



**MINUTA ACERCA DE LA LEY N° 21.057
QUE REGULA LAS ENTREVISTAS
VIDEOGRABADAS Y OTRAS MEDIDAS DE
RESGUARDO A VÍCTIMAS MENORES DE EDAD**

Departamento de Estudios

Defensoría Nacional

Francisco García Manzor

Javier Ruiz Quezada

Carlos Verdejo Galleguillos

Departamento de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, febrero de 2020

Contenido	
Introducción.....	6
Antecedentes a la ley.....	11
I. Normativa Internacional.....	11
II. Regulación nacional previa a la Ley N° 21.057.....	15
a) Instalación de Salas Gesell y Salas Especiales.....	15
b) Prueba anticipada para NNA víctimas de delitos sexuales (Artículo 191 bis CPP).....	18
c) Las medidas de protección a los testigos y la entrevista por videoconferencia (Artículos 308 y 329 CPP).....	21
d) La declaración por videoconferencia (artículo 329 CPP).....	21
Análisis a Ley N° 21.057.....	23
III. Modificaciones introducidas en el Código Procesal Penal.....	23
IV. Diseño Normativo y ámbito de aplicación de la ley.....	28
V. Normativa General de la Ley 21.057.....	30
a) Especialidad de las normas de la ley 21,057.....	30
b) Personas sujetos de protección.....	31

c)	Normas especiales de protección para niños, niñas y adolescentes testigos de los delitos que contempla la ley 21.057.....	34
d)	Normas especiales de protección para niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos que contempla la ley 21.057.....	35
e)	Catálogo de delitos.....	37
f)	Principios rectores de la ley 21.057.....	40
	i. Interés superior.....	41
	ii. Autonomía progresiva y derechos a ser oído.....	43
	iii. Participación voluntaria.....	45
	iv. Prevención de la victimización secundaria.....	47
	v. Asistencia oportuna y tramitación preferente.....	47
	vi. Resguardo de su dignidad.....	49
VI.	De la denuncia, entrevista investigativa video grabada y declaración judicial.....	49
a)	La denuncia.....	49
	i. Condiciones generales que deben resguardarse en el proceso de la denuncia efectuada por un niño, niña o adolescente.....	50

ii.	Otros aspectos del proceso de denuncia.....	53
iii	Denuncia realizada por un perito que, con ocasión de una pericia, toma conocimiento de un hecho relatado por el NNA.....	54
iv.	Denuncia efectuada por otras personas obligada a denunciar.....	55
v.	Actuación del Ministerio Público una vez recibida la denuncia.....	57
vi.	Sanción por la inobservancia de las disposiciones sobre recepción de denuncia.....	57
b)	La entrevista investigativa video grabada.....	58
i.	Objeto de la entrevista.....	58
ii.	Quién debe realizar la entrevista: el entrevistador.....	59
iii.	Oportunidad para realizar la entrevista video grabada.....	64
iv.	Desarrollo de la entrevista y condiciones de realización.....	66
1)	Realización en salas especialmente acondicionadas.....	66
2)	Etapas previas a la EIV.....	68
3)	Participantes en la entrevista.....	69

4) Desarrollo de la EIV.....	71
v. Obligación de registro de la entrevista investigativa.....	73
vi. Deber de reserva del contenido de la entrevista investigativa y sanciones a incumplimiento.....	76
1) De la reserva.....	76
2) Excepciones al deber de reserva de la entrevista investigativa. Acceso al registro de la entrevista.....	78
3) Utilización de la EIV.....	81
vii. Cantidad de entrevistas que podrán realizarse.....	84
c) Otras diligencias investigativas.....	86
d) Declaración judicial del niño, niña o adolescente.....	94
i. Objeto de la declaración judicial.....	94
ii. Designación de entrevistador.....	94
iii. Funciones y rol del intermediador.....	97
iv. Participantes de la declaración judicial.....	99
v. Condiciones de realización.....	101

vi.	Desarrollo de la declaración judicial.....	102
1)	Arribo y espera del NNA.....	102
2)	Fase previa.....	102
3)	Fase de desarrollo.....	105
4)	Situación especial de las objeciones y rol del intermediador	106
5)	Fase de cierre.....	110
vii.	Registro y reserva del contenido de la declaración judicial y sanciones a su incumplimiento.....	110
viii.	Reproducción del video de la entrevista investigativa grabada en la audiencia de juicio.....	111
1)	La norma que autoriza la reproducción de la EIV.....	111
2)	Exhibición para complementar la declaración o demostrar contradicciones o inconsistencias.....	113
3)	El problema de determinar cuándo el NNA sufre una incapacidad grave, psíquica o física para prestar declaración.....	116
4)	Exhibición de la EIV.....	118
ix.	Declaración judicial anticipada.....	118

Introducción.

La Ley N° 21.057 que “regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales¹”, tiene por objeto mejorar la forma en que los niños, niñas y adolescentes (en adelante e indistintamente “NNA”) víctimas de ciertos delitos se relacionan con el sistema procesal penal, a fin de minimizar la victimización secundaria que puedan sufrir y resguardar sus derechos de manera más efectiva.

Tal como se constató en el mensaje que dio inicio a su tramitación, 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 víctima de un delito de carácter sexual, situación que se agrava cuando ella es un menor de edad, en cuyo caso la fragilidad física e inmadurez psicológica que los caracteriza en esa etapa de la vida magnifican el daño. Una agresión sexual en esa etapa del desarrollo se presenta como una enorme fuerza desestabilizadora, que involucra aspectos afectivos, conductuales y relacionales altamente confusos, que sin lugar a dudas deben tomarse en consideración para efectos de regular de manera adecuada esta materia.

Esta situación de vulnerabilidad aumenta cuando el sistema justicia criminal expone a las víctimas niños, niñas y adolescentes a situaciones tales como la realización reiterada de declaraciones, el sometimiento a múltiples peritajes para verificar la veracidad de su relato, hostilidad de ciertos funcionarios con los que interactuará, inadecuadas instalaciones en que se debe declarar, entre otros. Estos escenarios, además de aumentar el daño inicial que las víctimas sufren como consecuencia del delito, se convierten en un incentivo para que se desistan

¹ El título de la ley induce a error pues, como se verá más adelante, su artículo 1° contempla su aplicación no solo a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, sino también de algunos delitos cometidos contra las personas, la libertad personal y la propiedad.

de denunciar un hecho o de participar en un juicio oral, lo que afecta negativamente el correcto funcionamiento de sistema.

En virtud de lo anterior, la Ley N° 21.057 busca reducir lo máximo posible que los niños, niñas o adolescentes se vean expuestos a una victimización secundaria, entendida como el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social².

Uno de los nudos problemáticos que el mensaje de la Ley N° 21.057 identifica es que el principio del interés superior del niño quedara supeditado a los objetivos generales de la investigación y del proceso penal, lo que constituye una infracción de dicho principio. A fin de poder remediar esta situación, la ley incorpora dentro de sus pilares fundamentales una serie de principios que rigen la etapa de investigación y el desarrollo del juicio oral. A saber, el interés superior del niño, el reconocimiento de su autonomía progresiva y la participación voluntaria.

En los aspectos más específicos y operativos, la ley regula el procedimiento de denuncia e introduce como novedad la entrevista investigativa, la que deberá ser realizada en el tiempo más próximo a la denuncia. Luego, se establecen normas especiales, que vienen a regular la declaración anticipada de los niños, niñas y adolescentes, y su declaración en el juicio oral.

Respecto de la entrevista investigativa se establece una nueva modalidad para realizarlas, debiendo ser siempre video grabada, con el objeto de poder acudir a dicho material audiovisual en lugar de requerir nuevas entrevistas a los niños, niñas y adolescentes y, en ciertos casos, permitir su reproducción en el juicio oral.

Se introduce la figura del entrevistador, que tendrá como función realizar la entrevista y la declaración judicial, y evitar, entre otras situaciones, que el niño, niña o adolescente tenga un contacto directo con los intervinientes, sirviendo como

² Mensaje de la Ley N° 21.057

intermediario entre éstos. Se contempla que el entrevistador deba ser una persona capacitada profesionalmente y contar con una acreditación vigente en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En relación con la modalidad de las entrevistas, la ley exige que sean video grabadas, las cuales serán ordenadas por el fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación y serán registradas íntegramente, transcritas y adjuntadas a la investigación. En el caso de la declaración judicial del niño, niña o adolescente, ésta también deberá ser registrada por medio de videograbación.

La iniciativa legislativa fue apoyada por los distintos actores que fueron invitados a discutir sobre ella, pero cabe detenerse brevemente en algunas consideraciones que se plantearon durante la tramitación. En ese sentido, se señaló que iniciativas de esta naturaleza afectan los objetivos generales del proceso penal y ponen en riesgo las garantías constitucionales del imputado, particularmente el derecho a la defensa en aspectos tales como el derecho a controvertir la prueba de cargo en todas las etapas del procedimiento y la facultad de tener acceso directo e irrestricto a las pruebas en su contra³. También se recalcó que el interés de los niños, niñas y adolescentes previsto en la Convención de Derechos del niño y en otros instrumentos internacionales ratificados por Chile debe tener un carácter preeminente en la ley, pero que dicha prerrogativa debe estar sujeta a límites, a fin de evitar la vulneración de los fines del proceso penal y los derechos de los intervinientes, en especial los del imputado⁴. Por ello es que el debate se centró en definir cuál de estos elementos sería el preponderante.

En algunos aspectos más específicos de la ley, se discutió latamente sobre el número de entrevistas a realizar, contexto en que se hizo énfasis en lo dañino que resulta exponer a los niños, niñas y adolescentes a un sinnúmero de entrevistas en condiciones no adecuadas para su edad ni desarrollo, y en los que en muchos casos se obtenía la misma información. También se planteó que el

³ Historia de la Ley N° 21.057, p. 28.

⁴ Ibíd. p. 19.

permitir la reproducción de la entrevista investigativa en la audiencia del juicio oral, en lugar que el niño, niña o adolescente preste su declaración en forma presencial, pondría en riesgo las garantías constitucionales del imputado, como el derecho a controvertir la prueba de cargo, como elemento central del debido proceso. Adicionalmente, la Defensoría Penal Pública hizo presente que esta situación iría directamente en contra de nuestro sistema procesal penal, pues en virtud de su naturaleza acusatorio- adversarial, el control fundamental de la prueba se realiza en el juicio oral. De esa manera, el único momento en que la defensa podría apreciar la declaración como medio de prueba sería durante la fase investigativa, bajo la modalidad de prueba anticipada, en la cual aún cuenta con un conocimiento parcial de toda la información.

En cuanto a la entrevista, se arribó a consenso que quien desempeñe la labor de entrevistador debe contar con formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa video grabada y declaración judicial a niños y niñas o adolescentes, además de encontrarse acreditado ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se acordó, además, que los lugares donde se realicen las entrevistas deben contar con espacios e infraestructura adecuada. En ese sentido, y en el marco de asegurar un debido respeto por dichas consideraciones, se regulan en la ley y su reglamento las condiciones para su realización, de manera de evitar la improvisación y la disparidad de criterios utilizados hasta el momento para interrogar a los niños, niñas y adolescentes. La ley también dispone la reserva del contenido de la entrevista investigativa y la declaración judicial, permitiendo a determinados sujetos el acceso al registro y estableciendo sanciones penales a quienes vulneren la reserva.

Discusión aparte recae sobre la persona que hará de entrevistador, que por la importante labor que realiza debe ser imparcial y objetivo. La ley obliga a la Policía de Investigaciones de Chile, Carabineros de Chile y al Ministerio Público a contar con funcionarios calificados y acreditados para ser entrevistadores, mientras que el Poder Judicial podrá contar con jueces y funcionarios capacitados. Un aspecto problemático de este punto guarda relación con la imparcialidad y

neutralidad del entrevistador, la que queda en entredicho cuando el designado pertenece al Ministerio Público o las policías, debido a las complejas relaciones jerárquicas y de dependencia institucional.

El presente documento tiene por objeto exponer y analizar las instituciones introducidas y reguladas por la Ley N° 21.057, así como dar cuenta de algunas dificultades que pueden surgir en la práctica para el ejercicio de la defensa. Para ello, se presentará el marco normativo que antecede a la Ley N° 21.057, las modificaciones realizadas al Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”) y se desarrollarán los aspectos generales de la ley para luego abordar, al menos descriptivamente, aspectos específicos del procedimiento de denuncia, de la realización de la entrevista video grabada, de la declaración anticipada y de la declaración en juicio oral, para finalizar con una breve mención a sus normas adecuatorias y disposiciones transitorias.

ANTECEDENTES A LA LEY

I. Normativa Internacional

La ratificación de la **Convención sobre los Derechos del Niño** en 1990 marcó un hito en nuestro país en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes. La Convención es el principal instrumento internacional vinculante determinado a incorporar y reconocer el concepto de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su calidad de sujetos de derechos, los que deben ser informados, enterados, consultados y oídos⁵. Lo anterior, no obstante la preexistencia de diversos instrumentos internacionales que han participado en el desarrollo de la protección de la infancia, tales como la **Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño** (1924); la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (1959), que les otorga a todos los niños, en atención de sus características particulares, una forma especial de protección social e introduce por primera vez el concepto de “interés superior del niño” como principio rector para los Estados⁶; y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (1969), que estableció como principio general⁷ el derecho del niño a ser protegido en su condición de tal y la obligación de los sujetos a cargo de su cuidado de otorgarle tal protección.

La **Convención sobre los Derechos del Niño** ratifica y complementa aquellos derechos reconocidos por los instrumentos internacionales que le preceden. En concreto, resaltan como normas y principios aplicables al objeto de estudio de esta minuta el del interés superior del niño, recogido en el artículo 3 N°

⁵ Rosati, Nora y Puyol, Carolina. “Declaración judicial de niños, niñas y adolescentes en tribunales orales en lo penal: manual de abordaje”. Poder Judicial de Chile, pág. 13.

⁶ **Principio 2°:** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁷ **Artículo 19.** Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por su familia, la sociedad y el Estado.

1⁸ de la Convención antes referida, que nos ofrece un concepto jurídico que ha sido ampliamente desarrollado posteriormente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en cuanto a entender que este principio se encuentra orientado a asegurar al niño el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad. Desde luego, el concepto y alcance del principio del interés superior concepto debe delimitarse para cada caso en concreto⁹.

Otra norma destacable es el artículo 12 de la Convención¹⁰, esto es, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan, como consecuencia de su reconocimiento como sujetos de derechos que pueden y deben implicarse en los conflictos civiles y penales en que se encuentren, en las condiciones más idóneas de acuerdo a sus circunstancias personales, y sopesar lo que señale dentro de la decisión correspondiente¹¹. Por otro lado, el artículo 19¹² señala que los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, las que deben comprender programas y procedimientos eficaces, lo que se extiende incluso a la intervención

⁸ **Artículo 3.1** En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 565-2009, 22 de abril de 2009, Considerando N° 6.

¹⁰ **Artículo 12.** 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹¹ Rosati, Nora y Puyol, Carolina. Op. Cit p. 15.

¹² **Artículo 19.** 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

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

judicial. Por último, los Estados se comprometen, por mandato del artículo 39¹³, a adoptar toda medida apropiada para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En resumen, estas normas conforman las bases que fijan la idea matriz que se materializa en la ley N° 21.057, buscando adaptar adecuadamente la normativa nacional con el estándar de la Convención de los Derechos del Niño, a fin de evitar la doble victimización y lograr el desarrollo integral de los NNA, con pleno respeto de cada uno de los derechos que se les reconoce.

Adicionalmente a este cuerpo normativo, se han incorporado documentos emitidos por organismos internacionales especializados que buscan complementar y profundizar las ideas tratadas. Un ejemplo son las '**Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos**', del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2005), el reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA que son víctimas y testigos de delitos y la necesidad de otorgarles protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales, respetando su integridad física, mental y moral, para evitar mayores sufrimientos en exámenes y entrevistas, a fin de impedir que su participación en el proceso penal les cause perjuicios y traumas adicionales, pero reconociendo que su participación es absolutamente necesaria para un enjuiciamiento efectivo, en particular cuando el NNA víctima puede ser el único testigo. Las directrices recalcan la necesidad de que las entrevistas, exámenes, interrogatorios y demás tipos de investigaciones sean realizadas por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor, adaptando dichas interacciones de manera que resulten

13

Artículo 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

adecuadas a la calidad de menor, en un ambiente apropiado según sus necesidades, aptitudes, edad, madurez intelectual, la evolución de su capacidad y utilizando procedimientos idóneos como el uso de salas de entrevistas especiales, salas de audiencias modificadas, horas de actuación apropiadas y recesos. Manifiesta la importancia de reducir el número de contactos del menor dentro del proceso de justicia y de alejarlo del presunto agresor para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional que el contacto con éste le significaría, procurando impedir cualquier tipo de confrontación con el inculpado o contacto visual innecesario con éste, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y con el debido respeto al derecho de la defensa, usando para el efecto, por ejemplo, grabaciones en video o salas especiales.

Similares preocupaciones plantean las **'Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad'** (2008), que estipulan que todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por los órganos del sistema de justicia en atención a su desarrollo, dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran debido a su menor capacidad para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados del delito o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. Las reglas insisten en que se procurará que los daños sufridos por las víctimas no se vean incrementados como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia y se deberá garantizar, en todas las fases del procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada.

También promueve la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participen los sujetos en situación de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, usando para estos efectos la grabación en soporte audiovisual del acto procesal, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales. Adicionalmente y respecto de la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales, las

reglas señalan que en ellos se debe tener en consideración su edad y desarrollo integral, y en todo caso celebrar su participación en salas adecuadas, empleando un lenguaje sencillo para facilitar la comprensión y evitando todos los formalismos innecesarios.

En conjunto, los instrumentos internacionales previamente señalados y sus complementos han entregado un marco jurídico que limita al Estado y lo orientan, exhortándolo a tomar las medidas necesarias para modificar y adecuar el ordenamiento legal interno a estándares que permitan garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno goce de sus derechos. La asimilación de estos conceptos ha permitido concluir en la necesidad de construir un espacio y un protocolo particular para la toma de declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos graves¹⁴.

II. Regulación nacional previa a la ley N° 21.057

En nuestro país han existido diversos esfuerzos orientados a mejorar los protocolos de actuación del sistema judicial con la finalidad de reducir la victimización secundaria, tales como la instalación progresiva del sistema de salas *Gesell* en los tribunales de familia y salas especiales CCTV en los tribunales de juicio oral en lo penal; la rendición anticipada de prueba de menores de edad (art. 191 bis CPP); las medidas de protección a testigos en casos graves y calificados (art. 308 CPP); la toma de declaración de un menor de edad por el juez presidente del tribunal (art. 310 CPP) y la posibilidad de entrevistar testigos mediante un sistema de videoconferencias (art. 329 CPP).

a) Instalación de Salas *Gesell* y Salas Especiales

A fin de disminuir la revictimización y las múltiples entrevistas a las que son sometidos los NNA víctimas de delitos, el Poder Judicial ha ejecutado

¹⁴ Rosati, Nora y Puyol, Carolina. Ob. cit. p. 17.

progresivamente diversos programas de instalación de salas especiales para el efecto.

En primer lugar, destaca la creación de Salas *Gesell* en los tribunales de familia a partir de 2011¹⁵, las cuales permitirían documentar las entrevistas realizadas a los menores de edad en casos de abusos y maltratos en contexto de violencia intrafamiliar.

Respecto de los tribunales con competencia en lo penal también se efectuó un plan de desarrollo de salas especiales para la toma de declaraciones de NNA víctimas o testigos de delitos. Según da cuenta el Auto Acordado del 3 de junio de 2014, contenido en el Acta N° 79-2014 del Tribunal Pleno de la Excm. Corte Suprema, se resolvió tomar las medidas necesarias para dar una protección apropiada a los menores de edad que prestan declaración en tribunales, atendida su situación de vulnerabilidad, ordenando la instalación de salas especiales en los tribunales de juicio oral en lo penal distintas de la sala de audiencia, acondicionada especialmente para la persona del declarante.

Salas *Gesell*

La sala *Gesell* es un espacio especialmente acondicionado para observar y registrar el comportamiento del niño, niña o adolescente en una situación de entrevista, de una manera natural, procurando la ausencia de perturbaciones para aquel que está siendo entrevistado¹⁶⁻¹⁷. Esta sala se compone de dos subdivisiones o espacios, denominados área de observación y área de entrevistas. Ambos espacios se encuentran conectados por un espejo unidireccional, que

¹⁵ “Tribunal de Melipilla inaugura Cámara Gesell que evita la revictimización de niños en procesos judiciales. Unicef. 06/01/2012”. Disponible en: <https://unicef.cl/web/tribunal-de-melipilla-inaugura-camara-gesell-que-evita-la-revictimizacion-de-ninos-en-procesos-judiciales/> Consultada por última vez el 16 de septiembre de 2019.

¹⁶ “Sistema de entrevistas video grabadas para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Anteproyecto de Ley y Fundamentación Técnica”. Fundación Amparo y Justicia. Octubre 2012, p. 43.

¹⁷ El artículo 2° letra i) del Reglamento de la Ley 21.057 define lo que se entiende por Sala Gesell: “Sala Gesell habilitada: Sala conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral cubierto por una cortina tipo roller de tono neutro, la cual cuenta con equipos de audio y de video que permitan la grabación, y habilitada para el desarrollo y observación de las entrevistas investigativas video grabadas”.

permite que las personas que están en el área de observación puedan mirar lo que ocurre en el área de entrevista, pero quienes se encuentran en la sala de entrevista sólo pueden ver un espejo. El audio es captado por micrófonos y reproducido por parlantes en la sala de observación. Además, incluyen un sistema de videograbación que permite el registro simultáneo del audio e imagen de todo lo que ocurre en el área de entrevista. Para mantener el contacto entre las personas que se encuentran en ambos espacios, se puede utilizar un intercomunicador o auricular¹⁸.

Salas especiales con circuito cerrado de televisión (CCTV).

Estas salas están provistas de dos cámaras, una de las cuales está dirigida a efectuar tomas en un plano general y la otra destinada a captar imágenes en primer plano del entrevistado; además, cuentan con micrófonos imperceptibles, de manera que permite a los intervinientes del proceso seguir la declaración y su desarrollo por imágenes y sonido reproducidos en tiempo real, a través de un televisor o monitor instalado en la sala de audiencias¹⁹.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 310 del Código Procesal Penal, la entrevista debe ser realizada exclusivamente por el juez presidente de la sala, quien puede ser asistido por un profesional especializado designado con acuerdo de los intervinientes. El juez presidente debe estar permanentemente comunicado con los intervinientes, los cuales pueden escuchar en tiempo real la entrevista y realizar las preguntas por intermedio de aquel, quien está en condiciones de oírlas mediante un auricular especial.

Las salas logran favorecer el logro de intimidad y privacidad al entrevistado, pues reducen la presencia de estímulos intimidantes o distractores para el NNA, como son las interrupciones, ruidos o tránsito de personas, reduciendo en alguna

¹⁸ "Entrevista Investigativa Video grabada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales. Fundamentos y Orientaciones Técnicas Basadas en Evidencia Internacional. Fundación Amparo y Justicia", año 2016, p. 130 y 131.

¹⁹ El artículo 2° letra h) del Reglamento de la Ley 21.057 define lo que se entiende por Sala Especial: "Sala Especial: Sala que cuenta con un sistema de circuito cerrado de televisión que permite disponer de visibilidad y audio en tiempo real, junto con video grabar y almacenar grabaciones de las entrevistas investigativas video grabadas y de las declaraciones judiciales que se presten en ella".

medida la ansiedad e intimidación que una entrevista como la que se trata pueden ocasionar en el niño, niña o adolescente²⁰.

Hasta antes de la vigencia de la Ley N°21.057, según dispone el artículo 4 del Auto Acordado citado, su uso no era obligatorio, sino que dependerá de las especiales circunstancias de protección que puedan requerir las víctimas o testigos de delitos. Corresponderá ponderar al tribunal a cargo del procedimiento, analizando caso a caso la pertinencia y necesidad de esta medida especial de protección. Esto marca una diferencia trascendental con la Ley N° 21.057, que exige la utilización de salas especiales para la toma de declaración de los menores de edad víctimas de delitos sexuales y otros delitos de particular gravedad. Adicionalmente, esta ley restringe la interacción del niño con personas no capacitadas para la toma de declaración, permitiendo que sólo estén presentes en ésta el mismo entrevistado y un entrevistador debidamente capacitado, quien actuará como intermediario en la declaración judicial.

b) Prueba anticipada para NNA víctimas de delitos sexuales antes de la Ley N° 21.057 (artículo 191 bis CPP)

En directa relación con el uso de las salas especiales, la posibilidad de tomar declaración anticipada a los NNA víctimas de delitos sexuales, prevista en el artículo 191 bis del Código Procesal Penal (que irá derogándose con la entrada en vigencia diferida de la ley de entrevistas video grabadas), se perfilaba como la única herramienta del derecho positivo que fijaba un marco regulatorio diferenciado tendiente a prevenir la victimización secundaria.

El artículo permitía al fiscal a cargo de la investigación solicitar al juez de garantía que se reciba la declaración anticipada de personas menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. Para su procedencia, el juez debía considerar las circunstancias personales y emocionales del menor de edad,

²⁰ Ibíd, p. 126.

pudiendo proceder a interrogarlo él mismo, debiendo dirigir los intervinientes las preguntas por su intermedio. La declaración deberá realizarse en salas acondicionadas, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.253 (conocida como “agenda corta” del año 2008), que introdujo al Código Procesal Penal esta norma excepcional de prueba anticipada, se advirtió que su uso afectaría al principio de inmediación de la prueba, según el cual toda prueba debe rendirse en el juicio oral ante los jueces de aquel tribunal. Por tanto, se remarcó en la necesidad de priorizar la aplicación de aquel principio, pues permite evidenciar las contradicciones en que pueda incurrir el deponente, por lo cual sería preferible que la víctima menor de edad declarase ante el tribunal oral si ello fuere posible. Empero, se concluyó que por la gravedad que caracteriza a los delitos sexuales y por las posibilidades de coacción que existen respecto de los menores de edad, se vuelve justificable esta excepción al principio de inmediación²¹.

La inclusión del artículo 191 bis del Código Procesal Penal, en conjunto con las salas especiales creadas en los tribunales, fueron un esfuerzo por salvaguardar y compatibilizar en cierta medida los principios de publicidad, oralidad, inmediación e imparcialidad, de manera que todos los miembros del tribunal, insertos en el contexto único en que se genera la declaración, mantienen un contacto directo con la prueba que se rinde y escuchan las preguntas de los intervinientes y las respuestas del declarante, permitiéndoles apreciar el lenguaje no verbal del deponente, desde que las imágenes y audio que se producen durante la diligencia se transmiten de forma simultánea a la sala de audiencia²². Sin embargo, estas medidas no están exentas de dificultades para el ejercicio del derecho a la defensa en cuanto a las posibilidades de poder controvertir efectivamente la prueba de cargo, puesto que obliga a la defensa a

²¹ Historia de la ley N° 20.253. p. 271.
²² Rosati, Nora y Puyol, Carolina. Ob. cit., p. 24.

contraexaminar en una etapa temprana del procedimiento, sin necesariamente tener toda la información que requería para ello.

Aunque la procedencia de la declaración anticipada se ha catalogado como una norma útil, también se ha descrito como insuficiente para evitar la victimización secundaria en comparación al daño que han sufrido los menores durante el transcurso del procedimiento, debido a que solo permitía anticipar la declaración en la etapa judicial pero no abarcaba su procedencia en la etapa de investigación²³. Dicha norma ha tenido baja utilidad en la práctica, debido a que su utilización no era obligatoria, de manera que deja la posibilidad de que el menor vuelva a ser llevado a declarar a juicio, revirtiendo todas las ventajas que se tuvieron en vista al crear esta institución y muchas veces los fiscales prefieren llevar a los niños a juicio para que los jueces los vean personalmente, permitiéndoles apelar a la emocionalidad que ello conlleva²⁴.

Se ha afirmado²⁵ que el formato de la declaración de la víctima procesal influye directamente en la percepción de credibilidad de ésta, especialmente al tratarse de menores de edad, como asimismo la simpatía hacia éstos y en la confianza en la culpabilidad del acusado. De esta forma, la recepción de la entrevista como prueba anticipada en el juicio aumentaría la probabilidad de absolución, ya que una entrevista video grabada no permitiría apreciar la veracidad de la declaración rendida a partir de su comportamiento más o menos inseguro, nervioso, lloroso, desconfiado y poco fluido de sus declaraciones, disminuyendo directamente la empatía que su padecer podría generar en los jueces y promoviendo el aumento de distancia y cambio de perspectiva de parte de los jueces, donde otros elementos entran a aumentar su relevancia. Así, el registro audiovisual anticipado o las entrevistas por videoconferencia, más que las

²³ Historia de la ley N° 21.057, p. 20.

²⁴ Santibáñez, María Elena. Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (primer trámite constitucional), p. 18.

²⁵ Condemarín, Patricia y Lara, María Daniela. "Estudios sobre la instrumentalización de los peritajes en materia de delitos sexuales en el contexto de la nueva justicia penal chilena: emergencia de nuevos escenarios. Informe final". Defensoría Penal Pública. 2015, p. 57-58.

entrevistas por circuito cerrado, afectarían negativamente la credibilidad de sus declaraciones²⁶.

c) Las medidas de protección a los testigos y la entrevista por videoconferencia (Artículo 308 CPP).

Como otras formas de protección a testigos y víctimas, se presentan las medidas especiales previstas en los artículos 308 y 329 del CPP. Respecto del art. 308, se trata de una norma que no especifica las medidas especiales que el tribunal puede adoptar para proteger al testigo, por lo que se debe analizar caso a caso. En el caso de los NNA, se han utilizado con habitualidad paneles separadores (biombos) que distancien al declarante del resto de los intervinientes, evitando el contacto innecesario con el acusado. Sin embargo, estas medidas no permitirían otorgar una adecuada protección para evitar la revictimización, debido a que en estos casos no se aísla al NNA, pues igualmente se encuentra en la sala, escucha las preguntas, no sólo las que no puede comprender, sino incluso las inadecuadas, las sugestivas o las hostiles, así como también la discusión de su legalidad o pertinencia, efecto que no se vería mermado con la sola repetición posterior del juez presidente de la sala, aun en tono y lenguaje morigerado (en cumplimiento del artículo 310 del CPP), y menos aún si todo ello ocurre en el mismo lugar donde se desarrolla el juicio, estando presente el acusado y el público²⁷.

d) La declaración por videoconferencia (artículo 329 CPP)

El artículo 329, en su inciso final del CPP, permite la toma de declaración de testigos a través de videoconferencias cuando, por motivos graves y difíciles de superar, éste no pudiera comparecer a la audiencia. Si bien una de las finalidades de esta medida es el ahorro de recursos cuando se requiere la declaración de un perito o testigo fuera del territorio del tribunal, también puede llegar a efectuarse si el riesgo para el testigo es tan elevado que no se hace aconsejable que éste se

²⁶ McAuliff, B & Bull Kovera M. en "Estudios sobre la instrumentalización", Ob. Cit. p., 58.
²⁷ Rosati, Nora y Puyol, Carolina. Ob. cit. p. 22.

acerque al tribunal, marco en que se encuentra la situación de una declaración rendida por un deponente menor de edad y en estado vulnerable, lo que permite satisfacer la hipótesis de calificación, dada la vulnerabilidad comentada y las consecuencias que en esa condición enfrenta durante su paso por el proceso penal.

ANÁLISIS A LEY N° 21.057.

III. Modificaciones introducidas en el Código Procesal Penal

Versión anterior	Versión tras la Ley N° 21.057
Artículo 78 bis	Artículo 78 bis
<p>Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta.</p> <p>Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad.</p> <p>En los casos en que las víctimas de los delitos establecidos en</p>	<p>Protección de la integridad física y psicológica de las personas objeto del tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. El Ministerio Público adoptará las medidas necesarias, o las solicitará, en su caso, tendientes a asegurar la protección de las víctimas de estos delitos durante el proceso penal, teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta.</p> <p>Cuando se trate de menores de dieciocho años, los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad.</p> <p style="text-align: center;">Inciso 3° eliminado</p>

<p>los artículos 411 bis y 411 quáter del Código Penal carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que los intereses de las personas menores de edad son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlo, el juez le designará un curador <i>ad litem</i> de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia.</p>	
<p>No existía</p>	<p>Artículo 110 bis</p>
<p>-</p>	<p>Designación de curador <i>ad litem</i>. En los casos en que las víctimas menores de edad de los delitos establecidos en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, y en los artículos 141, incisos cuarto y quinto; 142;372 bis; 374 bis; 390; 391; 395; 397, número 1; 411 bis; 411 ter; 411 quáter, y 433, número 1, todos del Código Penal, carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, se estimare que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlos, el juez podrá designarles un curador <i>ad litem</i> de cualquier institución que se</p>

	dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia.
Artículo 191 bis	Artículo 191 bis
<p>Anticipación de prueba de menores de edad. El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.</p> <p>Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral.</p> <p>La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.</p> <p>En los casos previstos en este</p>	Derogado

<p>artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.</p>	
<p>Artículo 280</p>	<p>Artículo 280</p>
<p>Prueba anticipada. Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.</p> <p>Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 <u>o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis,</u> cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.</p> <p>Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 6º del Título III del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.</p>	<p>Prueba anticipada. Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.</p> <p>Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.</p> <p>Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 6º del Título III del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.</p>

<p>Para los efectos de lo establecido en los incisos anteriores, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada.</p>	<p>Para los efectos de lo establecido en los incisos anteriores, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada.</p>
<p>Artículo 310</p>	<p>Artículo 310</p>
<p>Testigos menores de edad. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.</p>	<p>Testigos menores de edad. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio, teniendo éste el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, a efectos de resguardar su interés superior.</p>

IV. Diseño normativo y ámbito de aplicación de la ley

El diseño normativo tras la Ley N° 21.057 se compone de tres elementos: en primer lugar la propia Ley N° 21.057, la que a través de sus disposiciones establece un marco general de aplicación de normas adjetivas y procedimentales; un reglamento²⁸ destinado a regular aspectos generales de la aplicación de la ley, enfocado principalmente a cuestiones de carácter técnico; y protocolos de actuación y atención institucional a niños, niñas y adolescentes que operarán como reglas específicas para los procedimientos y funcionamiento de las distintas instituciones que involucradas en la implementación de la ley.

Los protocolos merecen especial atención. Tienen su fundamento en lo dispuesto en el artículo 30 letra b) de la Ley N° 21.057, que se refiere a las funciones que le corresponden al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entre las que destaca “*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*”. Por su parte, conforme lo dispone el artículo 31 de la Ley N° 21.057, estos protocolos de actuación deben considerar, a lo 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.

²⁸ Decreto Supremo N° 471, de fecha 18 de mayo de 2018, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Reglamento de la Ley N° 21,057, que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

- 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 video grabadas 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 plenamente 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.

V. Normativa general de la Ley N° 21.057

a) Especialidad de las normas de la Ley N° 21.057

El principio de especialidad, contenido en el artículo 2 de la Ley N° 21.057, no solo es el reflejo del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino también de su situación de vulnerabilidad y de la necesidad de contar con normas especiales que eviten su victimización secundaria. De esta forma, el legislador ha previsto expresamente dar aplicación preferente de las normas contenidas en la Ley N° 21.057 a las del Código Procesal Penal, lo que se manifiesta en las diversas disposiciones procesales que se introducen, tales como la denuncia, la entrevista video grabada y la declaración judicial, entre otras.

El texto del artículo 2° señala que “Especialidad. Las disposiciones contenidas en la presente ley se aplicarán con preferencia a las del Código Procesal Penal”.

Aunque parezca obvio, la aplicación preferente de las normas contenidas en la Ley N° 21.057 sólo será procedente cuando exista un conflicto o colisión con normas contenidas en el Código Procesal Penal. Con todo, nos parece que la resolución de cada conflicto o colisión deberá resolverse a través de una **ponderación** de las normas y principios que puedan entrar en colisión. En otros términos, la aplicación preferente de las normas de la Ley N° 21.057 no es una aplicación preferente meramente mecánica, sino que implica efectuar, en cada caso, una valoración o ponderación entre las normas y derechos que colisionan.

Si la Ley N° 21.057 no entrega criterios especiales sobre una materia, como por ejemplo ocurre con los requisitos de procedencia de la declaración judicial anticipada, entonces para estos casos deberá recurrirse a las normas generales previstas en el Código Procesal Penal.

b) Personas sujeto de protección

Al comienzo de la tramitación de la Ley N° 21.057, el ámbito de protección comprendía de manera genérica a los “menores de edad” víctimas de delitos sexuales. Esta redacción original fue objeto de una serie de observaciones planteadas por los distintos partícipes en la discusión legislativa, en el sentido de que dicha expresión no permitiría tomar en consideración el nivel etario alcanzado por la víctima, desconociendo su autonomía progresiva²⁹, la cual le asegura el ejercicio autónomo de sus derechos en la medida que evoluciona en su ciclo vital, ni tampoco resulta coherente con la denominación que, desde el tratamiento como sujeto de derechos, corresponde en la actualidad a la legislación nacional³⁰.

Lo anterior impulsó la modificación del texto del proyecto de ley, reemplazando la frase “*menores de edad*” por “*niños, niñas y adolescentes*”, sin perjuicio de que en el marco del debate se haya cuestionado la utilidad de agregar a los adolescentes “porque en todas las partes en que es menester hacer la distinción, el proyecto discrimina entre niños mayores o menores de 14 años”, pues de lo contrario se forzaría el sentido de la palabra. Es por esto que se acordó como conveniente el hacer una mención a los adolescentes en las normas relativas a la aplicación de esta ley, incluyendo un nuevo inciso (actual inciso 3° del artículo 1°) que precise la terminología empleada, a fin de aplicarla a todo el texto del proyecto.

En consecuencia, se optó, para efectos de la Ley N° 21.057, considerar como ***niño o niña a toda persona menor de 14 años de edad y adolescente a todos los que hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad.***

²⁹ Oficio DN N° 646/2016, p. 2.

³⁰ Oficio FN N° 328/2014, p. 2.

Esta diferenciación, en términos prácticos, como se verá más adelante, implica el reconocimiento del principio de autonomía progresiva y el de participación voluntaria de los adolescentes, mediante los cuales se les reconoce a éstos, cuando así lo manifestaren libre y voluntariamente, el derecho a declarar en juicio sin intervención de entrevistador (art. 14).

Durante la tramitación se consideró también integrar dentro de las personas objeto de protección de la Ley N° 21.057 a los menores de edad que hayan sido testigos de los delitos que integran el marco regulatorio de esta ley. A su favor se recalcó que no es justificable que se establezcan estatutos de protección diferenciados según la calidad procesal, lo que podría dar lugar a discriminaciones, ya que si bien los testigos no padecen necesariamente de revictimización propiamente tal, como menores de edad también deben ser amparados y por tal, sería “necesario que un abordaje de esta temática pudiera involucrar algo más integral, que se preocupe del tratamiento a nivel investigativo y judicial de todos los niños, niñas y adolescentes, sin exclusión alguna, sin hacer diferencias si estamos frente a un niño, niña o adolescente víctima o testigo, si éste(a) fue víctima de un delito sexual o cualquier otro o si está vinculado a algún proceso investigativo o judicial en el ámbito penal o proteccional. Esta inquietud resulta necesaria de atender, pues una modificación como la propuesta podría involucrar un tratamiento desigual a los niños, niñas y adolescentes, en circunstancias que la búsqueda final debiera ser brindarles protección cualquiera sea su calidad en el proceso del que se trate y cualquiera sea el delito o intervención que les afecte”³¹.

Esto implicó que durante la primera etapa de discusión se ampliara el propósito del proyecto de ley original, otorgando un mayor y efectivo resguardo a los derechos de los menores de edad víctimas o testigos de delitos sexuales. No obstante lo anterior, producto de las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional, el texto restringió las personas

³¹ Ibíd.

objeto de protección de la ley, eliminando a los testigos debido a que se presentaron inconsistencias insalvables a su inclusión dentro del ámbito de protección, argumentando que “si la idea matriz es proteger los derechos de los NNA en el marco del proceso penal, debía incluirse a todos los intervinientes”³², es decir, no se ve el objeto de incluir a los testigos pero no a los imputados menores de edad, pues ambos, y en especial éstos últimos, pueden ser afectados severamente en el proceso penal.

Para salvar dichas inconsistencias se acordó en el segundo trámite constitucional un cambio a la fórmula prevista, de manera que a las víctimas se les aplicara el estatuto completo de la ley, mientras que para los testigos se propone un mecanismo de protección diferenciado según se trate de niños o niñas o adolescentes. Este mecanismo, contemplado en el artículo 26 de la ley, “se hace cargo de distinciones necesarias para una adecuada concordancia del objetivo de la iniciativa con las diversas etapas de desarrollo de los NNA y la posición jurídica que les cabe en el curso de un proceso judicial”³³.

Concordamos con el Ministerio Público en cuanto a que deberá comprenderse por víctima sólo a la persona ofendida por el delito, según lo dispuesto en el artículo 108 inciso primero del Código Procesal Penal³⁴.

³² Chahin Valenzuela, Fuad. Informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento (Segundo trámite constitucional), p. 61.

³³ Rosati, Nora. Informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Tercer trámite constitucional), p. 17.

³⁴ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite I, Ámbito de Aplicación de la Ley; punto 1. Niños, niñas y adolescentes.

c) Normas especiales de protección para niños, niñas y adolescentes testigos de los delitos que contempla la ley 21.057

Como se señaló precedentemente, la ley no contempla su aplicación íntegra para los testigos niños, niñas y adolescentes de los delitos referidos en el artículo 1. Sin embargo, se establecen mecanismos de protección especial. Las disposiciones sobre este punto se pueden resumir de la siguiente forma:

- i. Como principio general, el inciso final del artículo 1 ordena el pleno respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que regirán de igual forma las normas nacionales e internacionales en la materia, tanto para víctimas como para testigos.
- ii. El artículo 24 contempla medidas de protección generales para todo NNA, sin distinguir si se trata de víctima o testigo. En estos casos el tribunal, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, puede disponer una o más de las medidas que se indican, con el objeto de proteger la identidad o la integridad física o psíquica de los NNA por el tiempo que se estime, medidas que pueden renovarse las veces que sea necesario. Estas medidas son:
 - 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 declaración³⁵.
 - c) Impedir el acceso de personas determinadas o del público en general a la sala de audiencia, y ordenar su salida de ella.

³⁵

Por su redacción, esta sería una medida general sólo aplicable al NNA víctima de delito.

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. Para la declaración judicial de un testigo niña o niño (toda persona menor de 14 años), el artículo 26 de la ley ordena al juez decretar como medida especial que la declaración sea prestada conforme lo dispone el artículo 14 inciso segundo de la ley, esto es, en una sala especialmente acondicionada, distinta de aquella en que se encuentren los demás intervinientes, y con un sistema de comunicación que permita que el juez lo interroge presencialmente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. Para la declaración judicial de un testigo adolescente (mayor de 14 años), el legislador ha sido más laxo y otorga la posibilidad al juez de adoptar medidas de protección tendientes a impedir el contacto directo del adolescente con el público y los demás intervinientes, todo ello tomando en consideración sus circunstancias personales y psicológicas. Dentro de estas medidas, también se incluye la declaración en sala especialmente acondicionada, de manera similar a lo dispuesto para los niños y niñas, pero con la diferencia de que, respecto de los adolescentes, esta medida es facultativa para el tribunal.

d) Normas especiales de protección para niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos que contempla la ley 21.057

El artículo 25 de la Ley N° 21.057, bajo el epígrafe de medidas especiales de protección, dispone que “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”. Hablamos aquí de medidas de protección diferentes de aquellas que se pueden adoptar de manera general en el CPP o de manera general en la misma ley, y que examinamos en el acápite anterior. En esta ocasión se trata de medidas especiales de protección para el NNA víctima del delito. Para que procedan, basta que “existan antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido”. Estas medidas son dispuestas por el juez de garantía a petición del querellante, curador *ad litem* o de la propia víctima.

A propósito de la referencia al curador *ad litem*, es conveniente recordar que la Ley N° 21,057 introdujo un artículo 110 bis al CPP, referido precisamente a la designación de curador *ad litem*, y que señala que en los casos en que las víctimas menores de edad de ciertos delitos carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, se estimare que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda representarlos, el juez podrá designarles un curador *ad litem* de cualquier institución que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de la infancia.

Y estas medidas especiales de protección las puede decretar el juez de garantía aún desde antes de la formalización. Puede decretar una, varias o todas las medidas que contempla la Ley N° 21.057.

De esta forma, el régimen de medidas de protección operará, en la práctica, de manera muy similar a la forma en que opera el régimen de medidas precautorias de la ley de violencia intrafamiliar.

En cuanto a las medidas especiales de protección que el juez de garantía puede adoptar, éstas son:

a) Prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éstos permanezcan, visiten o concurren habitualmente. En caso de

que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.

b) El abandono del presunto agresor del hogar que le sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido, cuando corresponda.

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.

Dado que alguna de las medidas de protección especial adoptadas por el juez de garantía pueden afectar atribuciones que son propias de otra magistratura, pero que se han debido adoptar dada la urgencia de la situación, el inciso final del artículo 25 de la ley 21.057 dispone que “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”.

e) Catálogo de delitos

En palabras del mensaje, esta “iniciativa tiene por objeto establecer las medidas de protección especiales que deberán observarse respecto de los menores de edad que sean presuntas víctimas de delitos de carácter sexual”³⁶. Dicha alusión limitaba el rango de protección durante un primer momento a “*los comprendidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal y en sus artículos 411 ter y 411 quáter, así como en los artículos 142 y 433, número 1º*”³⁷. Esta elección se justificaba en que, efectivamente, son los delitos de índole sexual los que suelen dejar daños permanentes en el desarrollo emocional, conductual, físico, social y cognitivo de los niños, niñas y adolescentes, siendo en

³⁶ Mensaje de Boletín 9.245-07.

³⁷ Íbid.

la mayoría de los casos de difícil reparación. Sin embargo, la redacción señalada omitía todo un universo de delitos que, por sus circunstancias particulares, hacen proclives a los NNA a sufrir igualmente de espacios de agresión y victimización secundaria.

El carácter limitado del catálogo primitivo daba espacio para especular sobre la existencia de un trato discriminatorio a los niños, niñas y adolescentes basado en la naturaleza de los delitos en que se han visto involuntariamente involucrados, desviándose de su objetivo principal, el cual es evitar su revictimización, sobre la base de la garantía de igualdad ante la ley y la justicia. Eso, en opinión de la Excm. Corte Suprema, motiva la necesidad de mantener un estándar indispensable de igualdad que radique la preocupación y resguardo en los NNA y no en los delitos que se investigan³⁸.

En la misma línea se pronunció el ex Fiscal Nacional (S), Alberto Ayala, alegando que “no parece razonable no incluir todos los delitos sexuales, como por ejemplo, la pornografía infantil, figura que no se menciona en el proyecto”³⁹. Junto con ello, se señaló que “tal como se señala en el punto precedente, esta propuesta no contempla otros delitos de los que pueden ser víctimas los niños, niñas y adolescentes, como la violencia intrafamiliar, el maltrato infantil por personas ajenas a su grupo familiar, ni siquiera contempla todos aquellos delitos que se vinculan con la infracción a los bienes jurídicos de la indemnidad sexual, no considerando, por ejemplo, todos los tipos penales vinculados al tratamiento de la pornografía infantil, razón por la que entendemos podría sostenerse que existe un trato desigual a niños, adolescentes dependiendo del ilícito que los ha afectado y que esta es una buena oportunidad legislativa para hacer un abordaje integral”⁴⁰.

Las críticas señaladas generaron un cambio en la redacción original del artículo, pasando a integrar un catálogo más amplio que incluiría a los delitos

³⁸ Excm. Corte Suprema. Oficio N° 143-2016, 5 de octubre de 2017, p. 2

³⁹ Ayala, Alberto. Segundo informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Primer trámite constitucional), p. 8.

⁴⁰ Chahuan. Op. Cit. p., 2.

contra la libertad e indemnidad sexual; delitos contra la libertad y seguridad individual; delitos contra la vida e integridad física de los NNA e incluso se abarca una figura de delito contra la propiedad, como lo es el robo calificado. Sin perjuicio de ello, posteriormente se buscó limitar el marco regulatorio, pues “el tener un ámbito desmesuradamente amplio de aplicación podría ser contraproducente a la luz de la puesta en marcha de un mecanismo procesal completamente nuevo. [...] es preferible partir con un conjunto de ilícitos más acotado, que contenga las figuras de afectación más grave, y dejar para una futura revisión del sistema la incorporación de otras hipótesis de más común ocurrencia pero de menos lesividad”⁴¹.

A pesar que el título de la ley se mantuvo sin modificaciones, lo que induce a equívocos, finalmente se fijó en el texto del artículo 1 de la ley un catálogo de delitos previstos en el Código Penal más allá de los de carácter sexual, concentrándose principalmente en ilícitos particularmente graves en los que haya sido víctima un NNA, a saber:

- **Delitos contra la libertad personal.**
 - Secuestro calificado (art. 141 incisos 4° y 5°)⁴².
 - Sustracción de menores (art. 142).
- **Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.**
 - Violación propia e impropia (arts. 361 y 362).
 - Estupro (art. 363).
 - Sodomía (art. 365).
 - Abuso sexual agravado (art. 365 bis).
 - Abuso sexual propio (arts. 366 y 366 bis).
 - Abuso sexual impropio (art. 366 *quáter*).

⁴¹ Castillo, Ignacio. Segundo informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Primer trámite constitucional), p. 189.

⁴² Llama la atención la incorporación del delito de secuestro. Al respecto, la doctrina mayoritaria estima que, en lo relativo a esta figura, el sujeto pasivo sólo puede ser una persona mayor de edad. Así en: Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal – Tomo III - Parte Especial p. 203; Garrido Montt, Mario, p. 389; Balmaceda Hoyos, Gustavo. Manual de Derecho Penal – Parte Especial, p. 162; Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno – Parte Especial, p. 202.

- Producción de material pornográfico con participación de menores (art. 366 *quinquies*).
 - Favorecimiento de la prostitución infantil (art. 367).
 - Favorecimiento de la prostitución impropio (art. 367 *ter*).
 - Violación con homicidio (art. 372 bis).
 - Comercialización, difusión y adquisición maliciosa de material pornográfico infantil (art. 374 bis).
 - Almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 374 bis).
- **Delitos contra las personas.**
 - Parricidio (art. 390).
 - Homicidio (art. 391).
 - Castración (art. 395).
 - Lesiones graves gravísimas (art. 397 N° 1).
 - Trata de personas (arts. 411 *bis*, *ter* y *quáter*).
 - **Delitos contra la propiedad**
 - Robo con homicidio/violación (art. 433 N° 1).

f) Principios rectores de la Ley N° 21.057

La protección y la priorización del bienestar de los niños, niñas y adolescentes se presentan como los objetivos principales en el marco del proceso penal. Bajo esta idea matriz, el proceso penal queda supeditado al respeto y garantía de los derechos y demás principios que rigen la normativa nacional e internacional sobre niños, niñas y adolescentes. Lo anterior se ve reforzado por el inciso final del artículo 1° de la ley, según el cual “Las normas de la presente ley se aplicarán con pleno respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes asegurados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los estándares internacionales para la protección de los niños víctimas y testigos de delitos”.

Habida cuenta de lo anterior, el artículo 3° de la ley entrega un conjunto de principios que sirven como parámetros interpretativos y límites que regulan las interacciones de los niños, niñas y adolescentes con las personas o instituciones

que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento. Este artículo ordena los principios según tres consideraciones generales, a saber, que los niños son sujetos de derecho y deben ser tratados como tales; que los niños son justiciables, lo que supone que tienen derecho a participar de manera voluntaria en el proceso, y que se trata de personas vulneradas en sus derechos, lo que impone la necesidad de adoptar vías procesales que permitan reducir su victimización secundaria. Esos criterios conforman seis principios fundamentales de la Ley N° 21.057, interés superior, autonomía progresiva y derecho a ser oídos; participación voluntaria, prevención de la victimización secundaria, asistencia oportuna y tramitación preferente; resguardo de su dignidad. A estos seis principios se suma el de especialidad, recogido en el artículo 2° de la ley, al que ya hicimos referencia.

i. Interés superior.

Artículo 3 letra a): *“Interés superior. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, por lo que las personas e instituciones que deban intervenir en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán generar las condiciones necesarias para que en cada etapa del proceso aquéllos puedan ejercer plenamente sus derechos y garantías conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades”.*

Si bien se trata de un concepto amplio, el interés superior se plantea, en el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como *“la plena satisfacción de sus derechos”*⁴³, de modo que el principio está contenido por los propios derechos. El objetivo se presenta como pilar fundamental, que opera como un límite a la discrecionalidad de las autoridades y personas que intervengan en el proceso respecto de las decisiones y medidas que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes, fijando como prioridad el procurar generar las *“condiciones necesarias”* para el ejercicio sus derechos y garantías

⁴³ Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos el Niño N° 1, Año 1999. UNICEF – Poder Judicial. p. 54.

acorde al “*nivel de desarrollo de sus capacidades*”. Es decir, ante cada situación particular, las medidas a tomar deberán determinarse de forma individual, con atención a las características concretas de cada NNA y del caso, evaluando y determinando lo que significa el interés superior según su etapa evolutiva, sus circunstancias personales, emocionales, cognitivas, físicas, idiomáticas, étnicas, culturales y de género.

En función del interés superior del niño, la ley intenta proteger la integridad psíquica de la víctima, propósito que se alcanzaría de alguna manera al garantizar la imparcialidad de la entrevista, estableciendo las exigencias para asegurar que el entrevistador posea cualidades idóneas a fin de evitar los elementos intimidantes que normalmente rodean estos hechos y, finalmente, al procurar que el menor esté lo menos presente en el proceso y sólo dentro de espacios e infraestructura adecuados que permitirán cumplir dicho objetivo.

Pero la implementación de este principio debe ser cautelosa, pues se le ha otorgado una preeminencia objetiva cuando entra en conflictos con derechos o intereses de terceros, desplegando la suficiente entidad como para constituir una limitación a los principios del derecho procesal penal⁴⁴, lo que sin un debido resguardo en su aplicación e integración podrá generar más de alguna restricción arbitraria en los derechos procesales de la defensa e incluso, de los demás intervinientes. En concreto, es posible apreciar que la implementación de un sistema de entrevistas video grabadas que limite el número de veces que un menor de edad víctima puede ser entrevistado en el marco de la investigación penal supone una limitación de las herramientas de persecución penal o de defensa de imputados, entre ellas la oralidad, la inmediación y la publicidad. Es por esto que dicha situación debe obedecer a fuertes argumentos de orden jurídico, procurando buscar un equilibrio entre el interés superior y el derecho a la defensa, pues la aplicación y preeminencia de éste principio debe asegurar que,

44

Mensaje Boletín 9.245-07.

como contraparte, no se aumenten las posibilidades de caer en el error judicial y la condena de inocentes⁴⁵.

ii. Autonomía progresiva y derecho a ser oídos

Artículo 3 letra b): *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos dotados de autonomía progresiva, por lo que en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento tendrán derecho a ser oídos y participar en los asuntos que les afecten, atendiendo a su edad y el grado de madurez que manifiesten”.*

El considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos trae como consecuencia el necesario reconocimiento de la titularidad de los derechos que como tales les corresponde, así como también la capacidad para ejercerlos por sí mismos en menor o mayor medida según su desarrollo evolutivo. De esta forma, la ley introduce un criterio para determinar tal grado de desarrollo basado en la *“edad y grado de madurez que manifiesten”*, debiendo determinarse en cada situación particular la facultad de cada menor para participar y decidir en los asuntos que les afecten.

Al iniciar el estudio de esta disposición, se tuvo en cuenta el oficio FN 574/2016 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, que sobre este punto señala que es necesario tener presente que este derecho involucra la obligación de los agentes del Estado de escuchar activamente la opinión, requerimiento o parecer del NNA, pero que ello no implicará, necesariamente, la adopción de todos aquellos planteamientos formulados por las víctimas, particularmente si es que dentro de sus peticiones se encuentra alguna medida que conlleve, de manera evidente, su exposición a mayores riesgos que el propio hecho delictivo o a la posible reiteración de éste. Frente a estas circunstancias, la defensa del principio del interés superior del niño haría aconsejable rebasar la prerrogativa del derecho a ser oído y la participación voluntaria del menor.

⁴⁵ Geisse, Francisco. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Segundo trámite constitucional), p. 38.

Si bien el planteamiento del Ministerio Público advierte la tensión que puede originar la observancia de los aludidos principios, no debe desatenderse el riesgo que una eventual defensa del interés superior puede suponer al respeto de la autonomía progresiva de los NNA, pudiendo prestarse como excusa para prácticas autoritarias y paternalistas que restrinjan arbitrariamente la autonomía del niño y su expresión, justificándose en la relativa inmadurez del niño y su necesidad de orientación y apoyo.

En esta parte, es interesante examinar el contenido del Oficio N° 892/2019, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 30 de septiembre de 2019, que se dicta en conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 21.057, que se refiere a las instrucciones generales del Fiscal Nacional a propósito de la realización de una pericia psicológica al NNA.

Esta instrucción, a propósito del principio de autonomía progresiva, indica que *“ante requerimientos de NNA que puedan ser contrarios a las decisiones que se adopten durante la investigación se debe atender a aquellos que resulten más acordes con el interés superior de estas víctimas, considerando su cuidado, protección y seguridad, sobre todo si entre sus peticiones se encuentra alguna medida que conlleve su exposición a mayores riesgos. Ante situaciones como la descrita, y de forma anterior a la adopción de alguna medida que vaya en contra de la opinión de la víctima, se debe contar con un informe de un/una profesional de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, en el que se dé cuenta de la utilidad de la pretendida medida en relación a la protección o seguridad actual de la víctima, riesgos o daños futuros, u otras consecuencias perjudiciales para él/ella”*.

El punto central es que el Fiscal Nacional se pone en la situación de que no exista coincidencia total entre los intereses de la persecución penal y las peticiones y deseos del NNA víctima. Frente a esta situación, el Fiscal Nacional parece abrir la puerta a que los intereses de la persecución penal prevalezcan por sobre la voluntad del NNA, aunque tome ciertos resguardos, como la exigencia de

un informe previo de URAVIT y se considere el interés superior del NNA y su cuidado, protección y seguridad.

Ciertamente cada caso y cada situación debe ser resuelta ponderando los antecedentes del caso particular. Sin embargo, pueden darse casos en que se presente tensión entre los intereses de la persecución penal y los deseos y peticiones del NNA víctima. Abrir la puerta a que los intereses de la persecución penal puedan prevalecer por sobre la voluntad del NNA (principio de participación voluntaria del artículo 2 letra c) de la Ley N° 21.057) es un tema delicado y que merece ser evaluado a la luz de su aplicación práctica.

iii. Participación voluntaria.

Artículo 3 letra c): *“Participación voluntaria. La participación de los niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento será siempre voluntaria, y no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia. Los funcionarios públicos involucrados en el proceso penal deberán resguardar lo señalado en esta letra y su incumplimiento será considerado infracción grave de los deberes funcionarios”.*

En palabras de la Corte Suprema, *“el aspecto de mayor importancia del proyecto es la participación voluntaria del NNA en la etapa investigativa y judicial, motivo por el cual esta materia debe ser reglamentada de manera tal de evitar planteamientos interpretativos diferentes con posterioridad”.* Así, la participación voluntaria del NNA aparece como una de sus facultades de mayor relevancia, razón por la cual se optó por alzarla a categoría de principio de aplicación con la potestad para orientar sistemáticamente el resto del articulado.

En lo sustancial, esta ley extiende la voluntariedad en la participación de los NNA a las distintas etapas de la intervención judicial, garantizando la libertad en las expresiones de voluntad que éstos puedan realizar y regulando las interacciones que mantengan con los distintos intervinientes, para que éstos no

puedan coartar o forzar dichas expresiones. A modo de ejemplo, se puede señalar la reglamentación al proceso de denuncia, en la cual el NNA no podrá ser apremiado a revelar más datos o hechos que los que voluntaria y espontáneamente manifieste respecto del objeto de su denuncia, incluso impidiendo al funcionario que la reciba a realizar preguntas tendientes a desvelar su nombre si aquél sólo quisiera individualizarse parcialmente o mediante apelativos y garantizando, en los casos en que el menor sea acompañado por un adulto, que la intervención de éste jamás reemplace la participación voluntaria del NNA (art. 4); también en la entrevista investigativa video grabada se establece similar prohibición al profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, quien no podrá, en ningún caso, hacer al NNA preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes (art.7), prohibición que se reitera en la realización del informe pericial médico legal (art. 11).

Por su parte, en lo concerniente a la realización de una segunda entrevista investigativa video grabada, se le otorga al NNA la facultad de solicitar una nueva entrevista investigativa si así lo manifiesta voluntariamente, prescribiendo expresamente la prohibición de entorpecer su participación voluntaria en el proceso ni el ejercicio de sus derechos (art. 10. De igual forma, en pleno respeto del principio de autonomía progresiva y de participación voluntaria, se faculta al adolescente víctima para manifestar libre y voluntariamente su interés en declarar en el juicio sin la intervención de un entrevistador, la cual se realizará igualmente en las salas dispuestas por esta ley para las entrevistas, pero con la presencia del juez, quien lo interrogará y actuará como intermediario entre el NNA y los demás intervinientes (art. 14).

Es interesante que, a propósito de este principio, la Fiscalía instruye en el sentido de que *“la ley considera una infracción grave a los deberes funcionarios, forzar de cualquier forma a niños, niñas o adolescentes para participar en alguna diligencia de la investigación o audiencia judicial. Esto incluye la prohibición de solicitar se ordene la conducción, por medio de la fuerza pública, de la víctima a dependencia de la fiscalía o a alguna audiencia judicial; y solicitar una autorización*

judicial para la práctica de diligencias de investigación que requieran la participación del/a niño, niña o adolescente, ante la negativa previa de la víctima⁴⁶”.

Si bien la participación voluntaria del NNA es un principio que resulta atendible y guarda relación con la finalidad de la ley, pueden darse situaciones problemáticas para los intervinientes durante la declaración judicial anticipada o durante el juicio oral, por ejemplo cuando el NNA suspenda su declaración o se niegue a responder las preguntas de la defensa, lo que indudablemente constituye un problema para realizar un contraexamen efectivo y que, en definitiva, afecta el ejercicio derecho a la defensa.

iv. *Prevención de la victimización secundaria*

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

Bajo este principio, los distintos actores en el marco del proceso penal deben adoptar medidas orientadas a evitar la victimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes, es decir de los efectos psicológicos y sociales negativos derivados de su interacción con el proceso penal. Para ello, la ley identifica este deber de protección con la integridad física y psíquica, así como la privacidad y la dignidad. Estas medidas deben considerar las necesidades

⁴⁶ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite II, Principios de Aplicación de la Ley; numeral 2.

especiales, madurez intelectual y el desarrollo de las capacidades del NNA, de modo que será una cuestión a analizar conforme al caso concreto.

v. Asistencia oportuna y tramitación preferente

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

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

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

Este principio opera como un mandato general a las personas e instituciones que intervienen en las distintas etapas del proceso penal, a fin de favorecer la asistencia oportuna de los NNA. Adicionalmente, la norma incorpora una obligación de tramitación preferente dirigida a los tribunales y al Ministerio Público, con el objeto de dar mayor celeridad en el trámite de las causas.

En el caso de los tribunales con competencia en lo penal, la ley busca reducir los tiempos de espera de la realización de audiencias y de otras actuaciones. Para ello, impone el deber de programar de audiencias con preferencia de otras, así como de disponer “todas otras medidas para lograr celeridad a las actuaciones”.

En cuanto al Ministerio Público, el legislador optó por entregar a un instructivo general del Fiscal Nacional la forma en que los fiscales darán tramitación preferente a las causas a las que hace referencia la ley. Esta solución tendrá que ser analizada una vez que el instructivo sea dictado, pues tratará materias que pueden afectar el derecho a la defensa.

vi. Resguardo de su dignidad

Artículo 3 letra f): *“Todo niño, niña o adolescente es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades articulares, sus intereses y su intimidad”*.

La incorporación de este principio tuvo por objeto recoger en el texto de la ley el respeto a la dignidad de los NNA previsto en la Convención sobre Derechos del Niño y seguir la regulación planteada en el proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez⁴⁷.

⁴⁷ Boletín N° 10315-18, Cámara de Diputados. Al 4 de diciembre de 2019, el proyecto continúa su tramitación legislativa.

VI. De la denuncia, entrevista investigativa video grabada y declaración judicial

El título II de la ley regula cuatro momentos en que los niños, niñas y adolescentes interactúan de forma directa con el sistema de justicia criminal, comenzando por la denuncia, para luego referirse a la realización de la entrevista investigativa video grabada, otras diligencias investigativas que supongan una interacción presencial con el NNA, más la etapa de la declaración judicial. En este apartado se analizarán por separado cada uno de éstos.

a) La denuncia (art. 4)

La ley hace remisión expresa al art. 173 del Código Procesal Penal, facultando así a cualquier persona para presentarla directamente al Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones, Gendarmería o al tribunal con competencia en lo criminal. En los casos en que el denunciante sea un niño, niña o adolescente, la denuncia deberá ser recibida en condiciones que aseguren su participación voluntaria, seguridad y privacidad, y que permitan controlar la presencia de otras personas.

En cuanto al contenido y forma de la denuncia, la Ley N° 21.057 contempla disposiciones especiales, incorporando una serie de requisitos, condiciones materiales y formales que deben cumplirse durante la recepción de la denuncia. Adicionalmente, tanto el reglamento como los protocolos de atención institucional (art. 31) complementarán las normas sobre el procedimiento de denuncia, por lo que es relevante tenerlos en consideración al momento de evaluar el cumplimiento de dichas normas.

- i. Condiciones generales que deben resguardarse en el proceso de la denuncia efectuada por un niño, niña o adolescente

En términos amplios, son cuatro las condiciones que deben cumplirse durante las denuncias realizadas por niños, niñas o adolescentes: su participación voluntaria, su privacidad, su seguridad y el control de la presencia de otras personas distintas al funcionario que recibe la denuncia.

En el contexto anteriormente señalado, el art. 4 adquiere especial importancia para la protección de la **participación voluntaria del NNA**. Así, el funcionario que reciba la denuncia consultará al NNA sus datos de identificación y luego se limitará a registrar, de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que voluntariamente éste exprese respecto del 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. 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. Durante la tramitación legislativa el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos recalcó la trascendencia de esta prohibición, ya que su objeto es evitar la posibilidad de que exista un interrogatorio por parte de la policía, sobre todo cuando el menor concurre a denunciar sin la compañía de un adulto.

En consonancia con lo expuesto, el acápite 2.3.3. del Protocolo A, dispone que “la *participación voluntaria* de los NNA implica que no se les puede obligar o presionar para tomar parte en el procedimiento penal. Se considera una infracción grave a los deberes funcionarios, forzar su participación en cualquier instancia”.

Diversas regulaciones procuran resguardar la **privacidad del NNA** que concurre a denunciar, como la prohibición de ahondar en preguntas acerca de su propia identificación si éste no la proporciona o la proporciona de manera incompleta. Además, el protocolo A señala que “el primer funcionario que tome contacto con el NNA, debe darle la bienvenida y conducirlo inmediatamente a un lugar separado del público general y del acceso y tránsito de otras personas, en especial de imputados, que resguarde su privacidad⁴⁸”.

⁴⁸ Protocolo A, numeral 5.1.3.2. Contacto inicial.

La **seguridad del NNA** no sólo se regula con relación a su estadía en el recinto al que concurre a efectuar la denuncia. También se procura, respetando los demás principios, recabar la información necesaria a fin de determinar el riesgo que pueda afectarle. Así, *“junto con las preguntas de identificación se deberá siempre preguntar por quienes viven en la misma morada/habitación que el NNA, para efectos de tener a consideración potenciales adultos a quienes poder recurrir u otros NNA que pudieran encontrarse en situación de riesgo. Si el NNA no entregare la información o la proporciona parcialmente, ésta no podrá ser consultada nuevamente⁴⁹ (...) Realizada la denuncia, el/la funcionario/a debe completar el ‘Formulario de factores de riesgo’ (ver Anexo N°3). Para ello, no se realizarán preguntas al NNA, completando el formulario con las manifestaciones espontáneas dadas por éste, las apreciaciones del/la funcionario/a y otros antecedentes que pudiera obtener. Esta información servirá como insumo para evaluar preliminarmente el riesgo al que puede estar expuesto/a el/la NNA y poder adoptar medidas de protección⁵⁰”*.

La ley dispone que, habiendo tomado conocimiento de la denuncia, el Ministerio Público 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. Con todo, 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. Además, y como examinaremos más adelante, desde la recepción de la denuncia se pueden recabar medidas especiales de protección para resguardar la seguridad del NNA.

⁴⁹ Protocolo A, numeral 5.2.1.2. Consultas adicionales permitidas.

⁵⁰ Protocolo A, numeral 5.2.1.8. Formulario de factores de riesgo.

Uno de los aspectos más importantes que se regula dice relación con el **control de otras personas que puedan acompañar al NNA que denuncia**. Así, el artículo 4° dispone 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. 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. En este caso, 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.*

“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”.

Como se ve, no basta con que no se hagan al NNA preguntas para determinar el hecho y sus partícipes, sino que no debe ser expuesto a estas preguntas. Esto significa que el funcionario que recibe la denuncia deberá evitar que el niño, niña o adolescente escuche el relato y las preguntas que se le realicen al adulto. El funcionario también tiene la obligación de impedir que el adulto influya en la información que el niño, niña o adolescente pudiera manifestar espontáneamente. De hecho, el protocolo A señala, al respecto, que si el NNA concurre a denunciar acompañado de un adulto y quiere hacer la denuncia en presencia de ese adulto, entonces el funcionario que recepcione la denuncia “le

debe indicar a este último (el adulto acompañante) que debe guardar silencio, no pudiendo interrumpir o comentar los dichos del NNA⁵¹”.

ii. Otros aspectos del proceso de denuncia

El artículo 4 de la Ley N° 21.057 ordena que la denuncia sea recibida inmediatamente y que, en caso de que ésta no se realice ante el Ministerio Público, la norma obliga a remitirla a dicha institución en la forma más rápida y expedita posible, estableciéndose un plazo máximo de 8 horas.

Como ya se señaló, el funcionario que reciba la denuncia debe registrar íntegramente todas las manifestaciones verbales y conductuales que el NNA voluntariamente exprese respecto del objeto de su denuncia. El protocolo A explicita el alcance de esta disposición al señalar que *“el funcionario además de consignar todas las manifestaciones verbales, deberá describir el comportamiento no verbal que observa en el NNA cuando está realizando voluntariamente una denuncia. Esto implica señalar, por ejemplo, si llora, se esconde debajo de la mesa, se come las uñas, si transpira, etc. El/la funcionario/a no debe interpretar el comportamiento no verbal del/a NNA, sólo debe describirlo y consignarlo⁵²”*.

iii. Denuncia realizada por un perito que, con ocasión de una pericia, toma conocimiento de un hecho relatado por un NNA

El inciso 7° del art. 4 de la ley establece para los peritos una obligación especial de denunciar cuando el niño, niña o adolescente, **con ocasión** de una pericia **ordenada** en materia penal o de familia, **señale antecedentes que hicieren presumible la comisión de un delito** de aquellos contemplados en el inciso primero del artículo 1. Como se puede apreciar, el legislador limita la obligación de denuncia a las pericias ordenadas en el marco de un procedimiento penal o de familia, por lo que no habrá obligación de denuncia para el perito con ocasión de una pericia particular (pericia que no es ordenada por un tribunal con

⁵¹ Protocolo A, numeral 5.2.2.1. Consulta sobre participación voluntaria.

⁵² Protocolo A, numeral 5.2.1.3. Registro íntegro de lo manifestado por el NNA.

competencia en materia penal o de familia o el fiscal), como lo son las realizadas por la defensa, todo ello, sin perjuicio de las normas generales que obligan a ciertas personas a efectuar la denuncia de un delito en determinados casos.

Si bien la ley no señala quién debe haber ordenado la pericia, parece razonable estimar que se trata de una pericia ordenada por parte de un juzgado de garantía, tribunal de familia o un fiscal del Ministerio Público. Lo anterior seguiría la lógica del legislador, en cuanto señala que el perito debe poner los hechos en conocimiento del Ministerio Público o el tribunal, en su caso.

La norma distingue si el perito toma conocimiento de los hechos en una pericia en el contexto penal o de familia. Si la pericia hubiere sido ordenada en el marco de un procedimiento penal, el perito deberá poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público dentro del plazo máximo de veinticuatro horas contados desde la develación. Si la pericia hubiere sido ordenada por un tribunal con competencia en materias de familia, el perito debe informar los hechos a ese tribunal dentro del mismo plazo, el cual remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

Con todo, el perito que tome conocimiento de los hechos deberá seguir lo previsto para el procedimiento general de denuncia que hemos examinado precedentemente, en cuanto a participación voluntaria, privacidad, seguridad y control de otras personas, desde el momento de la revelación.

iv. Denuncia efectuada por otras personas obligadas a denunciar

Recordemos que las personas señaladas en el artículo 175 del C. P. P.⁵³ se encuentran obligadas a denunciar los delitos que presenciaren o tomaren

⁵³

Artículo 175.- Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar:

- a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;
- b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;
- c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de

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 obligación trae aparejada pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

De ahí que el protocolo A contenga reglas especiales de aplicación en estos casos. Al efecto, señala que *“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 percata de ello o recibe la información deberá procurar las condiciones de acogida y privacidad que se describirán a continuación (ver 5.1.3.1 y 5.1.3.5), así como también dejará constancia escrita de todo lo que el NNA manifieste en forma espontánea, en iguales términos que los que se describirán más adelante (ver 5.2.1.3), sin requerir ningún tipo de información adicional a la entregada por aquél ni hacer análisis de la misma, debiendo inmediatamente realizar la denuncia en la unidad policial u oficina del Ministerio Público más cercana, con un plazo máximo de 24 horas. Lo anterior, sin perjuicio de la respuesta que el NNA le entregue al funcionario sobre su voluntad de acompañarlo o no hasta la unidad u oficina mencionada, debiendo siempre asegurar lo necesario para que aquél se mantenga debidamente protegido en el intertanto, según sea el caso. Lo señalado será especialmente aplicable a establecimientos de salud y educacionales, así como al Servicio Médico Legal y otros que desarrollen labores periciales o auxiliares al sistema de justicia⁵⁴”*.

Por otra parte, si *“la interacción con el NNA descrita en el numeral anterior ocurre al interior de alguna de las entidades señaladas en las letras d) y e) del*

transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave;

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y

e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento.

⁵⁴

Protocolo A, numeral 4.4.1. derivación desde instituciones públicas.

artículo 175 del Código Procesal Penal, es decir establecimientos privados del área de la salud y educación, deberán circunscribir la interacción con el NNA a los lineamientos que contempla el presente protocolo, en cuanto a las condiciones de acogida y privacidad (ver 5.1.3.1 y 5.1.3.5), consignando por escrito las manifestaciones verbales que en forma espontánea se hayan referido por el NNA, así como de las manifestaciones conductuales (ver 5.2.1.3), sin realizar preguntas relativas a la forma de ocurrencia de los hechos o a determinar los partícipes en los mismos, debiendo efectuar la denuncia inmediatamente o en el plazo máximo de 24 horas, en la unidad policial o sede del Ministerio Público más cercana⁵⁵.

Finalmente, “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 privacidad (ver 5.1.3.1 y 5.1.3.5), así como la limitación a la interacción inicial, conduciendo hasta el Ministerio Público, a la brevedad, la información recabada de la manera antes descrita⁵⁶”.

⁵⁵ Protocolo A, numeral 4.4.2. derivación desde entidades particulares.

⁵⁶ Protocolo A, numeral 4.4.2. derivación desde tribunales con competencia diversa a la penal.

v. Actuación del Ministerio Público una vez recibida la denuncia

La ley dispone que una vez recibida la denuncia, el fiscal debe determinar las diligencias de investigación que realizará en un plazo de 24 horas contadas desde la denuncia, sin perjuicio de adoptar las medidas de seguridad tendientes a garantizar la seguridad del NNA a que nos hemos referido precedentemente.

vi. Sanción por la inobservancia de las disposiciones sobre recepción de denuncia

La cuestión a determinar es qué ocurre en aquellas ocasiones en que se vulnera las normas sobre recepción de una denuncia. La ley no contempla los efectos que tendrá la inobservancia de estas disposiciones, lo que obliga a plantearse, desde la óptica de la defensa, una serie de interrogantes acerca de los efectos de esta inobservancia, en las etapas de investigación, exclusión probatoria y juicio oral.

En primer lugar, habrá que determinar la naturaleza de la norma que establece la obligación vulnerada. Por ejemplo, si el carabinero hizo esperar al NNA que concurrió a la comisaría a denunciar en una oficina común de espera, con otras personas y no dio prioridad a su recepción, sino que lo hizo por orden de llegada, podrá haber una infracción a la normativa que contempla el Protocolo A, pero no podrá sostenerse que hay una infracción a una norma legal

Pero dentro de la normativa legal, pensemos en el ejemplo más burdo. El NNA va a una comisaría a denunciar un delito de los que contempla la Ley N° 21.057 y el carabinero lo interroga extensamente sobre el hecho y la participación. Incluso, remite, junto al parte, la declaración del NNA. Más aún, la declaración tiene el formato “Ante la vaguedad de los datos entregados, se consulta sobre el nombre y características físicas del hechor:... Se le exhibe set fotográfico y el declarante reconoce a XY”. Luego, se logra la detención, formalización y prisión preventiva de XY, antes de que el NNA preste declaración investigativa. Es decir, claramente se vulneró la normativa legal de que no se pueden hacer preguntas al

NNA acerca del hecho y sus partícipes, más allá de lo que manifieste espontáneamente.

En estricto rigor, la evidencia obtenida en infracción de las normas legales que regulan su obtención debiera ser inutilizable para el persecutor penal. Con todo, no puede dejar de comentarse que la doctrina de nuestra Corte Suprema es que para que haya causal de exclusión por vulneración de garantías individuales, las garantías que se atacan deben ser las del imputado. Y en este caso, una simple lectura del hecho y de la norma legal nos dice que las garantías vulneradas son de la víctima, el NNA.

Con todo, pensamos que el tema es discutible. Si bien, las normas de la Ley N° 21.057 buscan proteger al NNA víctima de ciertos delitos y evitar su victimización secundaria, también persigue como objetivo mejorar la calidad de la prueba que se obtiene durante la investigación, entre otras vías, por la de evitar la contaminación de la evidencia y la inoculación de antecedentes falsos o espurios. A partir de esta consideración, se podría argumentar que la garantía de debido proceso del imputado se ve vulnerada cuando la policía vulnera las normas de la Ley N° 21.057 sobre recepción de denuncia y, por esta vía, intentar la exclusión de la prueba por vulneración de garantías fundamentales en la audiencia de preparación del juicio oral.

La otra vía de reclamo frente a la situación ejemplificada será colocarlo en evidencia en el juicio oral mismo, a fin de que el tribunal, al valorar la prueba rendida, reste mérito probatorio a una evidencia que fue obtenida con infracción a las normas de la Ley N° 21.057.

b) La entrevista investigativa video grabada

i. Objeto de la entrevista

El artículo 2 letra d) del reglamento define la entrevista investigativa video grabada como aquella *“diligencia que se desarrolla durante la investigación penal, que tiene por objeto recoger el relato del niño, niña o adolescente, buscando, mediante dicha modalidad, afectar lo menos posible a quien entrega la*

declaración, y procurando evitar su exposición reiterada e injustificada a otras diligencias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos denunciados y de la participación criminal”.

La realización de la entrevista investigativa video grabada tiene por objeto “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”.

Es decir, la entrevista constituye una diligencia investigativa circunscrita al ámbito de la investigación penal, dirigida por el Ministerio Público.

Pretende además ser una instancia de interacción con el niño, niña, o adolescente caracterizada por tener en consideración su etapa evolutiva, así como también sus circunstancias personales, emocionales, cognitivas, físicas, idiomáticas, étnicas, culturales y de género. Asimismo, responde también a la necesidad de evitar que el niño, niña o adolescente reitere su declaración en la etapa de investigación.

ii. *Quién debe realizar la entrevista: el entrevistador*

La Ley N° 21.057 introduce la figura del entrevistador, quien es designado por el fiscal y debe realizar la entrevista video grabada (art. 5°).

El artículo 2° letra e) del reglamento define al entrevistador como *“aquella persona que facilita la obtención del relato del niño, niña o adolescente en la entrevista investigativa video grabada, definiendo y formulando las preguntas que se le realizan al niño, niña o adolescente. Asimismo, es aquella persona que facilita la obtención de la declaración judicial del niño, niña o adolescente, traspasándole las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, durante el juicio o la prueba anticipada, según corresponda”.*

Este entrevistador debe cumplir con dos requisitos copulativos: a) contar con formalización especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa video grabada y declaración judicial a niños y niñas o adolescentes en los términos que plantea el reglamento de la ley y; b) encontrarse con acreditación vigente en el registro de entrevistadores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (art. 19 Ley N° 21.057).

Con el fin de garantizar la operatividad del sistema, la ley obliga a la Policía de Investigaciones, Carabineros y al Ministerio Público a contar con personal que reúna las características de especialización y acreditación. Es decir, deben contar dentro de su personal con entrevistadores. Además, estas instituciones deberán garantizar que los entrevistadores sean idóneos para tales funciones, teniendo en consideración sus conocimientos, experiencia, motivación y, si corresponde, su conducta funcionaria previa; que los entrevistadores puedan llevar a cabo las funciones de forma exclusiva o preferente, y que se creen las condiciones necesarias para la formación continua de entrevistadores, su seguimiento y evaluación.

A modo excepcional, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública deberá proveer entrevistadores necesarios en caso de que las demás instituciones antes mencionadas no cuenten con los suficientes.

La ley permite al Poder Judicial contar con entrevistadores acreditados, jueces y funcionarios, pero sólo pueden cumplir la función de ser intermediarios en la declaración judicial del NNA (art. 27).

En cuanto al proceso de formación de los entrevistadores, el artículo 28 de la ley dispone que *“la formación de los entrevistadores se llevará a cabo mediante un curso inicial de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa video grabada a niños, niñas o adolescentes, y un programa de formación continua. 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 video grabada, 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°.

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.

Para dar cumplimiento a lo establecido en este artículo, las instituciones señaladas en el artículo 27 podrán celebrar convenios con instituciones, organismos o entidades, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que impartan cursos de formación especializada en entrevistas video grabadas 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”.

El artículo 29 de la ley dispone 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 video grabadas y declaraciones judiciales.

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

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”.

El Reglamento regula con detalle estos aspectos. En su Título IV, artículos 18 a 29, ambos incluidos, se detalla la formación con que deben contar los entrevistadores.

El artículo 18 conforma el sistema de formación a través de un Curso Inicial de Formación Especializada (CIFE) y del Programa de Formación Continua (PFC), a los cuales conceptúa como *“actividades de formación de desarrollo complementario y coordinado, cuyo objetivo es que quienes pretendan acreditarse como entrevistadores, se encuentren capacitados para desarrollar correctamente cada una de las fases de una entrevista investigativa video grabada y de una declaración judicial, y cumplan con el estándar técnico necesario para interactuar con niños, niñas y adolescentes, considerando su calidad de sujetos de derechos, sus particularidades y el contexto procesal chileno”.*

El artículo 19 faculta a la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio Público y Poder Judicial para impartir CIFE y PFC, aunque dispone que, al efecto, podrán suscribir convenios con instituciones, organismos o entidades, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Luego, el reglamento detalla los requisitos mínimos que deben cumplir los CIFE y PFC, y las entidades que los impartan. Es interesante destacar que el artículo 28 dispone la elaboración de un informe final sobre el desempeño del entrevistador que ha cursado el PFC. En este informe *“se indicarán cuáles son las fortalezas identificadas y los aspectos que sean necesarios mejorar, acorde a la evolución que se constatare en el proceso formativo, y se incluirán conclusiones, además de una referencia sobre la idoneidad de la persona para continuar ejerciendo las funciones de entrevistador”.*

Por otra parte, el mismo reglamento, en su Título VI, artículos 36 a 49, ambos inclusive, se refieren a la acreditación y registro de los entrevistadores.

Se regula la formalidad en la solicitud de acreditación, que se realiza ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El artículo 37 letra c) agrega como requisito para ser entrevistador *“comprobar que no se encuentra afecto a alguna de las inhabilidades establecidas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal”*. Si bien este requisito no se encuentra mencionado por la Ley N° 21.057, parece adecuada su inclusión reglamentaria. Recordemos que el artículo 39 bis regula los efectos de las personas condenadas a la pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, prevista en el artículo 372 del Código Penal, y el artículo 39 ter regula una sanción similar respecto de la pena contemplada en el artículo 403 del Código Penal.

La primera vez que es acreditado un entrevistador, la acreditación tiene una vigencia de un año y tres meses, que se cuentan desde la notificación de la resolución acreditatoria. Para obtener la revalidación de la acreditación, el entrevistador debe haber aprobado un PFC. La revalidación del entrevistador tiene una vigencia de dos años y tres meses, que se cuentan, también, desde la notificación de la respectiva resolución.

Acreditado el entrevistador, es incorporado al Registro de Entrevistadores, que será único y cuya conformación y administración está a cargo de la División de Reinserción Social de la Subsecretaría de Justicia, y contendrá un listado de los entrevistadores con acreditación vigente, con indicación de la institución a la que pertenecen y su domicilio, y será actualizado periódica y oportunamente.

Recordemos que, conforme a lo dispuesto en la letra d) del artículo 30 de la ley 21.057, el Ministerio de Justicia debe mantener el Registro de Entrevistadores siempre a disposición del Poder Judicial y del Ministerio Público, a través de medios técnicos óptimos.

A toda la normativa legal y reglamentaria referida, hay que agregar el contenido del Protocolo H, que detalla los estándares técnicos que deberán satisfacer los cursos de formación especializada de entrevistadores, que especifica las condiciones mínimas para impartir un CIFE o un PFC, requisitos y condiciones de los instructores y docentes, y entrega los contenidos de las mallas curriculares de los CIFE y de los PFC.

Es relevante toda esta normativa relativa a los entrevistadores, su acreditación, formación, vigencia, etc., dado que un presupuesto básico de la entrevista video grabada es que sea realizada por un profesional competente.

Desde el punto de vista de la defensa, es deseable que se exija certificar, idealmente al momento mismo en que se delibera acerca de la designación del entrevistador, que se trata de un entrevistador acreditado, cuya acreditación está vigente tanto al momento de la designación como al tiempo de la entrevista. Sería altamente conveniente que la defensa tuviera acceso a los informes finales de los entrevistadores que han cursado un PFC y contar con las competencias y asesorías necesarias para evaluar el desempeño técnico de un entrevistador en una entrevista video grabada investigativa e, incluso, si ello es pertinente y acorde con la teoría del caso, interrogar en el juicio oral al entrevistador de la entrevista investigativa a fin de cuestionar su desempeño técnico en la misma.

iii. *Oportunidad para realizar la entrevista video grabada*

La entrevista debe realizarse “en el tiempo más próximo a la denuncia a menos que el niño, niña o adolescente no se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella” (art. 7). Esta última circunstancia debe ser calificada por un profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) de la Fiscalía en el menor tiempo posible.

El Fiscal Nacional parece concebir la EIV como una diligencia prácticamente irrenunciable para la persecución penal. Así, instruye que “*en virtud de la aplicación de los principios de esta ley, ningún NNA debería ser excluido de la*

posibilidad de participar en esta diligencia, dado que es la forma en que puede ejercer su derecho a ser oído/a”.

Más aún, el Fiscal Nacional agrega ciertas consideraciones para adoptar la decisión de que el NNA preste EIV, entre las cuales destacan *“b) No es posible renunciar a la realización de esta diligencia, salvo en el caso de que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito; c) de forma excepcional, si se cuenta en la investigación con antecedentes suficientes que acrediten los hechos denunciados y la participación, puede decidirse no realizar la entrevista investigativa video grabada⁵⁷”.*

El Protocolo I detalla el procedimiento a seguir en este aspecto. Así, *“una vez decretada por el fiscal la realización de la diligencia, deberá solicitar al jefe de la URAVIT que designe a un profesional para que realice la evaluación⁵⁸”* que ordena el artículo 7º de la Ley N° 21.057.

La calificación realizada por el profesional de URAVIT corresponde a una evaluación previa sobre el estado físico y emocional de la víctima, es decir, su único propósito es determinar si ésta se encuentra en condiciones para participar en la entrevista. Por esa razón, no podrán ser objeto de evaluación preguntas relativas al hecho y la participación (preguntas que además se encuentran prohibidas al profesional), ni las revelaciones espontáneas que el niño, niña o adolescente pudiera hacer durante este proceso.

Conforme al Protocolo I, la evaluación que hace el profesional de la URAVIT *“se trata de una interacción en la que el profesional de la URAVIT, 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 video grabada, de acuerdo a las orientaciones técnicas que se establezcan para dichos*

⁵⁷ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 2.2.1. Consideraciones para la realización de la diligencia.

⁵⁸ Protocolo I, acápite 2.1.2. designación de un profesional URAVIT.

efectos... 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. Si el NNA puede participar en la entrevista, el profesional URAVIT lo comunicará al fiscal respectivo y hará las recomendaciones que estime pertinentes en relación a necesidades específicas de aquél para los efectos del desarrollo de la diligencia de que se trata. En caso que el NNA no se encuentre en condiciones de participar en la EIV, lo informará al fiscal correspondiente haciendo presente, además, el plazo probable en que pudiera realizarse una re evaluación de la víctima de acuerdo con las circunstancias⁵⁹.

Determinado que el NNA se encuentra en condiciones de participar en la EIV, *“el fiscal designará a un entrevistador de los que estén en el registro de entrevistadores acreditados elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”*. Luego, corresponde citar al NNA. Al efecto, *“el funcionario encargado deberá informar al representante legal, adulto responsable o persona de confianza, y/o al NNA en los casos en que sea posible, de acuerdo a su edad, madurez y condiciones psíquicas, en qué consiste la diligencia⁶⁰”*.

iv. *Desarrollo de la entrevista y condiciones de realización*

1) Realización en salas especialmente acondicionadas.

La Ley N° 21.057 entrega criterios generales para la realización de la EIV, ordena que la entrevista se desarrolle en salas especiales y acondicionadas al efecto, que cuenten con implementos adecuados en atención a la edad y la etapa evolutiva del niño, niña o adolescente y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el NNA (arts. 8° y 20).

En este sentido, dentro del debate que se realizó en el segundo informe de la comisión de Constitución se indicó que *“esta entrevista debe realizarse según un*

⁵⁹ Protocolo I, acápite 2.1.3. Evaluación para EIV por profesional URAVIT.

⁶⁰ Protocolo I, acápite 2.1.4. Designación de entrevistador y citación a EIV.

protocolo validado, en una sala adecuada y en el menor tiempo posible tras la interposición de la denuncia, con el propósito de evitar la contaminación del relato, la retractación y fomentar la memoria y los recuerdos de la víctima. Indicó que la idea es que esta entrevista video grabada sea el primer contacto que tiene el niño agredido con el sistema penal”.

El artículo 21 de la Ley N° 21.057 dispone que, para la realización de la EIV, deben darse condiciones que protejan la privacidad de la interacción con el NNA; resguarden su seguridad; permitan controlar la presencia de participantes y sean tecnológicamente adecuadas para video grabar el relato que preste el niño, niña o adolescente y, en el caso de la declaración judicial, para su reproducción instantánea y su intercomunicación.

En este punto, lo relevante es que estas salas cuentan con un sistema que permita observar y escuchar el desarrollo de la entrevista.

A partir de estas definiciones legales, el artículo 2° del reglamento entrega tres conceptos de salas:

“h) Sala Especial: Sala que cuenta con un sistema de circuito cerrado de televisión que permite disponer de visibilidad y audio en tiempo real, junto con video grabar y almacenar grabaciones de las entrevistas investigativas video grabadas y de las declaraciones judiciales que se presten en ellas.

“i) Sala Gesell habilitada: Sala conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral cubierto por una cortina tipo roller de tono neutro, la cual cuenta con equipos de audio y de video que permitan la grabación para los fines señalados.

“j) Sala de Entrevistas Investigativas: Sala acondicionada para permitir el desarrollo y observación de las entrevistas investigativas video grabadas que se realicen a niños, niñas o adolescentes, la cual cuenta con equipos de audio y de video que permitan la grabación para los fines señalados”.

El mismo reglamento, en sus artículos 11 a 14, define los estándares mínimos de las salas; las especificaciones técnicas en cuanto a la estructura constructiva de la sala de entrevistas investigativas y de la sala especial, su habilitación, aislamiento y adecuación; las especificaciones técnicas en cuanto al equipamiento informático audiovisual y de grabación de la sala utilizada para la realización de EIV, y de la sala especial utilizada para la declaración judicial.

Si bien la ley no define dónde existirán estas salas, se desprende del inciso 2° del artículo 20 que en su mayoría se encontrarán dentro de instituciones públicas, en cuyo caso, estos organismos deberán facilitar su utilización para la realización de las entrevistas video grabadas o la declaración judicial del niño, niña o adolescente. Para ello, el Ministerio Público, el Poder Judicial, Carabineros y la Policía de Investigaciones podrán celebrar convenios entre sí o con otros organismos públicos.

2) Etapa previa a la EIV

El Protocolo D dispone que, para la realización de la diligencia, en primer lugar *“se definirá la disponibilidad de salas especiales existentes utilizando como criterio aquella disponible más cercana al lugar de residencia del NNA”*, agregando que se procurará evitar que los NNA deban ser trasladados fuera de la localidad o comuna donde residan. El mismo protocolo regula los casos excepcionales en que ello sea necesario⁶¹.

El Protocolo I se encarga de detallar el procedimiento desde que el NNA arriba al lugar hasta el inicio de la entrevista propiamente tal. Al efecto, dispone que el entrevistador debe planificar la entrevista, a fin *“organizar la información, desarrollar un plan de entrevista adecuado al caso concreto y determinar los temas a ser explorados”*, conociendo *“la situación general del entrevistado, por ejemplo, su*

⁶¹ Protocolo D, acápite 4.2.1.4.1 y 4.2.1.4.2. Determinación de la sala para la diligencia y Desplazamiento excepcional del NNA.

edad, sexo, género, necesidades especiales, etc., así como contar con información del hecho denunciado⁶².

Para la planificación “el/la fiscal deberá poner a disposición del/a entrevistador/a todos los antecedentes que sean necesarios para poder llevar a cabo una correcta planificación de la diligencia. Esta instancia tendrá el objeto de organizar la información, desarrollar un plan de entrevista adecuado al caso concreto y determinar los temas a ser explorados⁶³”.

Será responsabilidad del fiscal que la información con que cuente el entrevistador sea de calidad y cumpla las exigencias legales, particularmente el principio de objetividad contemplado en el artículo 3° de la ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Por ejemplo, si de la denuncia se desprende que existen dos posibles sospechosos del abuso sexual que se debe investigar (dos posibles líneas investigativas), sería inverosímil que la información que se entregue al entrevistador reduzca la información a sólo un sospechoso, ya que ello sesgaría por completo la EIV.

Luego, de la planificación, cuando el NNA arribe al lugar, *“se deberá recibir al NNA y al adulto que lo acompañe y conducirlos a una sala de espera u otro lugar que garantice su privacidad y seguridad, entregándoles información general sobre las acciones que se llevarán a cabo y las dependencias en que éstas se desarrollarán, haciendo expresa mención de que el acompañante no podrá ingresar a la sala de entrevista ni de observación⁶⁴”.*

Luego, el entrevistador debe *“ir a buscar al NNA y conducirlo a la sala de entrevista, diciéndole su nombre y que será el encargado de entrevistarlo. Al momento de la entrevista, si el funcionario encargado de realizarla pertenece a alguna de las policías, no usará su vestimenta institucional, ni su arma de servicio⁶⁵”.*

⁶² Protocolo I, acápite 2.2.1. Planificación.

⁶³ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III. Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 2.2.6. Planificación de la EIV.

⁶⁴ Protocolo I, acápite 2.1.5. Acogida.

⁶⁵ Protocolo I, acápite 2.2.2. Primer contacto.

3) Participantes de la entrevista

Al interior de las salas donde se desarrollará la entrevista solo podrán estar presentes el entrevistador y el NNA, salvo que existan dificultades de comunicación con el entrevistado, en cuyo caso el fiscal podrá autorizar la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo. Así lo dispone expresamente el artículo 8° de la Ley N° 21.057. El protocolo I, en el acápite 2.2.3.1., primer párrafo, reproduce la norma citada, agregando que el fiscal puede autorizar también la presencia de *“un animal de asistencia especialmente entrenado”*.

El protocolo I dispone que *“el fiscal, el entrevistador acreditado que eventualmente preste apoyo externo (dupla técnica) y, excepcionalmente, otras personas que por motivo justificado sean autorizadas por el primero, podrán presenciar la diligencia desde la sala de observación respectiva, quedando sujetas a la prohibición establecida por el artículo 12 de ley. Durante el desarrollo de la EIV, sólo el fiscal y el entrevistador acreditado que eventualmente preste apoyo externo podrán entregarle sus comentarios al entrevistador a través de un dispositivo idóneo o en una pausa que este último realice⁶⁶”*.

De lo anterior se desprende que el fiscal se encuentra presente en la sala de observación adjunta. Ni la ley ni el reglamento hablan de la presencia del “entrevistador acreditado que preste apoyo externo (dupla técnica), que es un elemento incorporado sólo en el Protocolo I. Con todo, cabe recordar que estamos hablando de la EIV, que es una diligencia de investigación del fiscal, quien la dirige.

Puede plantearse la duda acerca de si el querellante o el defensor pueden presenciar el desarrollo de la entrevista, ya que la ley no hace referencia explícita a esta posibilidad. En nuestra opinión, dado que las características de las salas permitirán la visión de la entrevista en tiempo real, sumado a que no existe prohibición legal alguna, la diligencia podrá ser observada por el querellante y el

⁶⁶ Protocolo I, acápite 2.2.3.1., párrafos 3° y 4°.

defensor en los términos del art. 184 del Código Procesal Penal, esto es, autorizados por el fiscal, cuando lo estimare útil. Frente a esta posibilidad, es fundamental que los defensores cuenten con los conocimientos necesarios sobre los protocolos y metodología para la realización de las entrevistas.

Con todo, llama la atención que el Protocolo I limite la interacción con el entrevistador, ya sea en una pausa o por intercomunicador, sólo al fiscal y al apoyo externo. Suponemos que, si se autoriza al querellante o al defensor a estar presentes en la diligencia, podrán efectuar comentarios, observaciones o sugerencias, ya que no hay norma legal o reglamentaria que lo impida. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan dirigirlos al fiscal que encabeza la diligencia.

4) Desarrollo de la EIV

El protocolo I detalla el desarrollo de la EIV, desde su fase pre sustantiva hasta la fase de cierre.

Interesa destacar la regulación existente en cuanto a las suspensiones de la EIV. El artículo 9° de la Ley N° 21.057 dispone 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”*.

Por su parte, el protocolo I dispone que *“si en cualquier momento de la EIV, el NNA manifiesta su voluntad en torno a no participar de la diligencia o de no continuar con ésta, el entrevistador deberá informar al fiscal y sugerir la suspensión de la entrevista. Una vez decretada la suspensión, el entrevistador deberá dejar constancia de ello en la grabación, haciendo presente los motivos de la misma⁶⁷”*.

La circunstancia de que la suspensión de la entrevista quede entregada a la voluntad del fiscal hace que la regulación del protocolo I en esta parte sea defectuosa y vulnere lo dispuesto en el artículo 3° letra c) de la Ley N° 21.057, que

⁶⁷ Protocolo I, acápite 2.2.3.1., párrafo 2.

dispone que la participación del NNA en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento será siempre voluntaria, y no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna, bajo ninguna circunstancia. Además, la redacción aparece contraria a lo dispuesto en el artículo 9° de la ley, cuya redacción es imperativa (el fiscal, a sugerencia del entrevistador, la suspenderá) y no facultativa como podría interpretarse.

Si, durante la EIV ya iniciada el NNA manifiesta claramente su voluntad de no continuar la entrevista, no se ve razón para que el entrevistador sólo le sugiera al fiscal terminar la EIV, y no la declare terminada inmediatamente. Y si, tras la sugerencia del entrevistador, el fiscal no está de acuerdo con la sugerencia y le ordena al entrevistador que continúe la EIV porque al NNA aún no ha proporcionado la información que el fiscal espera obtener, ¿el NNA debe continuar la entrevista?, ¿el entrevistador cumple su deber si continúa la EIV?, ¿el fiscal incumple algún deber?, ¿la información obtenida en la continuación forzada de la EIV adolece de un vicio de nulidad o ha sido obtenida en vulneración de las garantías del NNA?.

Parece que la única alternativa frente a la falta de voluntariedad del NNA en orden a participar en la EIV es respetar su voluntad íntegra y cabalmente.

En cuanto al desarrollo de la EIV, es interesante señalar que sí puede ser suspendida o pausada.

Cualquiera sea el motivo, el protocolo I contempla la posibilidad de efectuar pausas durante la EIV. Sea porque se alarga, porque el NNA debe satisfacer una necesidad básica o porque el entrevistador estima salir de la sala para consultar presencialmente con el fiscal, hablamos de pausas relativamente breves. Sin embargo, deberá quedar constancia de ello.

Al efecto, debemos recordar que la EIV se graba y que, al inicio de la misma, debe *“el entrevistador, previo a ingresar con el NNA a la sala, decir en voz alta la fecha y hora, número de causa si lo hubiera y nombre completo del NNA. Durante las pausas o interrupciones breves de la diligencia no se detendrá la videograbación, por ejemplo, cuando el NNA solicita ir al baño o si el entrevistador*

se reúne con la persona que está observando la entrevista. Se deben tomar todas las medidas para que el NNA y el entrevistador no abandonen la habitación conjuntamente⁶⁸”. Además, al concluir la EIV, “frente a la cámara la hora, el entrevistador dará por finalizada la EIV y señalará la hora con que ello se verifica⁶⁹”.

El propósito del conjunto de la normativa es claro: interesa preservar la integridad de la EIV. Se podría hacer un símil entre la norma del artículo 340 inciso 2° del C.P.P., en cuanto a que el tribunal oral formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, y estas disposiciones, en orden a que los antecedentes de investigación que aporte el NNA tras la denuncia sólo serán aquellos que ha aportado durante el desarrollo de la EIV y nada más.

Distinta es la suspensión de la EIV, que supone que ella se interrumpe en su realización si ya se ha iniciado y, en el evento de que ello sea posible, se reagenda para ser continuada en un día distinto.

Lo primero es que la suspensión de la EIV se verifica cuando “*surge algún motivo que impida al NNA continuar participando en el desarrollo de ésta, como por ejemplo que exista afectación emocional o física o que manifieste su voluntad de no continuar en la diligencia*”. Como siempre, la suspensión la decreta el fiscal, a sugerencia del entrevistador. “*En los casos que sea posible, la continuación de la entrevista deberá programarse para el día más cercano, teniendo presente el motivo que dio lugar a su suspensión y la verificación de las condiciones en que se encuentra el NNA a través de una nueva evaluación de URAVIT, especialmente en las situaciones de afectación emocional. La entrevista continuará siendo realizada por el mismo entrevistador, salvo que se encontrare impedido por causa debidamente justificada. Al momento de proseguir con la entrevista, el entrevistador deberá evaluar desde qué etapa de aquella es posible reanudarla, dejando constancia del día y hora en que ésta se reinicia⁷⁰”.*

⁶⁸ Protocolo I, acápite 2.2.3.1., párrafos 5 y 6.

⁶⁹ Protocolo I, acápite 2.2.3.4. Fase de cierre.

⁷⁰ Protocolo I, acápite 2.2.3.5. Suspensión de la entrevista.

v. Obligación de registro de la entrevista investigativa

La entrevista investigativa deberá ser video grabada a través de medios tecnológicos idóneos que permitan su reproducción íntegra y fidedigna. Los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de la entrevista, quedarán determinados en el reglamento de la ley.

El párrafo 3 del reglamento regula la materia en sus artículos 15 a 17 y dispone estándares mínimos para la producción de los registros, para el almacenamiento y la custodia de los registros y para la disposición de los registros.

Además de la grabación, debe levantarse un acta de la diligencia realizada. Aunque ni la ley ni el reglamento lo señalan expresamente, esta conclusión no es más que la aplicación de la norma del artículo 227 del C.P.P. sobre registro de las actuaciones del Ministerio Público. De ahí que el protocolo I haya dispuesto que *“una vez concluida la EIV, deberá levantarse un acta de la diligencia según lo dispuesto en el artículo 227 del Código Procesal Penal y directrices generales que el Ministerio Público impartirá al respecto, la cual será incluida en la carpeta investigativa, pudiendo acceder a ella todos los intervinientes. Dicha acta observará las restricciones dispuestas en el artículo 23 de la Ley N° 21.057⁷¹”*.

Recordemos que en caso de suspensión de la EIV, el entrevistador, además de dejar constancia de este hecho en la grabación, lo hará *“en el acta respectiva que se adjunta a la carpeta investigativa, la cual consignará, además, los motivos y la autorización del fiscal a cargo⁷²”*.

La confirmación de que debe elaborarse un acta de la diligencia es el numeral 2.3.4. del Oficio 892/2019 del Fiscal Nacional que, bajo el título de “Acta de realización de la entrevista”, dispone que *“Luego de la realización de la EIV,*

⁷¹ Protocolo I, acápite 2.2.3.5. Acta de la diligencia.

⁷² Protocolo I, acápite 2.2.3.5. párrafo primero. Suspensión de la entrevista.

el/la entrevistador/a deberá levantar un acta de la diligencia, según lo dispuesto en el artículo 227 del Código Procesal Penal, la cual será incluida en la carpeta investigativa. Esta acta deberá contener:

- *Rol Único de la Causa (RUC), de existir.*
- *Fecha de realización de la entrevista.*
- *Hora de inicio y término de ésta (según lo registrado en video).*
- *Lugar en que se ha realizado (ubicación de la sala).*
- *Fecha y hora en que se realizó la planificación de la entrevista.*
- *Individualización de la víctima.*
- *Individualización del/la entrevistador/a.*
- *Individualización del/la intérprete u otra persona que haya estado presente en la sala de entrevista.*
- *Individualización de las personas presentes en la sala de observación.*
- *Individualización de la persona encargada de la custodia y traslado del soporte digital de la videograbación.*
- *Motivos de suspensión y decisión de suspensión del/a fiscal, si procede.*
- *Observaciones del/a entrevistado/a respecto a la necesidad de adopción de alguna medida de protección, si corresponde.*
- *Firma del entrevistador/a”.*

Otras regulaciones del mismo instructivo del Fiscal Nacional también aluden a las obligaciones de registro disponiendo, entre otros aspectos, que “*el fiscal dejará constancia del/de la entrevistador/a en la carpeta investigativa*⁷³”; “*el/la profesional deberá registrar oportunamente la evaluación (para determinar si el NNA se encuentra en condiciones de prestar EIV) y emitirá la certificación*

⁷³

Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 2.2.4. Designación de un/a entrevistador/a.

respectiva que se adjuntará en la carpeta investigativa⁷⁴”, “el entrevistador/a deberá dejar constancia de estas acciones (planificación previa) en la respectiva acta de realización de la diligencia⁷⁵”.

Parece razonable que al elaborar el acta de la diligencia se observen las restricciones necesarias para mantener en reserva su contenido y los datos que puedan servir para la individualización del NNA con la sola lectura del acta. Con todo, debiera existir algún tipo de mecanismo para que no exista duda alguna de que el acta que se elabora se refiere específicamente a este NNA y a esta investigación. Tal vez la asignación de un código numérico al NNA, asociado al RUC de la causa cumpla este objetivo.

vi. *Deber de reserva del contenido de la entrevista investigativa y sanciones a incumplimiento.*

1) De la reserva

El artículo 23 de la ley prescribe que el contenido de las entrevistas será reservado.

La disposición en comento, además, prohíbe a los medios de comunicación social y a las personas que asistan a la audiencia reproducir, fotografiar o filmar parte alguna de la entrevista investigativa que se reproduzca en el juicio. También se prohíbe la exhibición de dichas imágenes o registros, la difusión de datos que permitan identificar al declarante o a su familia y hacer citas textuales de su declaración.

Adicionalmente, la norma crea un tipo penal que sanciona con presidio menor en sus grados medio a máximo a quien, fuera de los casos permitidos por

⁷⁴ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 2.2.5. Evaluación previa e información.

⁷⁵ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 2.2.6. Planificación de la EIV.

los artículos 23 y 23 bis de la misma ley 21.057⁷⁶, fotografíe, filme, transmita, comparta, difunda, transfiera, exhiba o de cualquier otra forma copie o reproduzca el contenido de la entrevista investigativa video grabada, sea total o parcialmente, o difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia.

El texto original del artículo 23 de la Ley N° 21.057 disponía que el delito descrito precedentemente se verificaba en aquellos casos en que se fotografiara, filmara, transmitiera, compartiera, difundiera, transfiriera, exhibiera, o de cualquier otra forma copiara o reprodujera el contenido de la entrevista video grabada sea total o parcialmente, **“fuera de los casos permitidos por la ley”**. La Ley N° 21.182, que tuvo por objeto morigerar la prohibición para efectos pedagógicos y evaluativos en la formación y evaluación de los entrevistadores, modificó el tipo penal y redujo el alcance del tipo penal a aquellos casos en se verifique la conducta descrita **“fuera de los casos previstos en este artículo (artículo 23 de la ley 21.057) en el artículo 23 bis”**.

La segunda modificación al tipo penal que introdujo la Ley N° 21.182 es que el texto original del artículo 23 de la Ley N° 21.057, en el mismo tipo penal, sancionaba al que “difunda **maliciosamente** imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia”. La modificación a esta parte del tipo penal de la Ley N° 21.182 consiste simplemente en eliminar el vocablo **“maliciosamente”**, con lo cual se elimina la exigencia del dolo directo en esta conducta, la que se amplía al dolo eventual.

La misma Ley N° 21.182 introdujo un artículo 23 bis a la Ley N° 21.057, cuyo texto señala:

“Artículo 23 bis.- Acceso a los registros de entrevistas investigativas video grabadas y declaraciones judiciales. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, para el cumplimiento del proceso de formación previsto en el artículo 28, las instituciones señaladas en el artículo 27 podrán solicitar al Ministerio Público o

⁷⁶ Modificación al texto del artículo 23 original, introducido por la Ley N° 21.182, publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de octubre de 2019.

al Poder Judicial, según corresponda, acceso al registro de las entrevistas investigativas video grabadas y de las declaraciones judiciales en las que haya participado un determinado entrevistador. El requerimiento que enviará la institución deberá incluir la individualización del evaluador y del entrevistador que será evaluado, quienes serán los únicos que tendrán acceso al contenido del respectivo registro de la entrevista investigativa video grabada o de la declaración judicial, en ambos casos, de acuerdo a los términos del inciso segundo del artículo 23.

“Asimismo, los entrevistadores podrán solicitar al Ministerio Público acceso al registro de la entrevista investigativa video grabada cuando hubieren sido citados a declarar en juicio oral, con la finalidad de revisar la metodología y técnica empleadas en ella, conforme a la letra d) del inciso primero del artículo 18.

“Un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá la forma y el procedimiento en que se formularán las solicitudes y se otorgará el acceso a la información. Asimismo, creará un sistema que permita individualizar a las personas que accedan al registro, resguardando la confidencialidad y seguridad de éste, y el respeto a los principios de aplicación mencionados en el artículo 3”.

Como se ve, el propósito de la Ley N° 21.182 fue dar solución a un problema que presentaba la Ley N° 21.057 en su texto original, y que significaba que, dado el nivel de reserva y secreto establecido para el acceso y manejo de las entrevistas video grabadas, no se podía acceder a dicho material en los procesos de formación, evaluación y acreditación de los evaluadores. Del mismo modo, el entrevistador que había realizado la entrevista video grabada no podía revisar la grabación antes de declarar en el juicio oral acerca de la metodología y técnicas empleadas en la entrevista.

La reserva es tal, que el artículo 12 de la ley prohíbe que los testigos citados a declarar al juicio oral realicen alusión al contenido de la entrevista investigativa

prestada por el NNA. Los peritos se encuentran eximidos de esta prohibición. Volveremos a esta norma a propósito de la declaración judicial del NNA.

- 2) Excepciones al deber de reserva de la entrevista investigativa.
Acceso al registro de la entrevista.

Solo podrán acceder al registro de la entrevista investigativa los intervinientes, las policías en el cumplimiento de una diligencia específica, el juez de familia dentro del ámbito de su competencia y los peritos en los casos que deban conocerla con la finalidad de elaborar un informe (art. 20 Ley N° 21.057).

En caso de que los intervinientes, las policías o los peritos deseen obtener una copia del registro de la entrevista investigativa, el Ministerio Público deberá entregarla siempre que se hubiere distorsionado suficientemente aquellos elementos de la videograbación que permitan identificar al niño, niña o adolescente, sin que ello afecte su comprensión. Con todo, existe la posibilidad de acceder al contenido íntegro y fidedigno de la entrevista sin distorsiones, pero solo a través de su exhibición en dependencias del Ministerio Público.

Excepcionalmente, el fiscal podrá rechazar la entrega de una copia del registro o su exhibición siempre que se hubiere decretado la reserva de la entrevista de acuerdo con el artículo 182 del Código Procesal Penal. Cabe precisar que la Ley N° 21.057 no introdujo reglas especiales que alteraren las normas sobre forma, control y límites del secreto de la investigación previstas en el artículo 182 del C. P. P., por lo que serán aplicables las reglas generales al respecto. De hecho, el mismo artículo 23 inciso segundo de la Ley N° 20.057 señala que esta facultad del fiscal es “sin perjuicio de los derechos de los intervinientes para limitar o poner término a la reserva conforme al inciso cuarto” del artículo 182 del C.P.P.

Incluso, en aquellos casos excepcionales en que la ley autoriza la exhibición de la EIV en la audiencia de juicio oral, sólo “será presenciada o exhibida por los intervinientes, salvo que el tribunal, por razones fundadas, autorice el ingreso de personas distintas a la sala de audiencia”.

Más aún, el artículo 17 inciso tercero del Reglamento dispone que, en aquellos casos en que los intervinientes, policías o peritos accedan al contenido de una EIV, *“se solicitará a estas personas la suscripción de un documento en el que conste que toman conocimiento que, en virtud del inciso final del artículo 23 de la Ley, cualquier acto de copia o reproducción del contenido de la entrevista investigativa video grabada se encuentra sancionado penalmente. La reproducción de la entrevista investigativa video grabada deberá efectuarse en una sala privada, que garantice que terceras personas no puedan ver ni escuchar su contenido. Asimismo, se impedirá el acceso a dicho lugar con teléfonos celulares o cámaras”*.

Como se ve, de la regulación referida, el resguardo de la reserva de la EIV ha sido un principio capital en la materia. Dos aspectos merecen comentarios.

Parece altamente conveniente que el defensor de la causa solicite y obtenga, a la brevedad posible, copia de la EIV al Ministerio Público. Recordemos que, para su entrega, se debe distorsionar suficientemente aquellos elementos de la videograbación que permitan identificar al niño, niña o adolescente, ***sin que ello afecte su comprensión***. Al momento de elaborarse este documento se ha planteado, por parte de algunos actores del sistema de justicia penal, la duda acerca de si el Ministerio Público cuenta con la capacidad técnica para cumplir con este mandato legal. Frente a negativas injustificadas a la entrega de la copia o a su retardo, la interposición de una cautela de garantías es una opción a considerar.

Desde otro punto de vista, parece conveniente hacer hincapié en que los defensores (al igual que las demás personas que pueden tener acceso a la EIV) tengan sumo cuidado en cuanto a su manejo, disposición y reproducción, a fin de no arriesgar incidentes al respecto. Particularmente aparece necesario este resguardo cuando se requiera contar con una pericia que requiera acceder al contenido de la EIV (como podría ser un informe pericial elaborado con la finalidad de determinar si en esta particular EIV el entrevistador y/o el registro han cumplido a cabalidad con la metodología y estándares existentes).

En este sentido, es conveniente tener en cuenta que el Reglamento de la Ley N° 21.182, que incorporó el artículo 23 bis a la Ley N° 21.057, y que regula el acceso de terceros a las entrevistas video grabadas, sean investigativas o judiciales, para efectos de los procesos de evaluación de los entrevistadores, contiene normas acerca de la forma o manera en que se debe acceder a este tipo de registros.

En lo que interesa, respecto de todos los solicitantes, se requiere que, al momento de presentar su solicitud de copia del registro (o de exhibición en las dependencias del Ministerio Público si se quiere acceder al registro sin distorsiones), se acompañe *“una declaración simple suscrita por el entrevistador y evaluador solicitante, en la que conste que han tomado conocimiento que en virtud del inciso final del artículo 23° de la Ley N° 21.057, cualquier acto de copia, reproducción o difusión de la entrevista investigativa video grabada o declaración judicial se encuentra sancionado penalmente”*.

Ahora bien, en la situación que comentamos, nos encontramos frente a un defensor que ha obtenido, bajo las modalidades que establecen la ley y el reglamento, una copia de EIV, y que ha solicitado una pericia para revisar la metodología y técnicas empleadas por el entrevistador. Para ello, es indispensable que el perito acceda al registro de la EIV, cuya copia está en poder del defensor.

Para ello, parece indispensable que, antes de hacer entrega de copia del registro de la EIV, se suscriba, por escrito, un acuerdo de confidencialidad con el perito, en términos tales que el perito esté obligado a guardar confidencialidad acerca del contenido de la EIV, de su soporte y tenga conocimiento de que en virtud del inciso final del artículo 23 de la Ley N° 21.057, cualquier acto de copia, reproducción o difusión de la entrevista investigativa video grabada o declaración judicial se encuentra sancionado penalmente.

Además, se debe hacer obligatorio que el perito, junto con evacuar su informe, devuelva la copia de la EIV que recibió al defensor de la causa. Asimismo, una vez ejecutoriada la sentencia, el defensor debe proceder a la destrucción de las copias (soportes) de la EIV que recibió como copias,

levantando acta de la fecha, forma y lugar de la destrucción. Si en el futuro se requiriera examinar nuevamente la EIV, se deberá hacer una nueva solicitud al Ministerio Público o al tribunal, en este último caso, si se tratara de la declaración judicial del NNA.

3) Utilización de la EIV

El instructivo del Fiscal Nacional dispone que *“el registro de la entrevista investigativa video grabada puede ser utilizado en las distintas audiencias que se lleven a cabo ante el juzgado de garantía. Para tal efecto, el/la fiscal solicitará oportunamente una copia íntegra de la entrevista, según lo establecido en el sistema de almacenamiento y custodia. En razón de los principios de aplicación de la presente ley, y con el objeto de proteger la intimidad del NNA, cabe aplicar en este caso la norma contenida en el artículo 23 inciso 3°, referido a las restricciones para la exhibición de las entrevistas en juicio oral. Es por esto que el/la fiscal deberá solicitar al/a juez/a que el video sea presenciado sólo por los intervinientes, requiriendo la salida del público presente en la sala”*.

Claramente el Fiscal Nacional está pensando en la discusión de medidas cautelares respecto del imputado. En estricto rigor, la ley no prohíbe la exhibición de la EIV durante una audiencia en el período previo al juicio oral. Las limitaciones y prohibiciones a la exhibición de la EIV se regulan en el artículo 18 de la Ley N° 21.057, a propósito de la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, tratándose de un antecedente de la investigación (tal como, en una causa común y corriente, por ejemplo, sería un parte judicial), entendemos que el defensor debe tener conocimiento íntegro del contenido de la entrevista investigativa video grabada antes del inicio de una audiencia en que ese elemento vaya a ser exhibido como argumento para que se adopten o se mantengan medidas cautelares respecto del imputado, recurriendo incluso a la petición de cautela de garantía de que trata el artículo 10 del C.P.P. si ello no se verifica.

Nada señala la Ley N° 21.057, ni su reglamento o protocolos, acerca de la audiencia de control de la detención o de la discusión que pueda darse acerca de

la ampliación de la detención, teniendo como fundamento de esta petición la necesidad de efectuar una EIV al NNA.

Suponemos una audiencia de control de la detención en hipótesis de flagrancia. En efecto, si el NNA ha denunciado con anticipación y se ha desarrollado una investigación desformalizada durante algún tiempo, parece impresentable que durante ese lapso no se haya concretado una EIV con el NNA, máxime aun considerando las instrucciones del Fiscal Nacional acerca de la necesidad de efectuar esta fundamental diligencia. Se agrega a lo anterior que, si ha existido una investigación desformalizada y se ha solicitado una orden de detención a un juez de garantía, tal solicitud se ha efectuado por escrito, aportando todos los antecedentes de rigor, que exige la ley para poder decretar dicha orden de detención, incluido el fundamento de por qué no bastaría la citación del imputado a una audiencia de formalización para garantizar su comparecencia. En ese escenario, que el fiscal solicite una ampliación de la detención para efectuar la EIV no parece plausible.

Sin embargo, la situación en estudio podría verificarse en una situación de delito flagrante en que ha sido afectado un NNA y, como consecuencia de la flagrancia, se ha procedido a la detención del imputado y, el fiscal ha decidido pasarlo a audiencia de control de la detención y no dejarlo en libertad con citación, como también es su prerrogativa.

En este supuesto, no se ve una razón diferente para sostener que la falta de EIV sea un motivo plausible para solicitar la ampliación de la detención. La legalidad de la detención -etapa previa para que se pueda solicitar y decretar ampliación- deberá debatirse con los antecedentes comunes y habituales de cualquier detención. Será el parte policial, la denuncia recibida, el registro que efectuó el funcionario policial que recibió la denuncia acerca de lo que el NNA manifestó espontáneamente, la declaración del adulto que acompañaba al NNA, etc. y con esos antecedentes, más los que pueda aportar la defensa del imputado, el juez de garantía decidirá si se da alguno de los presupuestos que autorizan una detención por flagrancia según el C.P.P.

Y si el juez de garantía declara legal esa detención, entonces el debate de ampliación de la detención deberá centrarse en por qué el fiscal no cuenta, en esa audiencia, con los antecedentes necesarios para formalizar investigación y solicitar las medidas cautelares que procedieran (art. 132 del C.P.P.) y, específicamente, por qué la realización de la EIV al NNA es indispensable para estos fines.

Habrá de considerarse por parte del tribunal, entre otros elementos, para decidir acerca de la ampliación de la detención solicitada:

- Que el fiscal tuvo la posibilidad de no poner al imputado a disposición del juzgado de garantía para el control de la detención, sino que pudo haberlo dejado citado, disponiendo su libertad, dentro de las 24 horas siguientes a la detención (art. 131 inc. 2° C.P.P.).
- Que las medidas de protección, tanto generales como especiales, de que tratan los artículos 24 y 25 de la Ley N° 21.057 pueden ser solicitadas y adoptadas aún desde antes de la formalización, e incluyen limitaciones a que el presunto agresor pueda acercarse al lugar donde el NNA estudie, a cualquier otro lugar e, incluso, obligarle a hacer abandono del hogar común. De manera tal que, si la realización de la EIV es indispensable para solicitar medidas cautelares, el fiscal debería justificar por qué las medidas generales y especiales de protección le son insuficientes.
- ¿Puede el fiscal garantizar que, dentro del plazo de ampliación de la detención (máximo de 3 días), a EIV podrá efectuarse? Recordemos que, para que se pueda proceder a materializar la EIV, debe existir una evaluación previa de la URUVIT acerca de la factibilidad de que el NNA esté en condiciones de realizar la EIV, debe contarse con entrevistador acreditado y disponible y con sala con la implementación requerida. ¿Puede el fiscal, en la audiencia de ampliación de la detención, garantizar que todo ello será posible? ¿Cuánta el fiscal con el informe de la URUVIT de que el NNA está en

condiciones de realizar la EIV dentro del lapso de ampliación de la detención?

En definitiva, pensamos que la solicitud de ampliación de la detención para realizar una EIV al NNA no es una opción simple ni obvia y que, al igual que respecto de cualquier detención, deben satisfacerse exigentes requisitos legales para que ello se concrete.

vii. *Cantidad de entrevistas que podrán realizarse*

El proyecto original limitaba a una sola oportunidad el número de entrevistas al que podía ser sometido un niño, niña o adolescente. Esta disposición fue criticada durante la tramitación de la ley, por cuanto al establecerse un límite al número de veces que el niño, niña o adolescente víctima pueda ser entrevistado en un proceso penal, implica la limitación de la defensa de los imputados, así como de los principios de oralidad, inmediación y publicidad. Adicionalmente, se criticó que limitar el número de entrevistas “carece de un respaldo científico que efectivamente involucre restringir el contacto investigativo con la víctima a una sola entrevista. Si bien se comparte la necesidad de minimizar aquellas intervenciones con el niño, niña o adolescente, lo cierto es que no se puede prescindir de aquellas consideraciones propias de la investigación que pueden hacer necesaria una nueva intervención y, además, lo que no se puede soslayar, bajo ningún punto de vista, es el derecho consagrado en la Convención de los Derechos del Niño a favor de éstos y que se vincula con su ‘derecho a ser oído’⁷⁷.

Finalmente, el legislador decidió eliminar un límite al número de entrevistas al que el NNA podía someterse, optando en su lugar por introducir distintas disposiciones dirigidas a reducir al mínimo posible el número de entrevistas mediante la elaboración de un protocolo al respecto (artículo 31 letra g), pero permitiendo en ciertos casos la realización de más entrevistas (artículo 10). En este último caso, el artículo 10, de manera excepcional permite al fiscal, de oficio o

⁷⁷ Historia de la Ley N° 21.057 p. 116.

a petición de cualquiera de los intervinientes, ordenar la realización de una nueva entrevista video grabada en dos casos:

a) Cuando aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista investigativa video grabada, que modifiquen lo expuesto en ella y puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación. En este caso, el fiscal podrá ordenar una segunda entrevista de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes (imputado, abogado defensor, víctima, y querellante), decisión que deberá contar con la aprobación del Fiscal Regional respectivo.

Adicionalmente, el legislador impone la obligación de registrar en la carpeta de investigación la decisión del fiscal, los hechos y antecedentes que se tuvieron en consideración para adoptarla.

b) En todo caso, si el niño, niña o adolescente manifestare espontáneamente su voluntad de realizar nuevas declaraciones.

Para los dos casos anteriormente expuestos, antes de la entrevista se deberá verificar que el niño, niña o adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella, para lo cual el fiscal dispondrá una nueva evaluación de un profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la fiscalía respectiva.

La ley dispone, además, que la nueva entrevista deberá ser realizada por **el mismo entrevistador** que participó en la entrevista original, salvo que se encontrare impedido por una causa **debidamente justificada**, en cuyo caso el fiscal deberá designar otro entrevistador.

Finalmente, si durante alguna de las entrevistas surge algún impedimento para que el niño, niña o adolescente continúe interviniendo en la diligencia, el fiscal, a sugerencia del entrevistador, podrá suspenderla por el tiempo mínimo necesario, atendiendo al motivo que origina la suspensión.

Cabe plantearse qué ocurre si la defensa (u otro interviniente, como un querellante, por ejemplo) solicita al fiscal la realización de una segunda EIV y el

Ministerio Público rechaza tal solicitud. En nuestra opinión, a falta de alguna norma especial de la Ley N° 21.057, sería aplicable el artículo 183 inc. 2° del Código Procesal Penal (reclamo ante las autoridades superiores del Ministerio Público).

Ahora bien, si se ha efectuado la solicitud de nueva EIV y se ha rechazado por el fiscal, se ha reclamado ante el superior y también se ha rechazado, cabe preguntarse si se podría plantear la realización de la diligencia de conformidad a la normativa de reapertura de la investigación tras el cierre de la misma. No se ve motivo por el cual no sea aplicable al caso el artículo 257 del C. P. P. Con todo, sería ésta una situación excepcional en que el juez de garantía acabaría ordenando la realización de una nueva EIV.

c) Otras diligencias investigativas.

El artículo 11 de la Ley N° 21.057 regula aquellas otras diligencias de investigación, distintas de la EIV, que supongan una interacción presencial con el NNA. Se trata, fundamentalmente, de dos tipos de diligencias: la elaboración de informes médico legales y la elaboración de pericias psicológicas. Frente a estas diligencias, la ley dispone que serán realizadas excepcionalmente y sólo cuando sean absolutamente necesarias, debiendo dejarse constancia en la carpeta investigativa de las razones y los fundamentos que se tuvieron en consideración para decretar estas diligencias. Aunque sin tener rango legal, el protocolo G intenta ahondar en el concepto de diligencia innecesaria, al disponer que *“las diligencias de investigación que impliquen interacción o afectación del NNA se considerarán innecesarias en la medida que su fundamento y finalidad sea perseguir una información o antecedente que resulte superfluo para los fines del proceso penal, de acuerdo al caso concreto⁷⁸”*. El instructivo del Fiscal Nacional también persigue ampliar el ámbito de aplicación de estas otras diligencias, al disponer que pueden verificarse cuando sean absolutamente necesarias *“para el éxito de la investigación o para otorgar una debida protección a estas víctimas”*.

⁷⁸ Protocolo G, acápite 4.2. Diligencias innecesarias.

Agrega el mismo instructivo que, para decretar este tipo de diligencia “*debe evaluar si la información que se puede obtener de su realización puede o no obtenerse de otra forma; si la diligencia es útil en casos como el investigado; y si es el momento oportuno para decretarla*”. Sobre el punto, el Fiscal Nacional dispone categóricamente que “*en ningún caso el fiscal podrá citar a la víctima a careos*”⁷⁹.

Particular énfasis pone el instructivo del Fiscal Nacional en cuanto a que los fiscales deben oponerse a la solicitud de realizar pericias a las víctimas en virtud del artículo 320 del C.P.P., indicando las líneas de argumentación al respecto.

Ahora bien, dado el supuesto excepcional de una diligencia investigativa distinta de la EIV que requiere interacción presencial con el NNA, el mismo artículo 11 de la Ley N° 21.057 entrega regulaciones acerca de cómo proceder.

Tratándose de pericias psicológicas, el Fiscal Nacional del Ministerio Público ha dictado instrucciones generales y, si el fiscal ordena o autoriza la realización de esta pericia psicológica respecto del NNA, entonces debe justificar su decisión de acuerdo con las instrucciones generales referidas.

Este instructivo es el Oficio N° 892/2019, de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, y en materia de pericias psicológicas que requieren la presencia o intervención del NNA, regula tres tipos de pericias:

- Evaluación pericial psicológica del testimonio.
- Evaluación pericial psicológica de daño.
- Otras evaluaciones periciales psicológicas.

En cuanto a las **evaluaciones periciales psicológicas del testimonio**, el Fiscal Nacional reitera que sólo deben decretarse cuando sean absolutamente necesarias, sólo con posterioridad a la realización de la EIV, y siempre que no

⁷⁹ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 3 Otras actividades investigativas.

existan otros medios de prueba que permitan concluir respecto de los siguientes aspectos:

- Cuando la víctima que ha develado previamente la ocurrencia del delito, o ha entregado un testimonio sobre el mismo, se retracta, o por los antecedentes disponibles se sospecha que se pueda retractar.
- Cuando existe evidencia de posible sugestión y/o contaminación del testimonio de la víctima (por ejemplo, múltiples víctimas en establecimientos escolares).
- Cuando exista evidencia de posible desplazamiento de la figura del/a autor/a de parte de la víctima.
- Cuando se trate de casos en que la víctima se encuentra en una situación de discapacidad (cognitiva, de lenguaje, alteración de juicio de realidad) y ésta incida en las características o contenido del testimonio⁸⁰.
- Cuando se enfrenten inconsistencias, contradicciones, omisiones o distorsiones significativas en el propio testimonio, o en relación con el resto de los antecedentes de la investigación.
- Cuando se conozcan antecedentes de historia de victimización sexual previa.

Desde el punto de vista de la defensa, la diligencia que requiere interacción presencial con el NNA, por excelencia, ha sido el llamado “informe de credibilidad”, que el Fiscal Nacional parece englobar bajo la denominación “evaluación pericial psicológica de testimonio”, informe cuya validez se discute arduamente. Desde luego, desde el punto de vista técnico – profesional, no es posible la elaboración de un informe de credibilidad con el solo acceso al registro de la EIV, ya que se requiere de otro tipo de interacción con el NNA.

⁸⁰ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 3.2.1 Evaluación pericial psicológica del testimonio.

En cuanto a las **evaluaciones periciales psicológicas de daño** sólo deben decretarse cuando sean absolutamente necesarias, sólo con posterioridad a la realización de la EIV, en los siguientes casos:

- Cuando la víctima que ha develado previamente la ocurrencia del delito, o ha entregado un testimonio sobre el mismo, se retracta, o por los antecedentes disponibles se sospecha que se pueda retractar.
- Cuando exista evidencia de posible desplazamiento de la figura del/a autor/a de parte de la víctima.
- Cuando se requiere valorar la posición psicológica de la víctima en el delito que se investiga.
- Cuando se conozcan antecedentes de historia de victimización sexual previa, que requiera un diagnóstico diferencial del daño.
- Cuando se evidencien estados disociativos profundos.

En cuanto a **otras evaluaciones periciales psicológicas** en caso de resultar absolutamente necesarias para el éxito de la investigación o para otorgar una debida protección a las víctimas. Éstas son:

- Evaluación de capacidad intelectual.
- Existencia de psicopatología previa o actual que pueda resultar relevante. como diagnóstico o sospecha de la misma.
- Existencia o sospecha de trastornos del desarrollo.
- Detección de alteraciones del juicio de realidad.
- Determinación de grave desamparo o condiciones de vulnerabilidad de la víctima.

Llama la atención la orientación que el Fiscal Nacional parece dar a los casos en que es posible decretar otras diligencias distintas de la EIV y que impliquen la intervención del NNA. En general, se observa una clara tendencia a privilegiar la persecución penal por sobre los derechos del NNA.

Por ejemplo, la ley, el reglamento y los protocolos tienen como uno de los objetivos centrales prevenir, evitar o al menos disminuir la victimización secundaria del NNA víctima. Sin embargo, si ese NNA se retracta de los términos de su denuncia, entonces la Fiscalía se olvida de evitar, prevenir o disminuir la victimización secundaria, ya que en este caso se puede decretar evaluaciones psicológicas del testimonio, de daño u otra. Y no sólo por el hecho de retractarse, sino que por la mera sospecha de que pueda retractarse en el futuro.

En este sentido, y precisamente para cumplir los objetivos de la ley de evitar y/o disminuir la victimización secundaria del NNA, es recomendable que los defensores evalúen detenidamente la conveniencia de solicitar a los fiscales la realización de una segunda EIV, particularmente en aquellos casos en que el NNA se ha contactado con el defensor y ha develado las verdaderas circunstancias de su denuncia o su realidad. El defensor debe razonar que, si hace la solicitud de una nueva EIV al fiscal, éste con ese mero antecedente tendrá sospechas de que el NNA puede retractarse de su denuncia original y, con ese dato, decretar a su respecto todo tipo de pericias psicológicas, lo que constituiría una especie de sanción no legal ni penal al NNA. En otras palabras, el mensaje podría interpretarse como “si te retractas, entonces te voy a evaluar psicológicamente”. En estos casos, parece mejor, para evitar la victimización secundaria del NNA, derechamente presentarlo como testigo de la defensa en el juicio oral.

Tratándose de la elaboración de un *“informe pericial médico legal, los profesionales a cargo de dichas diligencias deberán limitarse exclusivamente a practicar una anamnesis, los reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos que correspondan y no podrán en caso alguno formular al niño, niña o adolescente preguntas relativas a la participación criminal, al relato de la agresión sufrida o, en general, que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación”*. En la práctica, la disposición limita el alcance de la anamnesis que puede hacer el profesional en estos casos.

Incluso el Fiscal Nacional dispone que en las solicitudes de evaluaciones médico legales *“el/la fiscal deberá incluir una alusión expresa relativa a esta*

prohibición. Asimismo, deberá poner a disposición del/a médico/a, por el medio más idóneo posible, toda la información o antecedentes que sean necesarios para que pueda llevar a cabo una correcta evaluación⁸¹”.

En un intento por ajustar sus procedimientos a los mandatos de la Ley N° 21.057, el Servicio Médico Legal ha dictado la Resolución Exenta N° 2.938, de fecha 27 de septiembre de 2019, que aprueba norma general técnica de atención a víctimas niños, niñas y adolescentes de violencia sexual, para su aplicación en el Servicio Médico Legal a nivel nacional.

Algunos aspectos interesantes de esta normativa son los siguientes:

En materia de respeto al principio de participación voluntaria del NNA, dispone que “la aceptación del examen forense y la autorización para recoger pruebas biológicas debe ser siempre voluntaria. Siempre será requerido el asentimiento a los NNA, de acuerdo a su edad y madurez, y no podrán realizarse los exámenes si no lo permiten. El médico intencionará que el NNA, conforme a su voluntad firme un asentimiento informado, o bien dejará constancia de este asentimiento por escrito en el informe. Si el NNA concurre con su representante legal o la persona a cuyo cuidado se encuentre, ésta deberá firmar un consentimiento informado. Si el NNA concurre sin la compañía de su representante legal o la persona a cuyo cuidado se encuentra; se sospechare que esta persona se encuentra implicada en el delito; o ésta se opone a la realización del examen forense, en circunstancias que la víctima ha manifestado su asentimiento, se deberá solicitar la autorización del fiscal para practicar el examen”.

El documento, a propósito de la necesidad de obtener información para la correcta realización de la evaluación, indica que deben obtenerse “a través de antecedentes entregados por la fiscalía, policía, representante legal o

⁸¹ Oficio FN/ N° 892/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019, del Fiscal Nacional, acápite III, Disposiciones Relativas a la Investigación; numeral 3.1 Evaluaciones médico legales.

acompañante del NNA". Se agrega que el NNA no debe estar presente en el momento en que se pregunta al adulto sobre esta información, y si el NNA no está dispuesto a separarse del adulto, ello impide absolutamente formular preguntas sobre los hechos eventualmente constitutivos de delito o de las personas que los han cometido. *"Asimismo, antes del procedimiento, el médico debe advertir a estas personas que ante dichos espontáneos de la víctima sobre los hechos no deben manifestarse de ninguna forma, verbal o no verbal"*.

Llama la atención que, al hablar de los antecedentes necesarios para efectuar la evaluación diagnóstica, el documento señale que *"en el caso de que la Fiscalía le haya dado acceso al registro de la entrevista investigativa video grabada de la víctima, se deberá revisar antes de realizar la anamnesis"*. Debe entenderse esta referencia con estricto respeto a lo que dispone el artículo 23 de la Ley N° 21.057 sobre la reserva de la EIV y de la forma de acceder a ella.

Según el mismo documento del Servicio Médico Legal, *"la anamnesis considera la identificación del NNA; el motivo de consulta; la anamnesis próxima; la anamnesis remota; y eventuales consultas sobre hallazgos encontrados durante el examen físico"*. En relación con el motivo de consulta, el documento señala que el médico consultará al NNA sobre el motivo por el cual concurre al examen, a través de preguntas abiertas, como *"cuéntame/dime, ¿qué has venido a hablar conmigo hoy?"*, agregando que si el NNA entrega información, deben registrarse íntegramente sus manifestaciones verbales y no verbales.

Luego, al hablar de la anamnesis próxima, se señala que si el NNA ha entregado información *"en esta etapa le da la posibilidad de complementarla con el objeto de obtener más antecedentes que sean necesarios para la correcta realización del examen. Para este efecto el examinador puede decirle al NNA: "¿quieres contarme/decirme algo más?"*. Es solo en este acápite donde el documento indica, en forma destacada, y con negrilla que *"nunca será posible preguntar sobre la identidad del o los agresores o su relación con la víctima"*.

Es discutible la forma de redacción de la norma técnica del Servicio Médico Legal. La Ley N° 21.057 establece, como prohibición absoluta, que los peritos no podrán exponer al NNA a preguntas que busquen no sólo determinar los partícipes en el hecho, sino que tampoco pueden ser expuestos a preguntas **“que busquen establecer la ocurrencia de los hechos”**. La norma del Servicio Médico Legal, en este aspecto, se ubica en la frontera de lo permitido y parece hacer un esfuerzo para liberar al médico examinador de esta prohibición, a propósito de los datos que pueda requerir para realizar una anamnesis.

Una situación similar se verifica en el documento sobre norma técnica del Servicio Médico Legal en el acápite relativo a los hallazgos encontrados durante el examen físico, en que se lee que (los destacados son nuestros) *“durante la realización del examen, **y de forma excepcional**, el médico podrá consultarle al NNA sobre el origen de hallazgos físicos no explicables con la información obtenida precedentemente, siempre que sea útil y absolutamente necesario para el correcto desarrollo de la pericia”*. La ley no establece excepciones a la prohibición de consultar al niño sobre la ocurrencia de los hechos o sus partícipes. De hecho, la redacción del inciso tercero del artículo 4° de la Ley N° 21.057 comienza diciendo “en ningún caso”.

Con todo, la prohibición referida existe y rige plenamente para el examinador, ya que se trata de una prohibición legal. Es conveniente que el defensor examine detenidamente este punto y, si existen antecedentes que puedan hacer sospechar una vulneración sobre el particular, busque mecanismos para exponer esta infracción, sea en la APJO o en el juicio oral mismo.

d) Declaración judicial del niño, niña y adolescente

i. Objeto de la declaración judicial

Conforme a lo que dispone el artículo 13 de la Ley N° 21.057, “esta declaración 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”.

Por su parte, el artículo 6° del Reglamento, refiriéndose a la declaración judicial del NNA dispone que “la diligencia tendrá por objeto que el niño, niña o adolescente preste declaración en juicio con intervención de un entrevistador que actuará como intermediario, el cual será designado por el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal, de entre aquellos que cuenten con acreditación vigente en el Registro de Entrevistadores. El intermediario actuará como facilitador, formulando al niño, niña o adolescente las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, según corresponda, en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica”.

La oportunidad procesal para realizar y rendir la declaración judicial, por regla general será en la audiencia de juicio oral, conforme al artículo 296 del Código Procesal Penal. La Ley N° 21.057 también contempla la posibilidad de que esta declaración se rinda en audiencia de prueba anticipada.

ii. Designación de entrevistador

Si se ofrece la declaración de un niño, niña o adolescente como medio de prueba en el juicio oral, el juez de garantía deberá designar al entrevistador durante la audiencia de preparación de juicio oral, debiendo escuchar a los intervinientes. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal de juicio oral en lo penal podrá modificar la designación al momento de dictar la resolución del art. 281 del Código Procesal Penal (aquella referida a fecha, lugar, integración y citaciones),

disponiendo que actúe como intermediario en la declaración judicial un funcionario del Poder Judicial o un juez del mismo tribunal.

El entrevistador designado debe contar con acreditación vigente ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La ley no señala si la modificación del entrevistador por parte del tribunal oral en lo penal podrá hacerse de oficio o a petición de parte, de modo que quedará abierta la posibilidad para la defensa de pedirlo en el caso que estime conveniente.

La ley prevé que, en caso de impedimento del entrevistador que actuará como intermediario en la declaración, el tribunal podrá de oficio o a petición de cualquier interviniente designar a otro entrevistador.

Como se señaló a propósito de la figura del entrevistador al analizar la entrevista investigativa video grabada, se debe realizar un informe final del entrevistador, tanto en el proceso de su primera acreditación, como en cada una de las revalidaciones. Ello, unido a los antecedentes que se recaben acerca del desempeño que el entrevistador designado por el juez de garantía en la APJO, debieran ser insumo para que el defensor estime si es conveniente o no solicitar el cambio del entrevistador al tribunal oral en lo penal (TOP), y si estima conveniente efectuar la petición, debe hacerlo ante el TOP, idealmente antes de que el éste dicte la primera resolución, fijando día, hora, lugar e integración para el juicio, y solicitando que a petición se resuelva, previo debate en audiencia, conforme a las normas generales acerca de la forma o manera en que los tribunales orales resuelven las solicitudes de los intervinientes.

El entrevistador designado para la declaración judicial del NNA no puede ser un fiscal adjunto, abogado asistente de fiscal, ni tampoco algún funcionario de la Policía de Investigaciones o Carabineros que hubiere participado en alguna diligencia de investigación distinta de la EIV (art. Inciso 3°). Como se ve, el entrevistador sí puede ser el mismo que realizó la EIV, siempre que no sea fiscal ni abogado asistente de fiscal.

Hay que señalar que el entrevistador que efectuó la entrevista investigativa puede ser citado a declarar como testigo en la audiencia de juicio oral. En efecto, una de las hipótesis que contempla la ley para exhibir en el juicio oral la entrevista investigativa se da 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 (de referirse al contenido de la entrevista investigativa), y la declaración del entrevistador y la exhibición del video se limitarán únicamente a informar al tribunal sobre la metodología y técnica empleadas⁸²”*.

El punto a destacar es que, si el funcionario que realizó la entrevista investigativa video grabada es citado a declarar como testigo en el juicio oral (para declarar acerca de la metodología utilizada) no podría ser designado intermediario en la entrevista video grabada judicial, debido a que rige plenamente lo dispuesto en el artículo 329 inciso 6° del C.P.P., que dispone que *“antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia”*.

Naturalmente, esta dificultad no se presentará si la declaración judicial del NNA se verifica en la modalidad de prueba anticipada antes de la audiencia de preparación de juicio oral.

Es necesario hacer presente que la Ley N° 21.057 habla del entrevistador, al igual que el reglamento. Sin embargo, el protocolo I habla del intermediador, y lo define como *“aquel entrevistador acreditado que facilita la obtención de la declaración judicial del NNA, traspasándole las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, durante el juicio o prueba anticipada, según corresponda⁸³”*.

⁸² Artículo 18 letra d) Ley N° 21.057.

⁸³ Protocolo I, acápite 1.2.1. Intermediario – concepto.

iii. Funciones y rol del intermediador⁸⁴

El artículo 8° del Reglamento, relativo a las funciones del entrevistador, dispone, en lo pertinente, que *“como intermediario en la realización de la declaración judicial... le corresponderá realizar las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, según corresponda, actuando como un facilitador que formule dichas preguntas en un lenguaje y modo adecuados a la edad, madurez y condición psíquica del niño, niña o adolescente”,* debiendo *“velar por el interés superior del niño, niña o adolescente. Para tales efectos 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 declaración judicial, y comunicar oportunamente si surge algún motivo que le impida continuar interviniendo, para que el tribunal o juez de garantía, según corresponda, pueda disponer la suspensión por el tiempo mínimo necesario, de conformidad al motivo del impedimento. Asimismo, pueden sugerir la realización de las pausas necesarias para el descanso del niño, niña o adolescente”.*

El Protocolo I define las funciones del intermediador señalando que consisten en *“transmitir y/o adecuar las preguntas que reciba por intermedio del juez presidente o de garantía al NNA, de acuerdo a los lineamientos técnicos en la materia, y; verificar la disponibilidad física y emocional del NNA para prestar declaración judicial”*⁸⁵.

Agrega que, respecto del juez, *“el intermediario constituye una asistencia especializada para el tribunal, facilitando la comunicación con el NNA y el monitoreo permanente de las condiciones físicas y psíquicas de éste”*⁸⁶.

El artículo 17 de la Ley N° 21.057, en sus incisos tercero y cuarto 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

⁸⁴ A partir de este acápite se hablará de “intermediador” para referirse al entrevistador de la declaración judicial del niño, niña o adolescente.

⁸⁵ Protocolo I, acápite 1.2.3. Funciones.

⁸⁶ Protocolo I, acápite 2.1.2. Respecto del juez.

de manera imparcial y neutral, cautelando especialmente que realice las preguntas que los intervinientes dirigen al juez, y éste, al entrevistador, quien las deberá plantear al niño, niña o adolescente en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 8° del reglamento señala que *“cuando sea designado como intermediario en la realización de la declaración judicial, deberá desarrollar su actividad de manera imparcial y neutral, y le corresponderá realizar las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, según corresponda, actuando como un facilitador que formule dichas preguntas en un lenguaje y modo adecuados a la edad, madurez y condición psíquica del niño, niña o adolescente”*.

Nótese que esta obligación del intermediador de realizar su labor de manera imparcial o neutral, no se encuentra impuesta cuando ejerce como entrevistador de la entrevista investigativa video grabada.

Durante la discusión legislativa se criticó el rol del entrevistador como intermediario durante la declaración, pues su intervención limita de manera importante el derecho a la defensa en distintos aspectos, siendo uno de los más problemáticos el derecho a confrontación, elemento central para que el acusado sea objeto de un juicio justo y respetuoso del debido proceso.

En la doctrina nacional, el académico Mauricio Duce, señaló que el proyecto de la ley *“no pondera adecuadamente los distintos valores en juego en los procesos penales, pues si bien es muy eficiente en la protección del interés superior del niño, no lo es respecto del derecho de defensa del imputado”*. En suma, Duce plantea que *“el contraexamen de la víctima constituye un aspecto central de la defensa, que se ve fuertemente limitado, tanto por la falta de inmediatez (las preguntas se hacen al juez y éste al perito) como por la temprana*

oportunidad en la que se puede practicar (impide contar con antecedentes que surgen en la investigación o en el mismo juicio)”⁸⁷.

El ejercicio eficiente del contradictorio por la defensa no se satisface por el hecho formal de permitir que esté presente durante el desarrollo de la declaración e insinúe algunas materias. No basta con que el NNA acceda a declarar en el juicio oral porque, tal como ha sido establecido en el derecho comparado, la posibilidad de confrontar al testigo de cargo es un elemento esencial del debido proceso, que debe compatibilizarse con la protección de los derechos del NNA, lo que supone que siempre que sea posible debe declarar en el juicio y quedar disponible para el contraexamen, estableciendo que el defensor podrá dirigir sus preguntas por medio del juez y del entrevistado.

iv. *Participantes de la declaración judicial*

De la misma forma que en la entrevista investigativa, solo podrán estar presentes en la sala especial el intermediario y el NNA, salvo que existan dificultades de comunicación con el entrevistado, en cuyo caso el tribunal podrá autorizar la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo. Nuevamente el Protocolo I agrega la opción de animales de acompañamiento. Con todo, el tribunal debe resolver la presencia de estas personas (o animales) antes del inicio de la diligencia⁸⁸. En la sala de audiencias se encontrarán los jueces y los demás intervinientes.

Durante todo el desarrollo de la declaración judicial, la sala especial “*se mantendrá con la puerta cerrada y prohibición de ingreso de cualquier otra persona, salvo aviso contrario del juez presidente, del intermediario o por alguna necesidad particular del declarante*⁸⁹”.

¿Qué ocurre si es necesario que, durante su declaración, el NNA observe un documento u otro elemento probatorio? En este caso “*el juez presidente*

⁸⁷ Historia de la Ley N° 21.057, pág. 186.

⁸⁸ Protocolo I, acápite 2.3.2.1. Formalidades.

⁸⁹ Protocolo I, acápite 2.3.2.1. Formalidades.

otorgará al intermediario el tiempo necesario para explicar la regla básica consistente en que se abrirá la puerta para que el funcionario o colaborador que ya conoce le haga entrega del mismo. Para estos efectos el intermediario, sin salir de la sala especial, y luego de hacer el recordatorio referido, abrirá la puerta de la sala y recibirá el documento o elemento respectivo, para quedarse nuevamente a solas con el NNA, y desarrollar el ejercicio de que se trate de acuerdo a las instrucciones del juez⁹⁰”.

Con todo, puede darse una situación diferente cuando se trate de la declaración judicial de un adolescente. En efecto, si la víctima es un adolescente (todos los que hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad) y lo manifieste libre y espontáneamente, podrá declarar sin intervención del entrevistador, decisión que será autorizada por el tribunal, debiendo además velar por que el adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y síquicas de participar. El adolescente igualmente deberá prestar declaración en una sala especial distinta de aquella en que se encuentran los intervinientes, en la que también se encontrará el juez presidente de la sala⁹¹, de forma tal que será éste quien interroge al adolescente en dicha sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio (artículo 14).

El Protocolo I dispone que *“antes del inicio de la declaración judicial del adolescente, el fiscal, querellante o curador ad litem podrá hacer presente al tribunal la voluntad de aquél en torno a prestar declaración directamente ante el juez presidente o de garantía, según corresponda, lo que en todo caso deberá ser consultado al declarante”*. También lo puede manifestar al intermediario durante el encuadre de la fase inicial⁹².

Con todo, bajo *“ninguna circunstancia el adolescente podrá ingresar a la sala de audiencia a prestar declaración aun cuando manifieste su voluntad al*

⁹⁰ Protocolo I, acápite 2.2.3.2.2., párrafo 8. Fase de desarrollo

⁹¹ Lo específica de esta manera el artículo 6° inciso segundo del Reglamento.

⁹² Protocolo I, acápite 2.2.2.1. Oportunidad

*efecto*⁹³". De modo tal que el adolescente víctima siempre prestará declaración en sala especial.

Todo lo anterior rige para las personas que pueden ingresar a la sala especial. En cuanto a la sala de audiencias del tribunal, durante la declaración judicial del NNA, el artículo 23 inciso tercero de la Ley N° 21.057 dispone que la declaración judicial sólo será presenciada por los intervinientes, salvo que el tribunal, por razones fundadas, autorice el ingreso de personas distintas a la sala de audiencia. El Protocolo I menciona expresamente a la "custodia del imputado", haciendo referencia a personal de Gendarmería, pero, en estricto rigor, al no ser interviniente, la presencia de personal de Gendarmería en la sala de audiencias durante la realización de la declaración judicial del NNA debiera ser autorizada previamente por el tribunal, lo cual, probablemente, no genera mayor debate ni discrepancia.

En consecuencia, durante la declaración judicial del NNA, la sala de audiencias debe ser evacuada y cerrada al público general.

v. Condiciones de realización

Al igual que el caso de la entrevista investigativa, la declaración judicial deberá desarrollarse en una sala especial que cuente con las mismas características a las que nos referimos a propósito de la EIV. Como requisito adicional, la sala deberá ser distinta de aquella en la que se realiza la audiencia de juicio oral o de prueba anticipada y deberá contar con un sistema interconectado de comunicación con la sala de audiencia, de forma que se permita la reproducción en tiempo real de la entrevista en la sala de audiencia.

Importante es 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*

⁹³ Protocolo I, acápite 2.2.2.3. Prohibición de ingreso a la sala de audiencia.

ordenar la reanudación de la declaración” (artículo 17 inciso segundo Ley N° 21.057).

vi. Desarrollo de la declaración judicial

El artículo 17 de la Ley N° 21.057 dispone que la declaración se desarrollará bajo la dirección, control y supervisión del juez presidente del tribunal oral en lo penal o el juez de garantía.

1) Arribo y espera del NNA

“El NNA no será llevado al tribunal sino en momentos próximos a su comparecencia, evitando de esta manera largas e innecesarias esperas en las dependencias de aquél. Una vez en el tribunal oral o juzgado de garantía, según sea el caso, se guiará al deponente hacia la sala especial donde podrá mantenerse en espera junto a la persona que lo esté acompañando en la diligencia, sea familiar, guardador, profesional de la URAVIT u otra persona. El ingreso y trayecto correspondientes se harán de tal forma que el NNA no se encuentre con el acusado, demás testigos, peritos o intervinientes del juicio respectivo, con la guía permanente del personal interno especialmente mandatado para la tarea⁹⁴”.

2) Fase previa

En primer lugar, y antes de presentarse ante el NNA, el intermediador debe concurrir a *“la sala de audiencia para imponerse junto con el tribunal, por parte de los intervinientes, de los aspectos generales necesarios para evacuar la diligencia, a saber, edad y cualquier otra cuestión que diga relación con el desarrollo evolutivo o capacidad del NNA. El tribunal acordará con el intermediario la forma en que éste último podrá advertir al primero sobre la concurrencia de alguna de las situaciones excepcionales de representación de preguntas descritas anteriormente en este protocolo a propósito de las generalidades del desarrollo de*

⁹⁴

Protocolo I, acápite 2.3.1. Actuaciones previas a la declaración.

la intermediación, letra A; así como la necesidad que explique al NNA el contenido de los artículos 302 y 305 del Código Procesal Penal⁹⁵”.

Luego, el intermediario ingresará a la sala especial “a tomar declaración al NNA mientras el tribunal, intervinientes, acusado y eventual custodia del mismo permanecerán en la sala de audiencia, desde donde podrán observar y escuchar de forma simultánea lo que ocurra en la sala especial por medio de las cámaras y los micrófonos dispuestos en ésta, y de las pantallas, parlantes y micrófonos instalados en la primera, pudiendo formular sus preguntas a través del juez presidente, el que, a su vez, las transmitirá al intermediario, quien contará con un audífono especial -sonopronter- para escuchar a los jueces y abogados, por cuanto se encontrará conectado al sistema de circuito cerrado ya descrito⁹⁶”.

A continuación, el intermediario debe realizar el encuadre presentándose y debe, en lenguaje sencillo y acorde a su edad, indicar al NNA:

- Quiénes los ven y escuchan por la cámara y micrófonos, y donde están;
- Explicará las características del espacio y contexto de la instancia;
- Indicará en términos sencillos el objetivo de la diligencia y facilitará la emergencia de dudas.
- Asimismo, expondrá al NNA la posible ocurrencia de instancias en que deba mantenerse en silencio para escuchar bien las preguntas que deba hacerle.
- Establecerá las reglas básicas para el desarrollo de la diligencia, como el tema del tiempo de espera mientras se resuelven las objeciones, la eventualidad de que se equivoque en realizar la pregunta para corregirla, etc.

⁹⁵ Protocolo I, acápite 2.3.2.2.1. Fase previa.

⁹⁶ Protocolo I, acápite 2.3.2.1. Formalidades.

- En el caso que la tarea la ejecute el juez presidente o juez de garantía, además informará la necesidad de escuchar a sus compañeros o demás abogados y opinar sobre lo que éstos conversen.
- Además, si correspondiera entregar el contenido de los artículos 302 y 305 del Código Procesal Penal, el intermediario lo incorporará dentro del encuadre de una manera comprensible en virtud de la edad, madurez y condición psíquica de aquél.
- Tratándose de un adolescente, de manera simple y acorde a su edad, madurez y condiciones psíquicas, el entrevistador acreditado que desarrolle las labores de intermediación le informará sobre su derecho a prescindir de su intervención y optar porque sea el juez presidente del tribunal o de garantía quien haga de intermediario⁹⁷.

En nuestra opinión, más allá del lenguaje adecuado a la edad y estado del NNA, existen, al menos tres cuestiones esenciales que deben cumplirse en esta fase previa.

La primera, no mencionada por el protocolo I, pero que parece obvia, en atención al principio de participación voluntaria del artículo 2° letra c) de la Ley N° 21.057, es consultarle al NNA si desea prestar declaración. Más aún, si el NNA responde que no desea hacerlo, se debe dar por finalizada tal declaración.

La segunda, relacionada con la anterior, es la advertencia del artículo 302 del C.P.P. en cuanto a que no está obligado a declarar si el imputado o alguno de los imputados es su cónyuge o conviviente, ascendiente (padres, abuelos, bisabuelos) o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (hermanos, cuñados), su guardador o su adoptante. También en este caso, una respuesta negativa del NNA debe derivar en el término de la diligencia.

⁹⁷ Protocolo I, acápite 2.3.2.2.2. Fase previa

En tercer lugar, debe hacerle al adolescente la prevención del artículo 305 del C.P.P., en orden a que no está obligado a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal. Esta última advertencia debe regir sólo respecto de los adolescentes, ya que los niños y niñas no pueden ser sujeto de responsabilidad penal o adolescente en Chile.

3) Fase de desarrollo

Conforme a lo dispuesto en el artículo 17 inciso final de la Ley N° 21.057, *“los intervinientes dirigirán sus preguntas al juez, quien, en su caso, las transmitirá al entrevistador. Éste, a su vez, deberá plantear al niño, niña o adolescente las preguntas en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica”*.

Y la parte final del inciso primero del artículo 6 del reglamento señala que *“el intermediario actuará como facilitador, formulando al niño, niña o adolescente las preguntas que dirigen los intervinientes por intermedio del juez presidente o del juez de garantía, según corresponda, en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica”*.

El Protocolo I especifica algunos puntos de esta función, que son de interés resumir. Así:

- El intermediario procurará hacer las preguntas solicitadas por el juez presidente evitando estructuras complejas que enumeren más de una idea o tema, así como también el lenguaje sofisticado o técnico. En general, traducirá los cuestionamientos a términos entendibles por el deponente, atendida su edad, madurez y condición psíquica, o utilizando palabras mencionadas por el propio niño o adolescente.
- Al transmitir las preguntas al NNA, el intermediario no identificará de cuál interviniente provienen de manera de no restar simpleza y neutralidad a la diligencia.

- En los casos que el juez presidente sea quien, por decisión del adolescente, ejerza las labores de intermediación, la dirección del debate la realizará el tercer juez integrante, quien asumirá las labores respectivas disciplinarias y de orientación de la discusión. Tal magistrado otorgará la palabra, propiciará la continuidad del interrogatorio según el orden legal y, dadas sus facultades, podrá ejercer control sobre las preguntas que se formulen por los intervinientes, de acuerdo con las normas especiales de la ley y generales previstas en el Código Procesal Penal.
- Si se levantara alguna objeción, el juez presidente, previo a escuchar los fundamentos de las partes, concederá tiempo al intermediario para que reitere al NNA la regla básica consistente en que los jueces o “sus compañeros”, según sea el caso, están viendo qué pregunta adicional se le hace, por lo que guardará silencio para escuchar y, escuchar y opinar, si se trata del juez presidente. Una vez efectuada la explicación referida, el juez presidente reanudará y le otorgará la palabra al incidentista, para luego resolver lo pertinente.
- Durante el lapso de tramitación de la objeción o incidente, con el objeto de mantener la fluidez y atención del NNA, el intermediario podrá asistirlo (ofrecerá agua, algún elemento de apoyo disponible en la sala, preguntará si necesita ir al baño, etc.).
- Cuando la tarea de intermediación la desarrolle el juez presidente, luego de instruir lo ya explicado a éste, entregará su opinión respecto de las objeciones que se planteen de la forma más breve y simple posible, de manera que su comunicación con los demás miembros del tribunal para efectos de que se resuelva el incidente no interfiera la fluidez con que debe relacionarse con el adolescente, ni el foco que en él debe mantener.

4) Situación especial de las objeciones y rol del intermediador

En primer lugar, es necesario recordar que la Ley N° 21.057 modificó el artículo 310 del C.P.P., que se refiere a los testigos menores de edad, disponiendo

que este tipo de testigos *“sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio, teniendo éste el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave de la dignidad del niño, niña o adolescente, a efectos de resguardar su interés superior”*.

Así, como consecuencia de la modificación, se agregó una nueva categoría de preguntas que están prohibidas en el interrogatorio de testigos menores de edad: aquellas preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave a la dignidad del NNA.

Ahora bien, a partir de esta modificación y de lo dispuesto en el artículo 330 del C.P.P. sobre métodos de interrogación, el Protocolo I ha incorporado una regulación en la cual el intermediador puede y debe ejercer un rol en cuanto a las preguntas que se pueden formular al NNA.

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

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

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

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

A continuación, el juez presidente abrirá debate con los intervinientes en relación a lo expuesto, resolviendo finalmente el tribunal si corresponde rechazar la pregunta por alguna de las causales legales o hacer un receso en el caso de la

tercera causal, sobre la base de las normas especiales de la ley y las generales que correspondan, e indicará lo pertinente al intermediario.

Si el tribunal resolviera mantener la pregunta, el juez presidente o de garantía, según corresponda, ordenará al intermediario en tal sentido, debiendo este último transmitirla al NNA de acuerdo a su edad, madurez y condición psíquica⁹⁸.

Es ambicioso el Protocolo I en su regulación de este aspecto. En efecto, en la práctica, y más allá de que intermediador no efectúa una objeción formal a la pregunta de un interviniente, ni puede participar en el debate que se genera, al “poder plantear al juez” que una pregunta vulnera los principios de la Ley N° 21.057, en los hechos está formulando una objeción.

Las causales de esta especie de objeción que puede formular el intermediador son:

- La pregunta es coactiva. Debe entenderse por tales, aquellas que, conforme lo dispone el artículo 330 inciso tercero del C.P.P., están destinadas a coaccionar ilegítimamente al NNA.
- La pregunta, por su complejidad puede resultar engañosa. Las preguntas engañosas están prohibidas por el inciso tercero del artículo 330 del C.P.P. Con todo, probablemente en esta situación se trata de medir o confrontar la complejidad de la pregunta con el grado de desarrollo y madurez del NNA
- La pregunta, por su complejidad, puede resultar poco clara. Las preguntas que fueren formuladas en términos poco claros para el testigo también están prohibidas conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 330 del C.P.P. Al igual que en el caso anterior, se tratará de medir o confrontar la falta de claridad con el grado de desarrollo y madurez del NNA.

⁹⁸ Protocolo I, acápite 2.3.2.2.3. Fase de desarrollo.

- La pregunta puede provocar sufrimiento al NNA. Esta causal está contemplada en el artículo 310 del C.P.P. modificado, en la forma, precisamente, por la Ley N° 21.057. Que una pregunta pueda provocar sufrimiento al NNA es una cuestión de hecho y que requerirá de un estándar alto para que se verifique, siendo el tribunal quien debe ponderar los derechos que están en juego
- La pregunta puede provocar una grave afectación a la dignidad del NNA. También es una causal contemplada en el artículo 310 del C.P.P. después de la modificación de la Ley N° 21.057. Nótese que el estándar que exige la ley es alto. No basta cualquier afectación, se debe tratar de una afectación grave y que debe estar dirigida a atacar la dignidad del NNA. Con todo, finalmente se trata de una cuestión de hecho que debe resolver el tribunal
- Que el NNA se encuentre en un estado emocional o físico en el que no le sería posible continuar con la declaración. No se trata esta de una objeción propiamente tal, sino más bien del cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias que se imponen al intermediador y a los demás intervinientes. En efecto, recordemos que durante la declaración judicial del NNA *“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 declaración”* (artículo 17 inciso segundo, ley 21.057), y que al intermediador le corresponde *“cautelar, en todo momento, que el niño, niña o adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en la declaración judicial, y comunicar oportunamente si surge algún motivo que le impida continuar interviniendo, para que el tribunal pueda disponer la suspensión por el tiempo mínimo necesario de conformidad al motivo del impedimento. Asimismo, pueden sugerir la realización de las*

pausas necesarias para el descanso del niño, niña o adolescente”
(artículo 8 inciso final Reglamento).

En conclusión, más allá de los fundamentos legales y dudas que puedan surgir acerca del rol del intermediador en esta fase de la declaración judicial del NNA, lo importante es que durante esta diligencia el intermediador debe actuar con imparcialidad y neutralidad, cuestiones ambas que no está autorizado a abandonar si detecta una pregunta o situación que vulnera los principios de la Ley N° 21. 057.

5) Fase de cierre

“En la fase de cierre, el intermediario, luego de preguntarle al NNA si tiene dudas e inquietudes que plantear, deberá entregarle información en relación al término de la declaración, indicándole que ya ha finalizado su labor, así como el hecho de que la persona que lo condujo a la sala especial vendrá a asistirlo, retirándose del lugar⁹⁹”.

vii. Registro y reserva del contenido de la declaración judicial y sanciones a su incumplimiento

La declaración judicial deberá ser video grabada bajo las mismas condiciones que la entrevista video grabada ya referida, todo ello sin perjuicio del registro de la audiencia de acuerdo a las normas del Código Procesal Penal.

Rigen, respecto a la reserva del contenido de la declaración, prohibición de divulgación de su contenido e identidad del NNA declarante, las mismas prohibiciones y sanciones que respecto de la EIV, incluidas las restricciones a los medios de comunicación social y la sanción penal.

Sin embargo, cabe destacar que, en cuanto a la obtención de copia de la declaración judicial, el inciso quinto del artículo 23 de la Ley N° 21.057 dispone la reserva del contenido de la declaración judicial, prohibiendo a cualquier persona,

⁹⁹ Protocolo I, acápite 2.3.2.2.4. Fase de cierre

incluidos los intervinientes, obtener copia del registro audiovisual. Los intervinientes sólo podrán acceder a una copia fidedigna del registro de audio de la declaración judicial. Esto marca una diferencia con la EIV.

Dado que la declaración se presta en sede judicial, los intervinientes que requieran una copia del registro de audio podrán solicitarlo directamente al tribunal. Se debe tener presente para este caso que no rigen las normas que obligan a entregar un registro con distorsiones de los elementos que permitan identificar al niño, niña o adolescente, pues el inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 21.057 impone esta obligación solo respecto de la copia del registro de la EIV.

viii. Reproducción del video de la entrevista investigativa grabada en la audiencia de juicio

1) La norma que autoriza la reproducción de la EIV

El artículo 18 de la ley permite, de forma excepcional al tribunal, autorizar la exhibición del registro de la entrevista investigativa en la audiencia de juicio. Ello sólo puede verificarse en los siguientes casos:

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

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

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

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

La autorización para reproducir el registro deberá estar precedida de un debate entre los intervinientes, tras lo cual el tribunal podrá autorizar la reproducción en el juicio. Tanto el debate, como la autorización y exhibición del registro de la entrevista investigativa video grabada no podrán realizarse en presencia del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, el artículo 18 aquí tratado dispone que si la reproducción se realiza para complementar la declaración prestada o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado (letra c), toda la confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro video grabado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial. Es decir, se trata de una confrontación entre registros. Si el tribunal autoriza la exhibición de la entrevista investigativa bajo la hipótesis en comento, ésta solo podrá realizarse una vez concluida la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio, y bajo ninguna circunstancia se autorizará a que se reanude su participación. De esta forma, si la defensa desea demostrar contradicciones entre lo que declara la víctima en el juicio y la entrevista investigativa, solo podrá hacerlo cuando el niño, niña o adolescente haya terminado su declaración, sin contar con la posibilidad de formularle más preguntas.

- 2) Exhibición para complementar la declaración o demostrar contradicciones o inconsistencias

Como se podrá apreciar, de los casos enumerados precedentemente, el de la letra c) del artículo 18 es el que suscita mayores dificultades para los derechos y la actividad de la defensa.

Antes que nada, hay que destacar que esta es la única hipótesis que se puede verificar durante una declaración judicial que se preste en audiencia de prueba anticipada. No solo porque es la única letra del artículo que incorpora expresamente esta posibilidad, sino porque materialmente es la única opción existente. En efecto, si el NNA ha fallecido o caído en incapacidad física o psíquica total no tendrá sentido la audiencia de prueba anticipada. El entrevistador citado para declarar sobre la metodología debiera declarar en la audiencia de juicio oral propiamente tal. Y si se verifica la situación de la letra b), siempre existirá la opción de que se realice un nuevo intento en el juicio oral propiamente tal.

En primer lugar, la posibilidad de introducir en el juicio oral el registro de la entrevista investigativa para **complementar** la declaración prestada en juicio resulta cuestionable, pues se ve comprometido el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto la entrevista investigativa que se pretende reproducir se realiza en un contexto donde no existe control judicial ni participación de la defensa. Ello priva a la defensa de la posibilidad de contra examinar, afectándose así el derecho a confrontar directamente la prueba de cargo.

Más aún, en esta misma hipótesis, cabe preguntarse cuándo se estaría frente a una hipótesis en la que sea realmente necesario “complementar” una declaración realizada en el juicio. Sobre el punto la ley no ofrece ningún criterio orientador al respecto, dejando abierta la posibilidad de un uso abusivo de la reproducción.

Según la Real Academia Española de la Lengua, “complementar” significa “dar complemento a algo” y “servir de complemento a algo”. Por su parte,

“complemento”, se define como “cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”¹⁰⁰.

Quedará entregado a criterio del tribunal qué es lo que estimará como “necesario” de complementar, ya que el estándar que establece la letra c) es que la exhibición de la EIV sea **necesaria** para demostrar contradicciones o inconsistencias o para complementar la declaración judicial. No parece haber demasiado problema en que, en el debate que es previo a la resolución del tribunal, los intervinientes dejen en claro los motivos por los cuales es necesaria la exhibición de la EIV para demostrar contradicción o inconsistencia. Pero, ¿cómo evaluar esta necesidad cuando se trata de complementar una declaración? El estándar es muy poco sólido. ¿Necesidad de qué?

A partir de los conceptos de la R.A.E., podría estimarse que la necesidad de complementar la declaración judicial estaría determinada por la necesidad de añadir a la declaración judicial algo para hacerla íntegra. Y, si queremos respetar los principios y la lógica de nuestro sistema procesal penal, la única alternativa posible es que ese “algo” que se busca añadir a la declaración judicial sea “*algo específico*”, esto es, un punto específico y determinado, anunciado por el interviniente que lo solicita en el debate que precede. En consecuencia, estimamos que no se podría dar lugar a la exhibición si, concluida la declaración judicial del NNA, el fiscal o el querellante solicitan la exhibición de la EIV porque la prueba producida les es insuficiente para obtener una convicción condenatoria del tribunal. Pero, claramente, este es el mayor riesgo de la norma que se comenta.

Recordemos que, en nuestra opinión, lo primero que debe consultarse al NNA es si desea prestar declaración judicial. Entendemos que, si el NNA señala que no desea prestar declaración judicial y, derechamente, no declara, no hay nada que “complementar” y, por ende, no podría sustituirse la negativa del NNA por la vía de exhibirse la EIV en el juicio oral.

¹⁰⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, en <https://dle.rae.es/complemento?m=form>, visitada por última vez el 10 de febrero de 2020.

Pero, ¿qué sucede si la víctima presta una declaración incompleta por haber olvidado los hechos o por simplemente manifestar su deseo de no continuar declarando (después de haber iniciado tal diligencia judicial)? En este caso, pareciera que permitir la reproducción de la entrevista para efectos de complementar lo declarado operaría como un mecanismo que sustituye de facto la declaración por una entrevista que, como ya sabemos, resulta extremadamente difícil de poder confrontar ante la imposibilidad de realizar un contra examen o de solicitar al tribunal preguntas aclaratorias a la víctima, toda vez que la reproducción solo puede realizarse una vez que concluido su participación en la audiencia, quedando prohibida la reanudación de la participación del NNA en el juicio. En definitiva, la norma deja la puerta abierta para que el Ministerio Público (o cualquier otro interviniente, incluida la defensa) pueda incorporar como prueba el registro de la entrevista investigativa, diligencia que -como hemos señalado- se caracteriza por ser realizada por el propio fiscal o agentes de la policía que trabajan para la parte persecutora, sin participación de la defensa ni control judicial de la actividad.

En segundo término, la norma que autoriza la reproducción de la entrevista investigativa en el juicio para **demostrar contradicciones o inconsistencias** con lo declarado, presenta dos puntos problemáticos para la realización del contra examen. Por una parte, la ley es más restrictiva que el art. 332 del Código Procesal Penal, pues no permite utilizar esta herramienta para efectos de refrescar la memoria del niño, niña o adolescente, superar contradicciones o solicitar aclaraciones pertinentes¹⁰¹. Otra dificultad se da a propósito del ejercicio de esta facultad para demostrar contradicciones o inconsistencias, pues este derecho se materializa contrastando ambos registros y una vez que el niño, niña o adolescente haya finalizado su declaración (en su ausencia), de modo que, tras evidenciar la contradicción entre ambas declaraciones, no habrá posibilidad de

¹⁰¹ Cabe recordar que el art. 332 del Código Procesal Penal permite, además, la lectura de una declaración previa para “superar contradicciones o para solicitar aclaraciones pertinentes”.

continuar con el contra examen, al prohibir la reincorporación de la víctima a la audiencia.

- 3) El problema de determinar cuándo el NNA sufre una incapacidad grave, psíquica o física para prestar declaración.

Recordemos que la letra b) del artículo 18 de la Ley N° 21.057 dispone la posibilidad de exhibir la EIV *“cuando se trate de entrevistas realizadas a niños, niñas o adolescentes que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufran una incapacidad grave, psíquica o física para prestar declaración”*.

Como se adelantó, estimamos que esta hipótesis sólo puede verificarse en la declaración judicial prestada en audiencia de juicio oral propiamente tal y no en una declaración judicial prestada en audiencia de prueba anticipada. En efecto, a diferencia de la letra c) del artículo 18, que contempla explícitamente la mención a la prueba anticipada, la letra b) del mismo artículo no contempla tal referencia y se refiere a NNA que sufre esta incapacidad grave *“durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral”*.

En consecuencia, hablamos en esta hipótesis de un NNA que ha comparecido al tribunal oral en lo penal el día de la audiencia de juicio oral, el día que ha sido citado y que, antes de iniciar su declaración, sufre una incapacidad grave para prestar declaración.

Decimos que antes de prestar declaración, porque la ley es muy clara al señalar que la incapacidad grave es *“para prestar declaración”*. No habla la ley de incapacidad para continuar prestando su declaración.

La incapacidad para prestar declaración del NNA puede ser de naturaleza física o psíquica. La calificación -que debe hacer el tribunal- acerca de la incapacidad física no parece revestir mayor problema. Sin embargo, la pregunta que cabe plantearse es cuál es el estándar que debe darse para estimar que afecta al NNA una incapacidad psíquica grave para declarar.

La ley establece diferentes estándares para diversos efectos en el texto de la Ley N° 21.057. Así:

- Para decretar medidas especiales de protección, exige que existan antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido (artículo 25 inciso primero).
- Para establecer el tipo de preguntas que se prohíbe realizar al NNA, exige que se trate de preguntas que puedan causar sufrimiento o afectación grave a la dignidad del NNA (artículo 310 C.P.P.).
- Para autorizar la exhibición de una EIV en la audiencia de juicio oral, exige que el NNA, antes de prestar declaración, sufra una incapacidad física o psíquica grave para prestar declaración.

Si bien en todos los casos la calificación final acerca de si se cumple o no el estándar requerido por la ley para determinar la respectiva consecuencia, cabe señalar que, dada la gravedad de la consecuencia, es dable pensar que la ley eleva la exigencia de ese estándar cada vez más.

Si para decretar medidas de protección en favor del NNA basta con que existan *antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido* para prohibir la realización de ciertas preguntas, ya se eleva el estándar a preguntas *que puedan causar sufrimiento o afectación grave a la dignidad del NNA*. En esta lógica, se debe entender que la exigencia para que se cumpla el estándar de que el NNA sufra una incapacidad psíquica grave que le impide prestar declaración debe ser de una entidad muchísimo mayor que los anteriores.

No basta, en consecuencia, cierta incomodidad, falta de confort, afectación media de la psiquis del NNA, sino que se requiere que se verifique una incapacidad (falta de capacidad) para declarar, de origen psíquico, que debe ser total. En nuestra opinión, es altamente conveniente que para adoptar la decisión de determinar si se cumple el estándar exigido por la letra b) del artículo 18 de la Ley N° 21.057, es conveniente que el tribunal oral en lo penal se haga asesorar

por profesionales especializados, idealmente, no dependientes de ninguna de las instituciones que presentan intervinientes en el mismo juicio.

4) Exhibición de la EIV

Autorizada por el tribunal la exhibición de la EIV, nada se dice en cuanto a la extensión de la parte de tal grabación que será exhibida durante la audiencia de juicio oral.

Pensamos que, tratándose de una norma excepcional, se debe limitar la parte que se exhibe a aquellos pasajes estrictamente necesarios para complementar lo que faltó en la declaración del NNA, demostrar la contradicción o inconsistencia, sin perjuicio de la integridad y contextualización de la parte que se exhiba.

Lo contrario, esto es, exhibir íntegra la EIV al tribunal oral, simplemente sería sustituir la declaración judicial del NNA, lo que sólo podría ocurrir en la hipótesis de la letra a) del artículo 18 de la Ley N° 21.057.

ix. Declaración judicial anticipada

Uno de los propósitos de la Ley N° 21.057 fue perfeccionar el artículo 191 bis del Código Procesal Penal, que regulaba la prueba anticipada de la declaración de menores de edad. Durante la discusión parlamentaria se señaló que dicha norma es *“útil pero insuficiente, pues sólo anticipa la declaración judicial y no regula la situación en la etapa de investigación”* y *“el juez para definir la anticipación de la prueba considera las circunstancias personales y emocionales del menor de edad”*, quedando de esta manera fuera que el juez deba considerar el interés superior del NNA.

La declaración anticipada, regulada en el artículo 16 de la Ley N° 21.057, podrá ser solicitada al juez de garantía por el fiscal, la víctima, el querellante y el curador *ad litem*, petición que 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, el cual deberá citar a los

intervinientes a una audiencia destinada a debatir su procedencia. Hay que observar que no se incluye al imputado, ni a su defensa, entre los posibles peticionarios

Para evaluar la procedencia de la declaración anticipada, el inciso final del artículo 16 fija como estándar de admisibilidad la consideración del interés superior del niño, niña o adolescente, así como sus circunstancias personales. Esta situación resulta problemática, pues para el examen de procedencia de la declaración anticipada la norma en comento solo obliga a tener en consideración aspectos que dicen relación con la víctima. Ello importa el riesgo de que la declaración anticipada se convierta en la regla general, y la declaración en el juicio oral en la excepción, con todas las dificultades que suponen para la defensa el poder contrastar la declaración anticipada.

Así, podemos estar frente a casos en los que la oportunidad para solicitar y efectuar la declaración anticipada pueda ser controlada por el fiscal o el querellante, afectando la posibilidad de confrontar el testimonio del niño, niña o adolescente con antecedentes que la defensa no pudo obtener al momento de realizarse la audiencia de prueba anticipada, pero que al momento del juicio oral pudieran haberse obtenido (ej. prueba producida por la defensa o diligencias oportunamente solicitadas al Ministerio Público, pero que no ha sido realizadas con anterioridad a la declaración anticipada). Por lo anterior, resulta fundamental que en el debate sobre la procedencia de la prueba anticipada se incorporen alegaciones destinadas a exigir el cumplimiento de los requisitos de la prueba anticipada de los artículos 191 y siguientes del Código Procesal Penal.

Recordemos que, además, el NNA 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 pudieran afectar sustancialmente el resultado del juicio (artículo 16, inciso penúltimo, Ley N° 21.057).

Si el juez de garantía acoge la solicitud del fiscal o el querellante, fijará una audiencia especial para rendir la prueba, debiendo designar a un entrevistador y notificar a todos los intervinientes. Cabe señalar que la ley señala expresamente que la ausencia del imputado válidamente emplazado no será requisito de validez de la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada, siguiendo la línea de lo dispuesto en el inciso final del artículo 191 del C.P.P.

Finalmente, la incorporación como prueba al juicio oral de la declaración anticipada se realizará a través del soporte en que conste la videograbación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 331 del Código Procesal Penal (reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral).

En cuanto al desarrollo de la prueba anticipada, rigen todas las consideraciones que hemos expresado precedentemente acerca de la declaración judicial del NNA en la audiencia de juicio oral. Con todo, respecto de la declaración judicial del NNA en audiencia de prueba anticipada, cabe examinar algunas particularidades.

La principal particularidad es que la ley y el protocolo I se ponen en el caso en que el declarante sea un adolescente y que, advertido a su derecho de prescindir de intermediador, opte por declarar con el juez de garantía en la sala especial. Recordemos que el adolescente, si bien puede renunciar al intermediador, no puede renunciar a la sala especial, ya que no puede concurrir a la sala de audiencia donde se desarrolla el juicio oral.

En esta hipótesis, el juez de garantía estará situado en la sala especial, con el adolescente, intercomunicado con los intervinientes que estarán en la sala de audiencia y, por consecuencia, deberá dirigir la audiencia desde la sala especial y resolver todas las discusiones e incidencias desde ese lugar, con el adolescente presente. El protocolo I intenta hacerse cargo de esta incómoda situación al disponer que:

“- Tratándose de un tribunal unipersonal, en la toma de declaración como prueba anticipada a un adolescente y de acuerdo a las hipótesis de los

artículos 14 y 16 de la ley, se procurará compatibilizar el ejercicio de los derechos de aquel con las labores de dirección de la instancia, tanto para resolver la incidencia como para desarrollar la declaración propiamente tal si resuelve ejecutar las labores de intermediación a petición del declarante.

“En este caso excepcional, dado que el juez de garantía deberá dirigir toda la diligencia y el debate desde la sala especial, procurará:

** Explicar al adolescente, dentro del encuadre, la dinámica que se producirá entre él y los intervinientes de la sala de audiencia, de acuerdo a su edad, madurez y condiciones psíquicas.*

** Instruir a los intervinientes en el sentido que sus alegaciones y objeciones sean expresadas en forma simple y acotada, ya que deberá tramitarlas y resolverlas desde la sala especial y en presencia del adolescente.*

** Evitar largas interacciones con las partes y el uso de terminología excesivamente técnica o compleja, atendido su deber de velar en todo momento por el bienestar del adolescente y la fluidez de la declaración de éste¹⁰²”.*

Ahora bien, dado que la Ley N° 21.057 derogó el artículo 191 *bis* del C.P.P., que regulaba la situación de la producción de prueba anticipada tratándose de personas menores de edad, pero dispuso su vigencia diferida, en diversas regiones del país, como forma de compensar aquello, el artículo quinto transitorio de la Ley N° 21.057 determinó que el artículo 191 *bis* del C.P.P. se entenderá vigente para todos los procesos que hayan sido iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente ley.

¹⁰²

Protocolo I, acápite 2.3.2.2.3. Fase de desarrollo.