación y de atención institucional a que hace referencia la letra b) del artículo 30 deberán considerar, al menos, los siguientes aspectos:

a) Los estándares de derivación de denuncias a las instancias correspondientes bajo los parámetros señalados en el artículo 4° de la presente ley.

b) Los 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.

c) Los 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.

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.

e) Las medidas para asegurar que las interacciones con niños, niñas o adolescentes se realicen en condiciones que resguarden su privacidad, confidencialidad y seguridad.

f) Las medidas que permitan generar las condiciones necesarias para que en cada interacción con niños, niñas o adolescentes, éstos puedan ejercer plena-

mente sus derechos conforme al desarrollo de sus capacidades.

g) Las 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 o adolescentes.

h) Los estándares técnicos que deberán satisfacer los cursos de formación especializada de entrevistadores.

i) 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".

Cabe hacer presente que al indicar el legislador que aquellos habrán de consi-

derar "al menos" los siguientes aspectos, establece una enumeración no taxativa que admite ser adicionada, aunque no disminuida, de manera que la autoridad reglamentaria podría proponer en el futuro otros protocolos que se estimen necesarios para dar cumplimiento cabal a los principios y normas de la Ley y su Reglamento. Ello es congruente con el mandato de flexibilidad y actualización permanente de los criterios y prácticas adoptados en Chile, que antes comentamos con ocasión del Reglamento, tendiente a mantener su vigencia conforme a los estándares internacionales en la materia. En tal medida, guarda también armonía con la función evaluadora que el artículo 30 letra b) le asigna al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el marco de la presente Ley.

DIRECTRICES SOBRE
INTERMEDIACIÓN

