

OFICIO N° 8-2017

INFORME PROYECTO DE LEY N° 54-2016

Antecedente: Boletín N° 9.245-07

Santiago, 20 de enero de 2017

Por Oficio N° CL/453/2016, del Presidente de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, don Pedro Araya Guerrero, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte consulta respecto del proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.(boletín N° 9245-07), para segundo informe.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de esta misma fecha, presidida por el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman, Carlos Künsemüller Loebenfelder y Haroldo Brito Cruz, señora María Eugenia Sandoval Gouët, señores Lamberto Cisternas Rocha y Ricardo Blanco Herrera, señoras Gloria Ana Chevesich Ruiz y Andrea Muñoz Sánchez, señores Carlos Cerda Fernández y Manuel Valderrama Rebolledo y suplente señor Alfredo Pfeiffer Richter, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
PEDRO ARAYA GUERRERO
COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO
H. SENADO
VALPARAÍSO**

“Santiago, veinte de enero de dos mil diecisiete.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante oficio N° CL/453/2016, de fecha 21 de diciembre de 2016, el Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, don Pedro Araya Guerrero, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte Suprema el proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales (Boletín N° 9.245-07), para segundo informe;

Segundo: Que el proyecto de ley en análisis fue informado previamente por la Corte Suprema el 6 de octubre de 2016, a través del Oficio N° 143-2016.

En dicha oportunidad y, previo a entrar al estudio en particular de la iniciativa de ley, la Corte Suprema estimó necesario aportar con información adicional sobre el contexto en que se gestó y sobre los acuerdos adoptados sobre su contenido en conversaciones desarrolladas con diversos actores, entre los que participó un representante de dicha Corte.

Así, señaló que “El señor Presidente de la Corte Suprema encargó a un ministro *la participación en las conversaciones desarrolladas durante años en la Fundación Amparo y Justicia, en que se logró concretar la idea de evitar la revictimización secundaria de los menores en relación con la investigación de los delitos que pudieren afectarles en cualquier forma, especialmente como víctimas o testigos, que hiciera necesario recibir su testimonio en relación a los hechos pesquisados. Ya en esas reuniones se plantearon algunas ideas para la discusión, las que se mantienen y reiteran en el marco de la tramitación del proyecto de ley (...)*”.¹

Para una mejor ilustración de la postura de la Corte Suprema sobre el tema, se reproducen los lineamientos que hiciera presente en su primer informe, de octubre de 2016, la que plasmó en los siguientes términos:

“1.- Aplicando la garantía de igualdad ante la ley es imperioso atender integralmente la vinculación de los niños, niñas y adolescentes con el proceso penal, a lo menos en cuanto víctimas y testigos. Se debe avanzar a establecer un estatuto de los niños, niñas y adolescentes en el juicio penal, en que se les reconozca derecho a los agentes en la comisión de los hechos ilícitos e

¹ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 2°, p. 2.

igualmente a los que son víctimas o afectados por esos hechos, regulando sus derechos y garantías, sin que en la legislación se asigne a estos últimos menos derechos que a los primeros. Entendiendo que lo anterior pueda exceder las líneas matrices de la presente iniciativa y que la finalidad es evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que se han visto involuntariamente vinculados a un delito, sobre la base de la garantía de igualdad ante la ley y la justicia, las garantías y derechos que ahora se regulan deben serlo respecto de todos los ilícitos, no únicamente los de carácter sexual. En el marco de la conversación en referencia y ahora con motivo de la tramitación de esta iniciativa se insiste y requiere formalmente no hacer referencia a delitos concretos, dejando con ello radicada la preocupación respecto de los niños, niñas y adolescentes y no en la naturaleza de los delitos que se investiga, puesto que es pertinente mantener un estándar indispensable de igualdad. Las razones esgrimidas antes y ahora no constituyen fundamentos suficientes que permitan justificar la discriminación que se pretende concretar legislativamente, con mayor razón si la infraestructura se está pensando que esté a disposición de todos los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal;

2.- Interés superior del niño, niña o adolescente. *El motivo de la preocupación sobre la materia y la regulación que se disponga no puede ser otra que el interés superior del niño, niña o adolescentes, respecto del cual cede, incluso, la procedencia de la investigación, los intereses procesales y económicos del Estado. Es por lo anterior que corresponde atender, como lo hace el proyecto, que la indemnidad de todos los niños, niñas y adolescentes no se vea alterada, sean estos víctimas, testigos o en cualquier forma en que sean afectados con motivo de la perpetración de un delito. Lo anterior impone preocuparse y ocuparse de todos los menores afectados, cualquiera sea la forma en que ello se produzca, principalmente, pero no exclusivamente, cuando sean víctimas, sino también como testigos;*

3.- Participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal previa evaluación especializada y siempre de manera voluntaria. *La investigación y la persecución penal no pueden sobreponerse al desarrollo normal de los niños, niñas y adolescentes que han tenido una experiencia delictual, por sí misma traumática, por lo que su participación debe evitarse, pero si ello no es posible, corresponde reducirla a su mínima expresión. El Estado de Chile debe llegar a una etapa en su desarrollo que no sea necesariamente esencial, en el*

contexto de una investigación penal o cualquier procedimiento judicial, contar con la declaración de los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando han sido víctimas o testigos de un delito. De no ser posible evitar tal declaración, lo apropiado es que ésta sea estrictamente excepcional, para casos específicos y muy reglamentados, con una etapa de individualización y luego evaluación especializada que se pronuncie sobre la conveniencia de la declaración, la que procede siempre sea voluntaria, pero para resguardar esa garantía debe normarse la forma en que se expresará esta manifestación de voluntad, edad desde la cual es válido que la exprese el menor y personas responsables de expresarla por el menor, siempre luego de la evaluación especializada que la recomienda. En otros términos y dejándola al órgano persecutor, es posible que se obtenga la declaración del niño, niña o adolescente en todo caso;

4.- Entrevista única. Se compartió y se comparte por esta Corte Suprema la idea fundamental de evitar y minimizar la revictimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes, por ello se estima que en nuestra realidad debe procurarse establecer la 'entrevista única videograbada', respetando las garantías de los menores, pero igualmente del posible imputado, con la participación de un magistrado que cautele y equilibre los derechos y garantías de ambos, que puede ser un magistrado con competencia en Garantía, en términos tales que permita su producción en las audiencias que sea pertinente en el desarrollo del procedimiento judicial con posterioridad. En esta regulación resulta pertinente extremar las precauciones para evitar cualquier impugnación posterior, por lo que corresponde regular la entrevista videograbada con las máximas garantías en cuanto a la forma en que será desarrollada y los representantes de los intervinientes que podrán presenciarse, siempre con la cooperación de especialistas desde la primera aproximación a los niños, niñas y adolescentes. La anticipación de prueba reglada en el artículo 191 del Código Procesal Penal, puede ser una base o punto de partida para esta regulación;

5.- Respeto integral de los derechos y las garantías. Se debe insistir que la entrevista de los niños, niñas y adolescentes debe estar revestida de las máximas garantías para ellos, pero igualmente para quien pudiera ser objeto de imputación en la investigación, por lo que se requiere la máxima coordinación entre los actores de la investigación penal: fiscales, policías, defensores, jueces, padres, familiares, encargados responsables, autoridades sectoriales, etc. con los

magistrados, para desarrollar en forma armónica la audiencia respectiva, teniendo en vista el interés superior del niño;

6.- El entrevistador. La dirección del procedimiento el Constituyente se la entrega exclusivamente al juez, por lo cual el examen de quienes deponen en estrados se realiza en su presencia y con la participación de los intervinientes. En el caso que estos últimos no puedan efectuar la entrevista de los testigos o peritos, es el magistrado el llamado a hacerlo, igualmente es la autoridad judicial quien resuelve todo cuestionamiento al interrogatorio, por lo que no resulta apropiada el establecimiento de la figura del entrevistador y la regulación como la hace el proyecto de la entrevista judicial;

7.- Evaluación del sistema. No obstante las facultades generales de eficiencia, eficacia y coordinación que la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo dispone para los órganos de la Administración, por lo que aparece necesario que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se preocupe de la evaluación de las materias a su cargo, sin embargo, no pueden quedar comprendidos los tribunales en esta ponderación, puesto que afecta la separación de funciones del Ejecutivo y el Poder Judicial.

Resulta preciso insistir en los anteriores planteamientos desde el inicio del informe, puesto que antes y ahora las argumentaciones que las sustentan se mantienen;”²

Tercero: Que la Corte Suprema señaló, respecto de los fundamentos que expone el Ejecutivo en el Mensaje con que dio inicio a la tramitación legislativa del proyecto el año 2014, que “(...) comparte la fundamentación del proyecto que ahora se informa (...)”.³

Los fundamentos que, como se indicó, se pueden extraer del texto del mensaje ingresado al Senado en enero del año 2014, consisten, en primer lugar, en que cuando la víctima de un delito sexual es un menor de edad, “el sufrimiento, la confusión y el daño que provocan los ataques de esta naturaleza se multiplican varias veces” por la fragilidad física e inmadurez psicológica que caracteriza al ser humano en dicha etapa. Agrega que el abuso sexual contra niños y niñas fue considerado por la opinión pública nacional como el delito más grave que puede afectar a una persona, según datos de la Encuesta Nacional de Opinión Pública de la Universidad Diego Portales del año 2005.

2 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 2°, pp. 2-4. Énfasis en el original.

3 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 3°, p. 5.

Hace presente que muchas veces las consecuencias de la experiencia primaria de victimización, se agravan por las reacciones inadecuadas del entorno a la situación de la víctima, fenómeno denominado “*victimización secundaria*”, consistente en “*el sufrimiento que experimenta la víctima en su paso por las diferentes instancias del sistema procesal penal y por las reacciones de su entorno social*”, que ha sido reconocido como uno de los efectos más nocivos de la victimización por las Naciones Unidas.

En palabras del mensaje, la victimización secundaria, en concreto, “*se manifiesta en la toma repetida de declaraciones, en el sometimiento a múltiples peritajes, en la duda sobre la veracidad del relato de niños, niñas y adolescentes, en la falta de información, en la hostilidad de algunos funcionarios y en las inadecuadas instalaciones en que debe declarar, entre otros.*” Todo esto profundizaría en las víctimas menores de edad la “*sensación de indefensión y vulnerabilidad, a la vez que los reiterados interrogatorios y cuestionamientos le impiden superar la experiencia traumática, obstaculizando su reparación psicosocial.*”.

Manifiesta que nuestro procedimiento penal actual es inadecuado para las posibilidades de sanación de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, no siendo pocos los casos en que se recomienda no iniciar un proceso penal por este tipo de delitos, con el fin de evitar un daño psicológico que puede llegar a ser incluso más perturbador que la experiencia originaria de abuso;

Cuarto: Que a todo lo anterior, se suman las dificultades investigativas y probatorias en este tipo de casos, entre ellas: que las víctimas son menores de edad, la falta de prueba material, ausencia de testigos, contexto intrafamiliar y encubrimiento del delito por parte de los parientes. Esto pone a los niños en una situación compleja, considerando que el sistema requiere de ellos información detallada sobre el abuso, circunstancia que se contrapone con su necesidad de reparación y posibilidades psicológicas de enfrentar la experiencia.

Continúa el texto del mensaje haciendo presente las dificultades propias de los menores de edad para articular un relato coherente en comparación a un adulto, por lo que no sería raro que su testimonio en caso de delitos sexuales tienda a ser precario en el lenguaje utilizado, la lógica argumentativa y la cantidad de detalles que lo componen.

Señala que la legislación vigente sobre la materia no contempla disposiciones tendientes a aminorar la victimización secundaria de menores

víctimas de abusos sexuales, con la salvedad del artículo 191 bis del Código Procesal Penal, que permite tomar la declaración anticipada de víctimas de delitos sexuales menores de edad y que puede resultar de utilidad. Sin embargo, afirma que el enfrentamiento de un menor de edad víctima de delito sexual con el proceso penal es un fenómeno que posee particularidades y complejidades que exceden el beneficio que dicha disposición es capaz de reportar, por lo que resulta insuficiente para proporcionar una protección completa a los derechos y la integridad psíquica y social de la víctima durante su intervención en el procedimiento;

Quinto: Que actualmente, desde un punto de vista jurídico, el interés de los menores se encuentra supeditado a los objetivos de la investigación y el proceso penal, en contradicción al interés superior del niño o niña. La regulación actual no contempla la hipótesis de que el proceso pueda convertirse, por sí mismo, en una experiencia lesiva para los derechos de niños, niñas o adolescentes. Adicionalmente, existiría una vulneración directa por parte del Estado del derecho a la integridad psíquica y a la intimidad de los menores, y al derecho a ser oído si, además, como ocurre a veces en estos procesos, el menor no puede prestar declaración porque se le imponen condiciones intimidantes, como la presencia de numerosas personas al momento de declarar o del imputado, o se le somete a interrogatorios que buscan poner a prueba sus dichos, generándole temor y confusión.

Agrega la Corte Suprema, sobre el texto del proyecto de ley que:

“En líneas generales, se pretende introducir un régimen especial para la denuncia, investigación y juicio de delitos sexuales, cuando intervengan niños, niñas o adolescentes menores de 18 años de edad, sea como víctimas o testigos, que en la actualidad se someten a las reglas generales y no se contienen resguardos especiales sobre las condiciones y la forma en que se debe recibir sus denuncias; pueden ser citados a declarar y ser sometidos a pericias durante la etapa de investigación sin limitaciones y, salvo la disposición del artículo 191 bis del Código Procesal Penal -que permite rendir como prueba anticipada ante el juez de garantía la declaración de menores de edad víctimas de delitos sexuales- o la regla del artículo 310 -referida a la declaración de testigos menores de edad (en cualquier clase de delitos)-, no existe una reglamentación diferenciada que

proteja a los niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos de esta clase de ilícitos.”⁴

Los razonamientos señalados aquí y en el motivo segundo, en consecuencia, reflejan los lineamientos del máximo tribunal sobre la materia y deben ser tomados en cuenta al informar en esta nueva oportunidad **la propuesta de regulación sobre entrevistas video grabadas y de otras medidas de resguardo a menores de edad** víctimas de los delitos indicados en el inciso primero del artículo 1° de esta proyecto, que como se verá posteriormente, **ahora no se limita a vulneraciones de carácter sexual;**

Sexto: Que en esta oportunidad la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado remitió determinados artículos del proyecto de ley, por estimar que serían los únicos de la iniciativa con el rango de normas orgánico constitucionales, afirmando que corresponden a dicha categoría los artículos 4°, inciso 7°; 12; 13; 15, inciso 3°; 18; 22, inciso 4°; y el artículo 29.

Por haber sido objeto de un pronunciamiento anterior de la Corte Suprema, este informe se centrará en los aspectos que se consideran necesarios reiterar o insistir en las observaciones, así como en los aspectos nuevos introducidos a la iniciativa legal que no han sido objeto de pronunciamientos anteriores;

Séptimo: Que en forma previa, se aprecia que a lo largo de todo el texto del proyecto se reemplazó la expresión “*niño o niña*” por “*niño, niña o adolescentes*”, precisando en el inciso final del artículo 1° de proyecto que se considera niño o niña a toda persona menor de 14 años, y adolescente a quienes hayan cumplido 14 años y no hayan alcanzado la mayoría de edad. Esto se observa en forma positiva, al adecuar el texto de la iniciativa a la nomenclatura comúnmente utilizada en la materia, distinguiendo claramente a los menores y mayores de 14 años, cuestión concordante con el reconocimiento de la autonomía progresiva de los menores de edad;

Octavo: Que el actual artículo 4° del proyecto –correspondiente al artículo 7° en la versión previamente informada–, da inicio al Párrafo 1°, titulado “*De la denuncia*”, del Título II de la iniciativa, ahora denominado “*Denuncia, Entrevista Investigativa Videograbada y Declaración Judicial*”, apreciándose que la primera diferencia está en el nombre del título, que antes hacía referencia a la *Entrevista Judicial* y no a la *Declaración Judicial*.

⁴ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 4°, pp. 6 y 7.

El artículo, en concreto, contiene una completa regulación de la denuncia, indicando que deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 173 del Código Procesal Penal. Luego de varios aspectos particulares, el inciso 7°, por el que se consulta, dispone que:

“Si con ocasión de una pericia que hubiere sido ordenada en el curso de un procedimiento penal, el niño, niña o adolescente señalare antecedentes que hicieren presumible la comisión de un delito de aquéllos contemplados en el inciso primero del artículo 1°, el perito, desde el momento de la revelación, se ceñirá a lo previsto en los incisos precedentes y deberá poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. Asimismo, si la pericia hubiere sido ordenada por un tribunal con competencia en materias de familia, el perito deberá comunicar a dicho tribunal, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, los hechos que haya conocido, tribunal que, con el mérito de la comunicación, ordenará remitir copia de los antecedentes de la causa al Ministerio Público.”

Entre la versión que ahora se consulta y la informada por la Corte Suprema durante el mes de octubre del año anterior, se observan las siguientes diferencias:

a.- Se reemplazó la palabra “**decretada**” por la expresión “**ordenada**” en la primera frase, que ahora establece que “*Si con ocasión de una pericia que hubiere sido **ordenada** en el curso de un procedimiento penal (...)*”.

b.- En la parte que indica que los antecedentes que señalare el niño, niña o adolescente con ocasión de la pericia, hicieren presumible la comisión de algún delito, se eliminó la referencia a los contenidos en los Párrafos V y VI del Título VII del Libro II del Código Penal, disponiendo ahora, en su lugar, que los delitos corresponden a los contemplados en **el inciso primero del artículo 1°** de esta iniciativa legal.

c.- En la parte que dispone que el perito, desde el momento de la revelación deberá ceñirse a lo previstos en los incisos anteriores, se eliminó la obligación de aquél de remitir la denuncia respectiva al Ministerio Público, y se reemplazó por **el deber de poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, dentro del plazo máximo de 24 horas.**

d.- Finalmente, en el caso de que la pericia hubiere sido ordenada por un tribunal con competencia en materias de familia, se eliminó la obligación del perito de comunicar la derivación de la denuncia, por el deber de **comunicar a dicho tribunal, dentro del plazo máximo de 24 horas, los hechos que haya**

conocido, manteniéndose la redacción que establece que el tribunal, con el mérito de la comunicación, ordenará remitir copia de los antecedentes de la causa al Ministerio Público.

Al analizar este artículo, durante su primer informe, la Corte Suprema centró su análisis en el estudio del primer inciso de esta norma, destacando que:

“El artículo 7° del proyecto contiene una extensa regulación especial aplicable a la denuncia, cuando la realizare un niño o niña, contenida en 8 incisos.

El inciso primero, dispone que ‘la denuncia deberá efectuarse en los términos previstos en el artículo 173 del Código Procesal Penal.’ Dicho artículo del código procesal, a su vez, establece en forma amplia la legitimación de cualquier persona para presentar denuncias directamente al Ministerio Público ‘de un hecho que revistiere caracteres de delito’, o ante Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, Gendarmería –en el caso de delitos cometidos dentro de recintos penitenciarios- o un tribunal con competencia penal, quienes deberán remitirla de inmediato a la Fiscalía.

El artículo 174 del Código Procesal Penal, por otro lado, a diferencia del proyecto en estudio, regula la forma y contenido de la denuncia, sin determinar mayores formalidades o reglas. La iniciativa en discusión, para el caso de que la denuncia sea formulada por un niño, niña o adolescente, establece requisitos y regulaciones sobre las condiciones materiales y la forma en que debe recibirse por el funcionario, así como prohibiciones –en los incisos tercero y cuarto-, sin establecer los efectos que tendrá el incumplimiento de dichas disposiciones.

Por lo anterior, cabe preguntarse, ¿qué sucederá o cuáles serán los efectos para el inicio de la investigación o de la totalidad del procedimiento si no se cumplen a cabalidad dichas disposiciones? ¿Podrá plantearse la nulidad del juicio por no haberse respetado la ley en la etapa de investigación? Esta regulación exhaustiva, que no prevé consecuencias a su infracción, puede tener efectos no previstos que es necesario tener en consideración y, de ser necesario, regular;”⁵

A pesar que en esta oportunidad no se consulta por esta parte de la iniciativa legal, al comparar el texto del inciso primero entre las 2 versiones del proyecto, no se observan diferencias, por lo que resulta necesario insistir en las observaciones formuladas por el máximo tribunal.

Respecto del inciso 7°, entre las modificaciones relevantes, se observa que antes la referencia a la posible comisión de delitos, se limitaba a los incluidos en

⁵ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 24°, pp. 19 y 20.

los Párrafos V y VI del Título VII del Libro II del Código Penal,⁶ y el texto ahora en consulta, remite al inciso primero del artículo 1° de este proyecto de ley, que alude también a dichos párrafos del Código Punitivo, pero **agrega los delitos previstos y sancionados en los artículos 141⁷, 142⁸ y 433 N° 1⁹, cuando se trate de alguno de los delitos contenidos en los párrafos precedentemente indicados, y también los contenidos en los artículos 372 bis,¹⁰ 374 bis,¹¹ 390,¹² 391,¹³ 392,¹⁴ 394,¹⁵ 411 bis, 411 ter y 411 quáter,¹⁶ todos del Código Penal.**

Por lo tanto, considerando esta diferencia en la cantidad de conductas que caerían bajo la regulación de esta nueva ley, que **no se limita a delitos sexuales**, puede considerarse que **se ha superado una de las observaciones**, o que se ha acogido una de las sugerencias realizadas por la Corte Suprema, según los acuerdos adoptados en las conversaciones previas con otros actores, precisamente en el sentido de proteger a los niños, niñas y adolescentes cuando sean víctimas o testigos de delitos, en cuanto grupo vulnerable que debe ser resguardado, más que por el tipo de ataque del que puedan ser víctimas o testigos.

El resto de las diferencias, en lo relativo al **plazo máximo de 24 horas para comunicar los antecedentes al Ministerio Público o al tribunal respectivo, se observa positivamente**, en cuanto fija un límite de tiempo breve en el que los peritos deberán cumplir con esta obligación, cuestión que influirá en la oportunidad y la adecuada protección de las potenciales víctimas;

Noveno: Que el artículo 12 –correspondiente al artículo 15 de la versión previamente informada- da inicio al Párrafo 3° del Título II de la iniciativa en discusión, titulado “*De la declaración judicial*”, resaltando tanto en el nombre del párrafo como en el del título que se reemplazó la expresión ***entrevista judicial por declaración judicial***.

Este artículo regula el objetivo de la declaración judicial, disponiendo en su versión actual que:

6 Violación, estupro y otros delitos sexuales.

7 Secuestro.

8 Sustracción de menores.

9 Robo con violencia o intimidación en las personas, cuando con motivo u ocasión del robo, se cometiere además, homicidio o violación.

10 Violación con homicidio.

11 Tráfico, difusión y almacenamiento de material pornográfico infantil.

12 Parricidio.

13 Homicidio calificado y simple.

14 Homicidio en riña o pelea.

15 Infanticidio.

16 Delitos relacionados al tráfico de migrantes.

“Artículo 12.- Objeto de la declaración judicial. 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 25 de esta ley, y en la que solo estarán presentes el entrevistador y el menor de edad. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que existan dificultades de comunicación con el niño, niña o adolescente, el tribunal podrá autorizar la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo.

Sin perjuicio del registro de la audiencia, esta declaración deberá ser videograbada de manera independiente, según lo dispone el artículo 21.”.

Comparando la versión ahora remitida en consulta y la versión previamente informada de este artículo, se observa que:

a.- Tanto en el nombre del artículo como al inicio del inciso primero del mismo se sustituyó, así como en el nombre del párrafo y del título, la expresión *entrevista judicial* por **declaración judicial**.

b.- Se incluyó una alusión directa a los adolescentes entre los destinatarios de la iniciativa.

c.- Se modificaron los números de los artículos de la propia iniciativa para adecuar las referencias a la última versión del proyecto.

d.- En la parte que indica que en la declaración sólo estarán presentes el niño, niña o adolescente y el entrevistador, se eliminó la parte que disponía que dicho entrevistador debe ser *“el que hubiere participado en la entrevista investigativa”*.

e.- Se mantiene sin modificaciones la facultad del tribunal para autorizar la presencia de un traductor, intérprete u otro especialista profesional o técnico idóneo en los casos en que existan dificultades de comunicación con el niño, niña o adolescente.

En el inciso segundo la primera diferencia, en el mismo sentido ya señalado, consiste en el reemplazo de la expresión *entrevista* por *declaración*, la que según lo dispuesto en ambas versiones del proyecto, sin perjuicio del registro de la audiencia, deberá ser videograbada de forma independiente, según lo dispone el actual artículo 21 del proyecto -previamente el artículo 24-.

En conclusión, la **única diferencia sustancial** que resalta respecto de este artículo en concreto, es que **se eliminó el imperativo de que el entrevistador presente durante la declaración judicial sea el mismo que hubiere participado en la entrevista investigativa;**

Décimo: Que en lo que refiere al actual artículo 13 del proyecto – correspondiente al artículo 16 de la versión anterior- se regula la “*Declaración voluntaria en juicio de los adolescentes*”, observando en el nombre del artículo que la versión anterior, en lugar de hablar de adolescentes, los incluía como “*niño o niña mayor de 14 años*”.

Dicho artículo, en su versión actual, reza:

“Artículo 13.- Declaración voluntaria en juicio de los adolescentes. No obstante lo indicado en el artículo anterior, los adolescentes, cuando así lo manifestaren libre y voluntariamente, podrán declarar en el juicio sin la intervención de entrevistador. El tribunal, previo a autorizar dicha solicitud, deberá velar por que el adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella.

En tal caso, el adolescente prestará declaración en una sala distinta de aquella en que se encuentren los demás intervinientes, especialmente acondicionada para ello y que cuente con sistema interconectado de comunicación que permita que el juez lo interroge directamente, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.”

Al comparar este texto con la versión informada previamente, es posible observar que en el inciso primero, en la parte que dispone que los adolescentes, cuando lo manifestaren, podrán declarar en juicio sin intervención de entrevistador, se agregó la palabra “libre” junto a “voluntariamente”, disponiendo ahora, en consecuencia, que la manifestación del adolescente de declarar en juicio en esta forma debe ser libre además de voluntaria. En el resto del artículo, las diferencias entre ambas versiones van todas en el mismo sentido, reemplazando en dos oportunidades en el inciso 1°, y en una en el inciso 2°, la alusión a niño o niña mayor de 14 años, por la expresión adolescentes.

Por lo tanto, la **diferencia relevante** entre ambas versiones de esta disposición consiste en la **inclusión del requisito de la manifestación libre de querer declarar bajo esta modalidad, además de voluntariamente**. El resto de las diferencias, como se indicó, consisten en adecuaciones al uso del concepto adolescentes en lugar de mayor de 14 años.

Al observar las diferencias evidenciadas entre la versión actual y el texto proyectado de los artículos 12 y 13 –antes 15 y 16-, no puede sino reiterarse las observaciones que hiciera el máximo tribunal en su informe de octubre del año anterior sobre **el sistema de entrevistas adoptadas por la iniciativa, que no**

varía sustancialmente entre ambas versiones. El cambio en la denominación de la etapa judicial no pareciera ser más que eso, por lo que **las reservas expresadas por la Corte Suprema** –que se extienden al desarrollo de la entrevista, reglado en el actual artículo 16 de la iniciativa–, **mantienen su vigencia**, por lo que se reproducen:

“El proyecto adoptó un sistema de entrevista, pero en el contexto de la discusión previa se analizaron varios, tanto para dar garantías a los niños, niñas y adolescentes, como a los eventuales partícipes en los hechos investigados y la regularidad procesal. El proyecto opta por establecer la figura del entrevistador y entrega la evaluación de la pertinencia de la entrevista al policía y al fiscal, según los casos. Sin embargo, se discutió que la entrevista se realizara siempre con la presencia o ante un juez, además de un representante del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, no obstante las restricciones que fundadamente dispusiera el juez a cargo de dirigir esta audiencia, magistrado que podría tener competencia en materia de familia o penal, sin que [se] pudiera prescindir de su concurrencia, puesto que sería la única forma de poder reproducir el soporte en audiencias posteriores ante los Juzgados de Garantía o los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

Desde luego procede expresar reserva de la decisión del proyecto en orden a prescindir total y absolutamente de la presencia directa de los jueces en toda declaración de los niños, niñas y adolescentes que no sean los mayores de 14 años que consientan en declarar en audiencia, tanto en la etapa investigativa como judicial. Son los jueces quienes dirigen la audiencia y, con el mayor respeto de las personas habilitadas para efectuar la entrevista, la preparación profesional o de capacitación que se requiere por el proyecto la puede adquirir los magistrados, como ha sucedido con la Responsabilidad Penal Adolescente.

También surge la duda en cuanto a su valor cuando las declaraciones de niños, niñas y adolescentes son prestadas en juicio, por cuanto la conducción no es efectuada por un magistrado, único autorizado constitucionalmente para sustanciar la etapa de conocimiento de la contienda, sin perjuicio que se pueda asesorar de otros profesionales, en el evento que no efectúen el examen directamente los intervinientes.

Sobre la base del antecedente objetivo que las víctimas no pueden tener menos derechos que los victimarios, la entrevista investigativa tiene diferentes etapas: la primera, destinada a identificar a las víctimas y la segunda, a que tales

*personas presten declaraciones con garantías de todos sus derechos. Ante un hecho que revista caracteres de delito que afecte a niños, niñas y adolescentes, procede se resguarde su participación voluntaria y con estándares de asesoría similar a los imputados, como es la presencia de un profesional del área de la psiquiatría, psicología, medicina o pedagogía, como de un letrado que garantizará sus derechos, siendo lo ideal que se realice, a lo menos, con la presencia de un magistrado;”*¹⁷

Undécimo: Que por último, cabe hacer presente que la denominación que se le asigna al artículo 13 del proyecto ley, induce a error acerca del contenido de la norma. El nombre que recibe esta disposición es “Declaración voluntaria en juicio de los adolescentes”, en circunstancias que, según lo dispuesto por el literal c) del artículo 3° de esta iniciativa, la “participación voluntaria” del niño, niña o adolescente víctima o testigo en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento, constituye un “principio de aplicación” a lo largo de toda esta ley. Su participación “será siempre voluntaria” sin que pueda ser forzada a intervenir bajo ninguna circunstancia. En su lugar, el artículo 13, al referirse a la declaración judicial de los adolescentes, la única peculiaridad que establece en esta norma, es la posibilidad que tienen éstos, cuando así lo manifestaren libre y voluntariamente, de declarar en juicio **sin la intervención de entrevistador**. Eso es lo que se regula en esta disposición. En fin de cuentas es la renuncia a los resguardos dispuestos por la ley. El tema que surge inmediatamente es la disponibilidad de tales medidas y que lo pueda manifestar la persona que es protegida y en cuyo favor se disponen, precisamente, por no haber alcanzado su plena madurez;

Duodécimo: Que el artículo 15 de la versión actual del proyecto, que regula la *Declaración judicial anticipada*, por otro lado, no tiene **mayores diferencias**, puesto que en la versión anterior de la iniciativa, la disposición asimilable a esta norma **estaba prevista como una modificación al artículo 191 bis del Código Procesal Penal**, que regula la anticipación de prueba de menores de edad, **a diferencia de la nueva, en que se propone como un artículo más de este nuevo estatuto legal.**

De esta norma, sólo se remite en consulta el inciso 3°, que dispone que:

“La solicitud de prueba anticipada podrá realizarse desde la formalización de la investigación y hasta antes del inicio de la audiencia de juicio, debiendo siempre plantearse y desarrollarse antes (sic) el juez de garantía.”

¹⁷ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 7°, pp. 7 y 8.

En la versión del proyecto informada en el mes de octubre, en la que se modificaba el artículo 191 bis del Código Procesal Penal, no se contemplaban **reglas sobre la oportunidad para solicitar la declaración de los niños, niñas o adolescentes como prueba anticipada**. Sin embargo, de sus diversos incisos es posible colegir que se tenía implícitamente contemplado que dicha solicitud sólo podía plantearse ante el juez de garantía y desarrollarse mientras el procedimiento estuviere a su cargo, por lo que la nueva redacción se limitaría a explicitar dicha hipótesis, aspecto **que se observa en forma positiva** puesto que dará mayor certeza a los intervinientes sobre las etapas del proceso y sobre el marco temporal durante el cual deben o pueden solicitar que el niño, niña o adolescente declare bajo esta modalidad;

Decimotercero: Que por haber sido objeto de pronunciamiento en su informe anterior se resaltarán otros incisos del mismo. Así, **la versión anterior**, que modificaba el artículo 191 bis del Código Procesal Penal, limitaba la posibilidad de acudir a este mecanismo al caso de los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, a diferencia de esta versión que se remite al inciso primero del artículo 1° de este proyecto de ley, considerando un catálogo más amplio de tipos penales, como se indicare antes, dándose por **superada la observación de la Corte Suprema en ese sentido**, y manteniéndose el aspecto positivo en la parte que aumentan los intervinientes que pueden solicitar que el niño, niña o adolescente declaren como prueba anticipada.

En efecto, La Corte, en la ocasión anterior, al pronunciarse sobre esta propuesta señaló que:

“Teniendo presente la reglamentación del proyecto y falta objetiva de garantías, se estima –como se ha dicho- ampliar la procedencia de la prueba anticipada, única forma en la legislación actualmente vigente de evitar la revictimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes. Desde la perspectiva de las víctimas, a través de la declaración judicial (en la audiencia de juicio o como prueba anticipada) se obtiene una prueba con mayor calidad epistémica, que ha de ser valorada de mejor forma por el tribunal. Nótese que para ampliar la legitimación para solicitar prueba anticipada, el proyecto modifica el artículo 191 bis del Código Procesal Penal, que en su versión actual sólo permite al fiscal solicitar la rendición de prueba anticipada, y que conforme al texto actual del proyecto permite hacerlo, además, a la víctima, el querellante y el

curador ad litem del niño, niña o niña la posibilidad de solicitar directamente esta medida, si así lo requiere.

Sin temor de ser reiterativo, se debe propender a evitar, por todos los medios posibles, que los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de un hecho delictual declaren en juicio. Los tribunales no son lugares para que concurren los niños, no obstante todas las mitigaciones que el propio Poder Judicial ya ha adoptado;”¹⁸

Decimocuarto: Que en el aspecto estructural sobre la forma en que se construye el sistema, en que esta versión del proyecto insiste, regulando la figura del entrevistador, una etapa previa denominada “*Entrevista investigativa videograbada*”, regulada entre los artículos 5° y 11 del Párrafo 2° del Título II y, una etapa que llama “*De la declaración judicial*”, regulada entre los artículos 12 y 18 del Párrafo 3° del mismo Título y, de una regulación especial de la declaración judicial anticipada, **cabe reiterar la preferencia de la Corte Suprema por un sistema diverso: la entrevista única**, que hizo presente en su informe anterior en la forma que se reproduce:

“Octavo: En concepto de esta Corte –según se ha expresado-, en lugar de la estructura inédita del entrevistador, resulta propicio reforzar la figura de la entrevista única, entendida como una forma de prueba anticipada –carácter que, sin embargo, la iniciativa legal no asigna a la entrevista que proyecta- para que se conjugue más tarde con los demás medios probatorios que se aporten o rindan en el proceso, dirigida por el juez, dotada de todas las garantías para el menor y también para el imputado, en presencia del fiscal y el defensor público y con aplicación de las reglas generales de la prueba anticipada previstas en el Código Procesal Penal;

(...)

Décimo: La entrevista judicial, en la forma como está estructurada, sin limitación alguna en cuanto a su realización, puede resultar inconveniente. Se reitera la prevención por el interrogatorio por un entrevistador en el contexto de un procedimiento judicial y no por el magistrado, con la asesoría de un entrevistador, si fuere necesario.”¹⁹

18 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 14°, pp. 11 y 12.

19 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerandos 8° y 10°, pp. 8 y 9.

Decimoquinto: Que el actual artículo 18 del proyecto –correspondiente al artículo 21 en la versión anteriormente informada de la iniciativa- regula medidas generales de protección durante la declaración judicial, en la forma que se indica:

“Artículo 18.- Medidas generales de protección. El tribunal o el juez de garantía, en su caso, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, podrá adoptar una o más de las siguientes medidas para proteger la identidad o la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente:

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 o testigo y su declaración.

c) Impedir el acceso de personas determinadas o al público en general, u ordenar su salida de la sala de audiencia.

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

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

Dichas medidas durarán el tiempo que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

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

De una comparación de ambas versiones de la iniciativa, se observan las siguientes diferencias:

a.- Junto a la expresión *“El tribunal”*, se incluyó una referencia a *“el juez de garantía, en su caso”*, como los facultados para adoptar alguna o algunas de las medidas que regula esta norma.

b.- Se modificó la obligación para el tribunal de adoptar alguna o algunas de las medidas, a petición de alguno de los intervinientes, por una facultad. Así, previamente el inciso primero disponía que el tribunal *deberá* adoptar alguna de las medidas, y ahora, en cambio, establece que *podrá*.

c.- Entre los objetivos de las medidas generales de protección, se mantiene la identidad y la integridad física y psíquica del NNA, pero se eliminó la seguridad.

d.- Asimismo, en la parte final del inciso primero, se suprimió el requisito que disponía que el niño, niña o adolescente que se busca proteger con estas medidas generales, sea el *“que participe en el juicio”*.

e.- En relación a las medidas generales de protección:

i.- En la letra a) se eliminó, a continuación de *“Suprimir de las actas”*, la frase *“del juicio y de todo registro vinculado con este”*, y se reemplazó por *“de las audiencias”*, quedando en consecuencia como la posibilidad de eliminar de las actas de las audiencias *“todo nombre, dirección o cualquier otra información que pudiera servir para identificarlo directo o indirectamente”*.

ii.- En la letra b) se suprimió la alusión al fiscal y los *“demás”* intervinientes, así como la limitación temporal de la segunda frase que disponía que la prohibición que se establece incluye el período *“durante el desarrollo del juicio”*, estipulando en consecuencia y en su lugar que la prohibición de entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social relativas a la identidad de la víctima o testigo y su declaración alcanza a todos los intervinientes, sin señalar a ninguno en particular, y sin límites temporales.

iii.- En la letra c) se hizo una corrección formal de redacción y, en la parte final se eliminó –en forma similar al literal anterior- la limitación temporal de la facultad de impedir el acceso de personas determinadas o al público en general, u ordenar su salida de la sala de audiencia, *“cuando el niño o niña preste su declaración”*. Misma modificación introducida en la letra d), que prevé la facultad de prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la sala de audiencia, la que en la versión de octubre sólo podía disponerse cuando el niño o niña prestaba su declaración.

iv.- Se agregó un literal e) nuevo, que incluye como una medida la de *“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.”*

f.- En el inciso segundo se eliminó la palabra *“razonable”* que aparecía a continuación de la expresión *“el tiempo”*, por lo que ahora se limita a señalar que las medidas durarán el tiempo que el tribunal dispusiere, y que podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario, todo igualmente con un criterio de razonabilidad implícito en toda determinación judicial.

En el inciso 3° y final que dispone que, igualmente, el Ministerio Público deberá adoptar de oficio todas las medidas que fueren procedentes para conferir al niño, niña o adolescente, víctima o testigo, la debida protección, se agregó la posibilidad de que alguno de los intervinientes solicite la adopción de las medidas, y se eliminó el marco temporal que disponía que dichas medidas debían ser adoptadas “antes o después de prestadas sus declaraciones”. La alusión a los adolescentes, también fue agregada en la versión ahora remitida.

Como primera observación, **la inclusión de la referencia al juez de garantía pudiera ser innecesaria**, considerando que sin perjuicio de que esta ley tiene carácter de especial por sobre las normas del Código Procesal Penal, igualmente puede entenderse aplicable el inciso 2° del artículo 69 de dicho Código, que al regular al tribunal como sujeto procesal, indica que “(...) *la mención de los jueces se entenderá hecha a los jueces de garantía, a los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal o a todos ellos, según resulte del contexto de la disposición en que se utilice.*”, por lo que hay norma expresa que establece que debe estarse al contexto de la regulación para entender si se está refiriendo a uno u otro tipo de juez y, por lo tanto, de tribunal.

La modificación de la redacción como una obligación para el tribunal de adoptar alguna o algunas de las medidas, a petición de alguno de los intervinientes, por una facultad, resulta positiva, puesto que correspondiéndole en forma exclusiva al tribunal la dirección de la audiencia, es competencia de esa autoridad determinar, en cada caso, si procede o no la adopción de alguna de las medidas, sea a solicitud de alguno de los intervinientes o de oficio. La fórmula anterior haría obligatorio adoptar alguna decisión favorable ante la mera solicitud de un interviniente, cuestión que disminuía y se contraponía con las facultades de dirección de los magistrados.

Por otro lado, **no se observan razones explicitadas para la eliminación de la seguridad del niño, niña o adolescente como uno de los objetivos a proteger con la adopción de estas medidas**. Posiblemente se debe a que tal objetivo pudiera estar incorporado en la protección de la integridad física y psíquica del niño.

A su turno, **la eliminación del requisito en la parte final del inciso primero de que el niño, niña o adolescente que se protege sea el “que participe en el juicio” resulta llamativa**, considerando que este artículo está contenido en la regulación de la declaración judicial, por lo que no se ve a qué otros sujetos de

protección –no participantes en el juicio- pudiera extenderse la adopción de estas medidas;

Decimosexto: Que respecto de las medidas en particular, en primer lugar, **se observa favorablemente** la contenida en el literal a), puesto que **el concepto de audiencias es más amplio que el de actas del juicio** y por lo tanto, puede cumplir en mejor forma el objetivo buscado ante audiencias diversas a las de juicio, como por ejemplo, una directamente relacionada: la audiencia de lectura de sentencia.

La modificación al literal b) también parece positiva, puesto que la alusión al fiscal en particular y “*a los demás intervinientes*” como si fueran sujetos procesales distintos no tiene asidero en la regulación procesal penal, que enumera en primer lugar entre los intervinientes al fiscal, en el artículo 12 del Código del ramo. **La eliminación de la delimitación temporal a la prohibición de entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social, sobre la identidad de las víctimas o testigos y su declaración**, también se observa favorablemente, puesto que cabe imaginar etapas previas y posteriores al desarrollo del mismo, en que la realización de este tipo de declaraciones pudieran resultar igual o aún más dañinas para los involucrados, siendo ésta una hipótesis en que el la libertad para informar debe ceder en pos de la protección de los niños, niñas y adolescentes.

La eliminación de los límites temporales, en forma similar, en las medidas contenidas en las letras c) y d), esto es, impedir el acceso de personas determinadas o del público en general a la sala de audiencia, y de **prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la misma sala**, sin considerar ahora que esa prohibición se puede decretar cuando el niño, niña o adolescente esté prestando su declaración, también puede tener resultados positivos en pos de su protección, teniendo en cuenta que la alusión a los hechos y circunstancias de los delitos que involucren a niños, niñas o adolescentes no se exponen en la audiencia únicamente mientras estos declaran, sino que por el contrario, se dará cuenta de ellos al tribunal en los alegatos de apertura y cierre, en la exposición de testigos y peritos, como posiblemente durante la producción de otros medios de prueba, por lo que esta modificación apunta a una protección completa y real de los sujetos que se busca resguardar.

La **medida nueva** que se introduce en el literal e), consistente en **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, también se observa como positiva y necesaria, teniendo en cuenta que no hay una medida genérica de protección que permita al tribunal adaptarse a situaciones particulares, por lo que la inclusión de todas las formas de protección general que se crean puedan ser útiles, es bienvenida.

La modificación en el inciso 3°, que otorgan la **posibilidad a alguno de los intervinientes de solicitar al Ministerio Público que adopte las medidas que fueren procedentes para conferir al niño, niña o adolescente, víctima o testigo, la debida protección,** resulta adecuada, ya que antes esta decisión únicamente la podía adoptar el Ministerio Público de oficio, límite no razonable. Por otro lado, la supresión del marco temporal en la parte final que establecía que estas medidas debía adoptarlas antes o después de haber declarado el sujeto de protección, no se observa como necesaria, considerando que los términos “antes” y “después” de su declaración son lo suficientemente amplios para entender comprendidos espacios temporales importantes, y a que durante la declaración del niño, niña o adolescente, la protección será preocupación esencialmente del tribunal, sin perjuicio del deber de actuar en pos de ese fin de todos los intervinientes.

Al informar esta disposición la Corte Suprema hizo observaciones y una recomendación, que por no haber sido consideradas, se reproducen:

“Las medidas propuestas por el proyecto en el artículo 21 [actual artículo 18] son similares a las contenidas en el artículo 289 del Código Procesal Penal, que regula la publicidad de la audiencia de juicio oral, pero agrega otras que aumentan la protección de los niños, niñas o adolescentes, circunstancia que resulta positiva para que el tribunal, de oficio o a petición de los intervinientes, proteja la identidad, seguridad e integridad física y psíquica del niño o niña que participe del juicio, adoptando una o más de las medidas generales de protección que contempla, las que durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuera necesario. Podría autorizarse que a solicitud de los intervinientes o de oficio el tribunal, al término del juicio, al dictarse la decisión final del cúmplase o con anterioridad, el juez pueda disponer se mantenga de manera permanente esta reserva.”²⁰

20 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 15°, p. 12.

Decimoséptimo: Que el artículo 22 del proyecto –artículo 25 en la versión ya informada- establece normas de reserva del contenido de la entrevista investigativa video grabada y de la declaración judicial. El inciso 4° que se envía en consulta en esta oportunidad es nuevo, y establece que *“El tribunal podrá disponer, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, y por resolución fundada, una o más de las medidas contempladas en el artículo 18 de la presente ley.”*

Esta nueva disposición aparece como un complemento necesario a los cambios recién estudiados, puesto que amplían la posibilidad de dictar medidas generales de protección por parte del tribunal, de oficio o a petición de interviniente, al contenido de la entrevista investigativa video grabada, registro que no se encuentra comprendido dentro de las actividades de la declaración judicial propiamente tal.

Finalmente, el artículo 29 del proyecto, que regula *Medidas especiales de protección*, en la versión anterior de la iniciativa de ley se encontraba en el artículo 32, dentro del título de normas adecuatorias, agregando un artículo 372 quáter nuevo al Código Penal, que a diferencia de la versión actualmente en análisis, lo incluye como una norma propia, que no modifica otros cuerpos legales.

El texto del artículo 29 que ahora se propone, es del siguiente tenor:

“Artículo 29.- Medidas especiales de protección. Cuando se trate de los delitos contemplados en el inciso primero del artículo 1°, el juez de garantía podrá disponer, a petición del fiscal o del querellante, y aun antes de la formalización de la investigación, cuando existan antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido, una o más de las siguientes medidas de protección a su respecto:

a) Prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éstos permanezcan, visiten o concurren habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquellos;

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 menor de edad a una persona de su confianza, y que, a juicio del tribunal, reúna las condiciones necesarias para resguardar su integridad física y psíquica.

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

Al comparar ambas versiones de esta propuesta de medidas especiales de protección, la primera diferencia que resalta es, como en oportunidades anteriores, que **en su versión anterior la protección se limitaba a los delitos de carácter sexual contenidos en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, protección que ahora se extiende a todos los delitos incluidos en el inciso primero del artículo 1° de este proyecto de ley**, lo que se observa favorablemente.

Respecto de las medidas en concreto, no se observan diferencias importantes en las consistentes en la prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente o cualquier otro sitio donde permanezcan, visiten o concurren habitualmente (letra a), ni la de ordenar el abandono del hogar que le sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido cuando corresponda (letra b). Sin embargo, en la medida consistente en confiar el cuidado del menor de edad a una persona de su confianza y, que a juicio del tribunal, reúna las condiciones necesarias para resguardar su integridad física y psíquica, se eliminó la obligación del tribunal de considerar especialmente a los parientes por consanguinidad de grado más próximo y el deber del tribunal de cautelar especialmente los casos en que el niño, niña o adolescente sea una persona con discapacidad, tenga una condición que la haga vulnerable, o esté embarazada. No se observan cuáles podrían ser las justificaciones de estas modificaciones;

Decimoctavo: Que respecto de la regulación de los principios, contenidos en el Título I, que ahora no contiene párrafos, pero que previamente estaba en el párrafo 2°, denominado “Principios”, los que desarrollaba entre los artículos 3° y 6°, la Corte Suprema consideró que *“Conforme a la opinión sostenida por parte de la doctrina, en cuanto al hecho que los principios son sólo normas orientadoras, pero no imperativas, resultaría procedente dejar establecido en una norma preliminar –en el párrafo segundo del Título I- que tienen un carácter vinculante y*

*su aplicación es obligatoria, otorgando efectividad y validez a las actuaciones, por lo que es perentorio que se realicen al amparo de las mismas;”*²¹

En su versión actual, la regulación sobre la materia se conserva en el artículo 3° del proyecto, que ahora se denomina “*Principios de aplicación*”, en lugar de “*Promoción del interés superior del niño o niña y de su autonomía progresiva*”, y –en su versión actual- dispone que “*Las interacciones con niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento estarán sometidas a los siguientes principios de aplicación*”, y desarrolla en sus literales a) a la e) los principios de: a) Interés superior; b) Autonomía progresiva; c) Participación voluntaria; d) Prevención de la victimización secundaria; y, e) Asistencia oportuna y tramitación preferente.

En razón de estas diferencias, si bien no se expresa como un requisito de validez en dichos términos el respeto y la aplicación de dichos principios, es posible entender que el legislador acogió las observaciones de la Corte Suprema al disponer en el inciso 1° que las interacciones con NNA estarán sometidas a ellos durante las diversas etapas que menciona.

Respecto del **principio de participación voluntaria**, consagrado en el artículo 4° de la versión anterior del proyecto y, en el literal c) del artículo 3° en su versión actual, la Corte Suprema indicó en su informe previo que “*El aspecto de mayor importancia del proyecto es la participación voluntaria del niño, niña o adolescente en la etapa investigativa y judicial, motivo por el cual la materia debe ser reglamentada de manera tal de evitar planteamientos interpretativos diferentes con posterioridad. Es por lo anterior que, como contribución al proceso legislativo, se expresa que no queda establecida la forma en que se manifestará la conformidad con la participación voluntaria en la investigación criminal y en el procedimiento judicial, protocolo previo, registro de consentimiento, hasta donde se puede avanzar en la declaración con motivo de la denuncia, menores que están en condiciones de prestarlo y la capacidad para expresarla directamente por el niño, niña o adolescente menor de 14 años de edad. Tampoco se regula la forma en que se expresará la retractación a que tiene derecho en cualquier etapa de desarrollo de las diligencias. Por lo expuesto con anterioridad y dada la claridad que debe tener la reglamentación, procede normar la sanción específica a la transgresión;”*²²

21 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 5°, p. 7.

22 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 6°, p. 7.

Al comparar ambas versiones se observa, en primer lugar, que el derecho a ser oído, antes contenido en el inciso 1° del artículo 4°, ahora se encuentra en la letra b) del artículo 3°, como parte del principio de autonomía progresiva y, que la regulación del principio de participación voluntaria propiamente tal, en la forma que está expresado en el inciso único de la letra c) del artículo 3° de la iniciativa, tiene pocas diferencias con lo que disponía el inciso 2° del artículo 4° de la versión de octubre del proyecto. El texto ahora consagra que *“La participación de la víctima o testigo en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento será siempre voluntaria y no podrán ser forzados a intervenir en ellas bajo ninguna circunstancia”*.

Sin embargo, el inciso 3° del antiguo artículo 4°, que disponía que *“Tal voluntariedad no se extingue en ningún caso, ni siquiera cuando el niño o niña haya consentido previamente en participar de una diligencia, pudiendo poner término a su participación inclusive una vez que dicha diligencia se encuentre en desarrollo”*, fue eliminado.

En consecuencia, es posible concluir que **las sugerencias del máximo tribunal no sólo no habrían sido oídas, sino que la nueva propuesta aparece como un retroceso a la versión anterior del proyecto**, atendida la eliminación de la consagración expresa, dentro de los principios, de la posibilidad del niño, niña o adolescente de poner término a su participación voluntaria o retractarse de la misma, aun cuando ya se haya dado inicio al desarrollo de la diligencia, cuestión que resulta preocupante y no es posible obviar.

- **Segunda entrevista video grabada**

El actual artículo 10 –correspondiente al artículo 13 de la versión informada en octubre-, regula la realización excepcional de una segunda entrevista investigativa video grabada y la participación voluntaria del niño, niña o adolescente en nuevas entrevistas video grabadas.

Comparando ambas versiones del artículo, se aprecia que no hay diferencias importantes entre ellas, pero sí se destaca en forma positiva que se agregó una parte final al inciso 1°, que establece la obligación de dejar constancia en la carpeta investigativa de la decisión del fiscal de realizar una nueva entrevista, así como de los hechos y antecedentes que se tuvieron en cuenta para adoptarla, exigencia no menor, puesto que en lo que respecta a este inciso, el fiscal podrá autorizar la realización de una segunda entrevista investigativa video grabada, de oficio o a petición de algún interviniente, pero sólo y únicamente

cuando aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista anterior, que modifiquen lo expuesto en ella y que pudieran afectar sustancialmente el curso de la investigación.

Al respecto, en su informe previo, La Corte Suprema dijo que:

“El inciso segundo del artículo 13 del proyecto establece que si el niño, niña o adolescente podrá manifestar espontáneamente su voluntad de realizar nuevas declaraciones, el Ministerio Público deberá tomar las providencias necesarias para la realización de una nueva entrevista investigativa y, agrega, que ‘bajo ningún respecto se deberá entorpecer la participación voluntaria del niño o niña en el proceso’, debiendo el fiscal adoptar las medidas necesarias para que el niño o niña puede ejercer plenamente sus derechos.

Esta norma es una de las de mayor relevancia del proyecto, por lo que debiera ser de la mayor claridad, conteniendo la forma cómo se dejará constancia de la manifestación voluntaria de participar en la entrevista y la retractación de esta participación voluntaria. Debe dejarse expresado que se valora que este derecho sea irrenunciable y que en cualquier momento pueda negarse a seguir siendo entrevistado o declarando. Sin embargo, debe dejarse regulada la improcedencia del desistimiento del menor, como la prohibición de llegar a salidas alternativas por el Ministerio Público cuando se trate de delitos en que la víctima sea un niño, niña o adolescente.

Esta normativa se encuentra acorde con los principios establecidos en los artículos 3° y 4° del proyecto, sobre promoción del interés superior del niño y de su autonomía progresiva, así como el derecho a ser oído y el reconocimiento a su participación voluntaria. No obstante, esta disposición amerita mayor reflexión, por cuanto no es posible descartar, a priori, la posibilidad de que el niño o niña manifieste su intención de declarar nuevamente, pero que esta voluntad haya sido influenciada por terceros, con el objeto de debilitar el mérito de su primera declaración;”²³

Según lo indicado en el punto anterior, esto es, que no hay diferencias en el texto del inciso segundo, se reiteran estas observaciones.

- **Designación del entrevistador subrogante**

El actual artículo 14 de la iniciativa -antes artículo 17- regula la designación de un entrevistador subrogante, señalando en principio que la declaración judicial será tomada por el mismo entrevistador que hubiere participado en la entrevista

²³ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 25°, pp. 20 y 21.

investigativa, y que en ningún caso la declaración judicial podrá ser tomada por un fiscal o abogado asistente de fiscal, o por algún funcionario de alguna de las policías que hubiere participado en una diligencia investigativa distinta a la realización de la entrevista investigativa video grabada, por lo que en dichos casos el juez de garantía, en la audiencia de preparación del juicio oral, deberá designar un nuevo entrevistador entre aquellos sugeridos por los intervinientes. El inciso segundo, dispone que si el entrevistador que hubiere participado en la entrevista investigativa, o aquél que hubiere sido designado como nuevo entrevistado por el juez de garantía, se encontrare impedido de tomar la declaración judicial, el tribunal de oficio o a petición de cualquier de los intervinientes, designará un nuevo entrevistador.

Al revisar las diferencias entre este texto y el aprobado en octubre por la Comisión del Senado, **se observa positivamente que ahora se incluye una prohibición expresa para varios de los funcionarios señalados en el párrafo anterior de participar como entrevistadores en la declaración judicial.** La versión anterior, si bien establecía que en caso de que la entrevista investigativa hubiera sido tomada por el fiscal, se debía designar un nuevo entrevistador, la nueva redacción que tiene el carácter de prohibición y se extiende a más personas, resulta más adecuada.

Al opinar sobre esta disposición, el máximo tribunal hizo saber su parecer en los siguientes términos:

“Una preocupación adicional, es la regulación que hace el artículo 17 del proyecto, respecto de la designación del entrevistador subrogante, la que no parece ser del todo consistente con los objetivos trazados por esta ley. En efecto, si durante la investigación se designa como entrevistador a un fiscal del Ministerio Público, en etapas posteriores del procedimiento deberá, necesariamente, modificarse a la persona del entrevistador, si ese fiscal es quien tiene a su cargo la investigación o el proceso, circunstancia que se contrapone con el objetivo de que sea una misma persona quien interactúe con el niño o niña. En consecuencia, si el objetivo es promover que la entrevista sea efectuada por el mismo profesional, debiera evitarse, en lo posible, que el persecutor de la acción penal asuma el rol de entrevistador;”.²⁴

En consecuencia, si bien no se elimina el peligro que advertía la Corte Suprema de que cambie durante el proceso la persona con quien interactúa el

²⁴ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 20°, p. 16.

niño, niña o adolescente, por lo que es necesario mantener esta advertencia, el establecimiento de la prohibición del fiscal y otros funcionarios de participar como entrevistador en la declaración judicial en los términos apuntados previamente, puede ser un paso en la dirección de desincentivar que dichos sujetos participen como entrevistadores en la etapa investigativa, sabiendo a ciencia cierta que luego deberán ser necesaria y obligatoriamente reemplazados.

- **Desarrollo de la declaración judicial**

Por otro lado, el actual artículo 16 de la iniciativa de ley –correspondiente al artículo 19 de la versión informada anteriormente-, regula el desarrollo de la declaración judicial. Comparando ambas versiones del texto propuesto, se aprecia nuevamente que **se reemplazó la denominación de *entrevista judicial* por *declaración judicial***. En el inciso 1°, se observa que además de establecer que la declaración se realizará bajo la dirección del tribunal, se incluye que lo será bajo su control y supervisión, reforzando los poderes de dirección del tribunal en el desarrollo de las audiencias.

Se agregó un inciso 3° nuevo que establece que el juez deberá velar en todo momento para que el entrevistador desarrolle su actividad de manera imparcial y neutral, cautelando especialmente que realice las preguntas conforme al inciso siguiente, que dispone que los intervinientes le dirigirán sus preguntas al juez, quien las transmitirá al entrevistador, quien deberá, a su vez, plantearlas al niño, niña o adolescente en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición emocional.

Por último, se observa que **se eliminaron los dos incisos finales**, que establecían que no obstaría a la continuidad de la entrevista las pausas que determinare el tribunal para instruir al investigador sobre una nueva información o aspectos de los hechos objeto del juicio que, de acuerdo a los intervinientes, en base a lo previamente declarado por el niño, niña o adolescente, sea necesario abordar en la entrevista. El inciso final, por su lado, establecía que durante el desarrollo de la entrevista judicial no se permitiría la reproducción de la entrevista investigativa para los efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 332 del Código Procesal Penal.

Al plantear sus observaciones a la versión previa de esta regulación, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema indicó que:

“(...) El desarrollo de la entrevista judicial, contenido en el artículo 19 de la iniciativa [ahora en el artículo 16], es una reiteración de las disposiciones comunes

fijadas en los artículos 23 y 28 [ahora artículos 20 y 25], y a las que se hace referencia en el artículo 15 del mismo párrafo [actual artículo 12], al fijar las condiciones de la sala en que se deberá realizar la entrevista.

La regulación de la continuidad de las entrevistas y la consagración de pausas o descansos son adecuadas, puesto que impedirán someter al declarante a la obligación de asistir en diferentes oportunidades al tribunal y aseguran, a nivel legal, el respeto y debida consideración a su integridad psíquica permitiéndole descansar.

En el mismo sentido es favorable, la regulación del inciso 3° sobre la posibilidad de pausar la entrevista, para que el tribunal pueda instruir al entrevistador sobre nuevos aspectos que sean necesarios de abordar en la entrevista, puesto que permite mantener la continuidad de la misma y a los intervinientes les da la posibilidad de desarrollar su teoría del caso sin límites más que los necesarios para respetar el interés superior del niño;”²⁵

Así, se lee que **la Corte Suprema informó favorablemente lo dispuesto en el inciso 3°, que ahora se elimina**, lo que por lo tanto aparece como un retroceso en el contenido de la regulación propuesta. Por otro lado, la eliminación del inciso final, tendría su razón de ser en el nuevo inciso final que se incorpora al artículo 17 del proyecto que, como se verá, trata la reproducción de la entrevista investigativa video grabada en la audiencia de juicio.

- **Reproducción del registro de la entrevista investigativa video grabada en la audiencia de juicio.**

El actual artículo 17 de la iniciativa –correspondiente al artículo 20 de la versión informada en octubre del proyecto-, trata sobre la posibilidad de reproducir el registro de la entrevista investigativa video grabada en la audiencia de juicio.

Al comparar ambas versiones, es posible aseverar que se mantiene el carácter excepcional de esta posibilidad, la que deberá ser autorizada por el tribunal, en los casos que el propio artículo indica en sus tres literales. La primera hipótesis de reproducción, esto es, que se tratare de una entrevista investigativa en que hubieran participado niños, niñas o adolescentes que hubieran fallecido o caído en incapacidad mental o física que les inhabilitare para comparecer a la audiencia de juicio, se mantiene casi igual hasta ahí. Algunas de las otras hipótesis contenidas en la letra a) de la versión anterior, ahora aparece como literal b), esto es, cuando se tratare de entrevistas realizadas a niños, niñas o

²⁵ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 10°, p. 10.

adolescentes que se encontraren en una incapacidad grave, psíquica o física, que les inhabilitare para darse a entender claramente, o para entender lo que se les pregunta. La anterior versión del literal b) y la actual letra c) son muy similares, estableciendo ahora esta posibilidad: *“Cuando el tribunal, previa solicitud fundada de alguno de los intervinientes, lo estimare necesario para complementar la declaración prestada o para demostrar contradicciones o inconsistencia con lo declarado.”* **El anterior texto de la letra c)**, esto es, que cuando fuere autorizada para complementar la declaración del menor de edad en juicio, no podrá ser utilizada para los efectos de lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal, **no aparece en el texto recientemente aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, lo que se observa favorablemente**, considerando que el establecimiento de una prohibición, naturalmente, no puede considerarse incluida entre las hipótesis de autorización de una actuación, por lo que la versión previa del proyecto incurría en un error sistémico.

El nuevo texto del artículo que se analiza, adicionalmente, establece como **requisito para autorizar la reproducción de la entrevista investigativa** en los casos de las letras b) y c) que el niño, niña o adolescente haya declarado previamente en la audiencia de juicio o en la audiencia de prueba anticipada, y agrega que cuando hubiere sido autorizada, la exhibición de la entrevista sólo se realizará una vez que haya concluido dicha declaración.

Estos requisitos podrían evitarse si se concordara con la Corte Suprema y se regulara una entrevista única, abandonando este sistema de al menos dos entrevistas.

Los dos incisos finales, por el contrario, se observan positivamente. El inciso penúltimo dispone que la exhibición del registro no podrá debatirse, ordenarse ni materializarse en presencia del niño, niña o adolescente, cuestión que no podría ser de otro modo si lo que se busca es evitar someter al menor de edad a un estrés innecesario durante el debate o, peor aún, confrontarlo con sus declaraciones previas.

El inciso final, dispone en ese sentido, que toda confrontación a que hubiere lugar se realizará entre el registro video grabado de la entrevista investigativa y el de la declaración judicial, no autorizándose bajo ninguna circunstancia que se reanude la participación del niño, niña o adolescente en la audiencia de juicio. Este texto resulta tranquilizador al comparar el artículo con su versión anterior, que

prohibía el uso de la entrevista investigativa para los fines del artículo 332 del Código Procesal Penal, disposición que permite la lectura de declaraciones anteriores como apoyo a la memoria del testigo o, la parte más relevante, para demostrar o superar contradicciones o solicitar las aclaraciones pertinentes. Dicha prohibición absoluta, en la versión anterior del proyecto, parecía cuestionable si se podía establecer, tal como hace ahora la iniciativa, una forma de demostrar posibles contradicciones entre dos declaraciones sin que el niño, niña o adolescente tenga que estar presente, pero que puede ser útil para la defensa y su construcción de teoría del caso, teniendo en cuenta que sin olvidar que el interés superior del niño es el principio máximo que debe guiar a todos quienes intervengan en este tipo de juicios, el establecimiento de la verdad, el derecho a un debido proceso, una defensa adecuada, y disminuir los riesgos de condenar inocentes, son máximas democráticas de la más alta importancia en un Estado de Derecho.

Sin perjuicio de las observaciones ya realizadas, debe tenerse en cuenta que al informar al respecto, la Corte Suprema lo hizo en la forma que se indica, y que es menester reiterar:

“Contrariamente a lo recomendado por los especialistas, el artículo 20 [actual artículo 17] se refiere a la reproducción de la entrevista investigativa en la audiencia de juicio, si bien con carácter excepcional, en circunstancias que la observación primera, fundada en que el Estado también es conminado a garantizar el interés superior del niño, es que los menores no sean reiteradamente interrogados sobre los hechos traumáticos, que puede suceder años después de ocurridos éstos. Sin embargo, la norma opera sobre la lógica que se cursará la diligencia de declaración enjuicio del menor por regla general y que solamente se escuchará al menor por medio de la entrevista videograbada por excepción y en los casos que reglamenta.

La norma del artículo 20 [ahora artículo 17] puede ser confusa, puesto que, al parecer, se entiende que la reproducción de la entrevista videograbada de la investigación no sustituye la declaración judicial, la cual se realizará siempre, no obstante que esa reproducción pretende, precisamente, evitar la declaración judicial. No tiene otro sentido. Es por este motivo que se ha expresado que la declaración investigativa videograbada de los niños, niñas y adolescentes debe tener tantos resguardos, los que están dirigidos a proteger al menos, pero igualmente a garantizar el derecho de defensa del imputado. Es preocupante que

se dé esta confusión, por cuanto se continuará vulnerando en sus derechos a los niños, niñas y adolescentes, como también por el hecho que la declaración investigativa se continuará prestando sin un estándar adecuada que permita reproducirla en juicio sin cuestionamiento alguno, puesto que en la forma como ahora se ha reglamento, con la sola participación de las policías o el Ministerio Público, puede sufrir severos y razonables cuestionamientos de legitimidad o, por lo menos, en que puede ser cuestionable se respeten la debida contradictoriedad en su recepción. Es esa falencia la que se ha dejado expresada que debe ser corregida con la intervención de otras autoridades, como es la jurisdiccional y, en su caso, por representantes de la Defensoría Penal Pública;”²⁶

- **Regulación del entrevistador**

Los actuales artículos 19 y 23 –previamente artículos 22 y 26- regulan la figura del entrevistador. En el artículo 19, entre los requisitos para ser entrevistador, se eliminó el primero de ellos, que disponía que debían ser “*fiscales o funcionarios del Ministerio Público, o funcionarios de la Policía de Investigaciones o Carabineros de Chile*”, sin perjuicio de la excepción dispuesta en el entonces artículo 26. Los requisitos de contar con formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa y declaración judicial de niños, niñas y adolescentes, así como con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se mantienen casi en iguales términos. Por su parte, el artículo 23, que regula la disposición –disponibilidad- de entrevistadores, se mantiene, igualmente, en términos parecidos.

En razón de lo anterior, cabe reiterar la opinión de la Corte Suprema de octubre de 2016, la que se reproduce:

“Como se ha expresado, entre diferentes alternativas, el proyecto opta por crear la figura del entrevistador, rol que se puede asignar a los fiscales, funcionarios del Ministerio Público, de la Policía de Investigaciones, de Carabineros de Chile y quien designe el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en la medida que reúnan los requisitos de formación especializada y estén acreditados en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o, de manera excepcional, solamente cuenten con la formación especializada (art. 22 y 26 [actuales artículos 19 y 23]).

Teniendo presente que la Carta Fundamental radica exclusivamente en los tribunales establecidos por la ley la facultad de conocer, resolver y ejecutar lo

²⁶ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 13°, p. 11.

juzgado, se reitera la objeción de constitucionalidad en cuanto a la participación de una persona distinta del juez, cuando no lo puedan hacer las partes, en la etapa de conocimiento de toda contienda judicial, persona extraña a la contienda que realizará la entrevista judicial de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en el contexto de un procedimiento jurisdiccional (ver sustitución que incorpora la modificación a la letra b) del N° 2 del artículo 78 ter del Código Procesal Penal, por el artículo 33 del proyecto). Al respecto, sólo procede la colaboración con el juez y no que éste colabore con el entrevistador. Esta circunstancia afecta la función jurisdiccional y desconoce la idoneidad profesional de los magistrados, cuya formación profesional básica equivale a la de un fiscal y, evidentemente podrán adquirir la capacitación necesaria en la materia, tal como sucedió con la reforma que introdujo la Responsabilidad Penal Adolescente.

Al respecto, cabe señalar que los jueces, y el Poder Judicial en general, han dado muestras –particularmente en los últimos años– de ética, integridad, preparación, capacidad y adaptación a los nuevos desafíos que la sociedad reclama.

En relación al proyecto que se analiza, sería conveniente dispusiera que los magistrados están en una especial situación a la hora de adquirir mayores destrezas en el rol de entrevistador, razón por la que no parece adecuado entregarlo a otros organismos tales como Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones, cuya labor auxiliar no es propia del desenvolvimiento del proceso. En este sentido, no debe olvidarse que quien dirige en forma exclusiva, directa y excluyente el procedimiento judicial es el juez, tarea que, conforme al mandato constitucional, no admite la interferencia de ninguna otra autoridad. Se señala por la doctrina que la impartición de justicia debe ser y parecer imparcial, aspecto que difícilmente se logrará si quien entrevista a la víctima y testigo forma parte del ente persecutor, conclusión que se ve reforzada si se considera que podría ser aquel que lo ha entrevistado en instancias anteriores;”²⁷

Más adelante, continúa, afirmando que:

“Se insiste, por otra parte, que resulta útil tener en cuenta que la doctrina especializada y expertos internacionales invitados a nuestro país, aconsejan que la entrevista videograbada debe estar rodeada de las mayores garantías para recomponer la indemnidad del niño, niña y adolescente pero también para el imputado, por lo que se requiere que éste cuente con la mayor objetividad posible,

²⁷ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 17°, pp. 14 y 15.

deseablemente con la supervisión de un juez de familia o de garantía en las etapas de investigación. Cabe destacar que éste fue el acuerdo en la mesa de trabajo ante la Fundación Amparo y Justicia, sin que se expongan fundamentos suficientes para innovar al respecto.

Sin perjuicio de estimar que el proyecto es un avance sustancial en favor de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en los delitos de connotación sexual, esta Corte observa que la modalidad propuesta entorno al entrevistador arriesga la preeminencia que han de tener las garantías del debido proceso de ley.

Por otra parte, siendo el entrevistador una figura esencial en el proyecto, la forma de su designación y la determinación de quienes pueden actuar como tales, debiera contener un procedimiento que permita el control y la garantía de la imparcialidad de quien ejerce dicha función. En concreto, debiera preverse un mecanismo de recusación o de impugnación de la personas designada como entrevistador desde el inicio de la investigación.

Sobre el mismo punto, se podrían evitar cuestionamientos posteriores a la entrevista investigativa y posibles dilaciones del procedimiento en su conjunto si se estableciera la obligación del Ministerio Público de informar a la defensa la identidad del entrevistador, dándole la posibilidad de recurrir ante el juez de garantía, para impugnar dicha designación;”²⁸

- **Reserva del contenido de la entrevista investigativa video grabada y de la declaración judicial**

El ahora artículo 22 de esta iniciativa –previamente artículo 25-, se refiere a la reserva del contenido de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial. No se observan diferencias relevantes en su inciso primero, pero se agregaron cuatro incisos nuevos a continuación de éste, del siguiente tenor:

“La víctima, el querellante, el imputado, el defensor y los peritos podrán solicitar copia del contenido de la entrevista investigativa videograbada. El fiscal deberá entregar copia de la misma, siempre que se haya distorsionado suficientemente la voz e imagen del niño, niña o adolescente, a efectos que no pueda ser identificado por terceros ajenos a la investigación. Asimismo, las personas precedentemente indicadas podrán acceder al contenido íntegro y fidedigno de la entrevista investigativa videograbada, sin las distorsiones mencionadas, sólo mediante su exhibición en dependencias del Ministerio Público.

²⁸ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 19°, pp. 15 y 16.

Sin perjuicio de lo anterior, el fiscal podrá rechazar la entrega de copia de la entrevista investigativa videograbada o su exhibición, si se hubiere decretado la reserva de la entrevista conforme al artículo 182 inciso tercero del Código Procesal Penal.

La declaración judicial y el contenido de la entrevista investigativa videograbada cuya reproducción fuere autorizada por el tribunal, conforme al artículo 17, solamente serán exhibidos a los intervinientes durante la audiencia de juicio oral. El tribunal, por razones fundadas, podrá autorizar el ingreso de personas distintas a la sala de audiencia.

El tribunal podrá disponer, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, y por resolución fundada, una o más de las medidas contempladas en el artículo 18 de la presente ley.

Los medios de comunicación social y las personas que asistan a la audiencia no podrán fotografiar o filmar parte alguna de la declaración judicial o de la entrevista investigativa videograbada del niño, niña o adolescente que se reproduzca en el juicio, ni exhibir dichas imágenes o registros, ni difundir datos que permitan identificar al declarante o a su familia, ni hacer citas textuales de su declaración. Lo anterior no obsta al derecho de los referidos medios a informar sobre el proceso y los presuntos responsables del hecho investigado.”

Estas nuevas disposiciones, más bien de carácter operativas, son coherentes con el cambio de paradigma desde una declaración judicial pública, que ahora es reservada. Este cambio de paradigma, que se detalla más adelante, parece coherente con el resto de la iniciativa que busca, por sobre todo, proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de los delitos señalados en el inciso primero del artículo 1° del proyecto.

En el inciso penúltimo hay una diferencia importante. La versión anterior del proyecto disponía que el contenido de la entrevista o declaración judicial –según el caso- sería público, sin perjuicio de que el tribunal pudiera, a petición de cualquiera de los intervinientes y por resolución fundada, adoptar alguna de las medidas contempladas en el artículo 289 del Código Procesal Penal, cuando considere que resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad del menor de edad o, para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. La versión actual, por el contrario, señala que **el contenido de la declaración judicial será absolutamente reservado**, y ninguna persona podrá

obtener copia del registro audiovisual de la misma, pudiendo sólo los intervinientes obtener copia fidedigna del audio.

Al pronunciarse sobre el particular, el máximo tribunal afirmó que:

“(…) En efecto, el proyecto regula la reserva del contenido de las entrevistas, disponiendo (inc. 1º) que el contenido de la entrevista investigativa será absolutamente reservado y sólo podrán acceder a él los intervinientes, el juez de garantía, tribunal de juicio oral en lo penal, los jueces de tribunales con competencia en familia y los peritos que por expreso encargo del fiscal, defensor o juez deban conocerlo para elaborar sus informes.

El contenido de la entrevista o declaración judicial, que en principio será público, pero ‘el tribunal podrá disponer, a petición de cualquiera de los intervinientes y por resolución fundada, una o más de las medidas contempladas en el artículo 289 del Código Procesal Penal, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad del niño o niña, o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley’ (inc. 2º).

El artículo 289 del Código Procesal Penal regula la publicidad de la audiencia de juicio oral, y contiene una redacción idéntica a los términos del inciso 2º del artículo en análisis del proyecto sobre la posibilidad de adoptar medidas y sus objetivos, algunas muy similares y otras iguales a las dispuestas en el artículo 21 de proyecto, por lo que considerando la especificidad de las medidas que se prevén para proteger a los niños, niñas o adolescentes en esta iniciativa, podría estimarse apropiado que la referencia se realice al artículo 21 de esta legislación especial y no al art. 289 del Código Procesal Penal.”²⁹

Dicha observación, naturalmente, ya no resulta pertinente, por haberse eliminado el inciso al que alude y por haber variado radicalmente el carácter público de la declaración judicial a uno completamente reservado.

- **Penalidad por difusión del contenido de una entrevista video grabada.**

Respecto del inciso final, por último, se observa que en su versión de la anualidad pasada, el texto de la iniciativa amenazaba, en los casos que corresponda, al que difunda el contenido de una entrevista de carácter reservado, con la pena establecida en el artículo 246 del Código Penal.

La Corte Suprema hizo presente a este respecto que:

²⁹ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 15º, pp. 12 y 13.

“El artículo 246, contenido en el Párrafo 8° -violación de secretos- del Título VII del Libro II del Código Penal, sanciona al empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, con las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de 6 a 20 UTM, o ambas conjuntamente (inciso 1°). Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, la pena con que se amenaza la conducta es de reclusión mayor en cualquiera de sus grados (5 años y 1 día a 20 años) y multa de 21 a 30 UTM.

Considerando la diversidad de conductas que regula y las penas que asigna en abstracto el artículo 246 del Código Penal, y que el proyecto está reglamentando una conducta o faz objetiva del mismo tipo penal, para una adecuada comprensión de los destinatarios de las normas, sería preferible que se establezca en la normativa proyectada el tipo penal de manera completa, sin remitirse al Código Punitivo, dejando como factor de agravamiento de la pena que se afecte gravemente el interés superior del niño, niña o adolescente.”³⁰

La iniciativa legal, en la versión que se revisa, por el contrario, regula un tipo penal nuevo en los siguientes términos:

“El que fuera de los casos señalados en los incisos precedentes fotografíe, filme, transmita, comparta, difunda, transfiera, exhiba, o de cualquier otra forma copie o reproduzca el contenido de la entrevista investigativa videograbada o declaración judicial o su registro, sea total o parcialmente, o difunda imágenes o datos que identifiquen al declarante o su familia, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio.”

Como se aprecia, **esta nueva versión contiene una regulación completa del tipo penal especial que se crea**, normando tanto las conductas que se sancionan, como la pena con que se amenaza, lo que permite concluir que la sugerencia de la Corte Suprema fue oída.

Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El actual artículo 27 de este proyecto de ley –correspondiente al artículo 30 en su versión anterior-, regula las funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre la materia. Al comparar ambas versiones, no se observan mayores diferencias, excepto en su literal c), en cuanto ahora dicha tarea tiene un carácter más general, señalando que le corresponde al Ministerio “c) *Acreditar como*

30 Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerandos 15° y 16°, pp. 12-14.

entrevistadores a quienes cumplan con los requisitos establecidos en esta ley”, sin remitirse específicamente a algún artículo de la misma, como lo hacía en su versión anterior, ni incluir el caso de autorizar la acreditación de otros entrevistadores conforme a lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del entonces artículo 26. Por lo anterior, resulta útil reiterar la opinión ya expresada por la Corte Suprema e insistir en sus puntos críticos:

“En el artículo 30 [actual artículo 27] del proyecto regula las funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien coordinará ‘la actuación de los organismos encargados de la presente ley’, en el marco de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, que la ley dispone sea presidida por el titular de la cartera indicada, no obstante, igualmente dispone que la integre el Presidente de la Corte Suprema, no un representante del mismo, lo que no se condice con el protocolo institucional.

Asimismo, la iniciativa propone que el citado Ministro evalúe ‘el funcionamiento del sistema’, elabore y proponga los protocolos de atención institucional –artículo 31 del proyecto [actual artículo 28]- y que, entre los aspectos, debe regular los ‘estándares de coordinación interinstitucional’ respecto, incluso, de las denominadas entrevistas judiciales; respecto del apoyo a los niños, niñas y adolescentes; adopción oportuna de las medidas de protección; el ejercicio efectivo y pleno de sus derechos; evitar diligencias innecesarias; procurar la celeridad y tramitación preferente de las diligencias que digan relación con los niños, niñas y adolescentes; contenidos de los cursos de formación especializada de los entrevistadores, y la regulación de la entrevista bajo procedimientos estandarizados, conforme a la evaluación que realice. No parece adecuado que la autoridad administrativa evalúe a la autoridad judicial en dichas actividades.”³¹

- **Reducción del plazo de agendamiento de la audiencia de juicio oral**

El ahora artículo 30 del proyecto –previamente artículo 33- introduce modificaciones al Código Procesal Penal y, específicamente, en su numeral 4) – antes correspondiente al numeral 3) del artículo 33-, introduce cambios en su artículo 281, agregando una nueva frase.

Al comparar ambas versiones, se observa que la única diferencia entre ambos textos, en forma similar a otros ya reseñados aquí, es que en su versión anterior se limitaba a establecer una regla especial para el plazo de agendamiento

³¹ Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 18°, p. 15.

de la audiencia de juicio oral cuando se tratare de los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, y en su versión actual, además de incluir estos artículos, incluye los mismos señalados en el inciso primero del artículo 1° de este proyecto de ley, ampliando la cantidad de delitos que deberán ser agendados en un plazo extremadamente breve y muy seguramente imposible de cumplir en la práctica, por lo que **resulta especialmente grave que se desoiga la opinión de la Corte Suprema sobre esta materia por el legislador** y que, por el contrario, se empeore la situación.

En razón de lo destacado en el punto anterior, es muy necesario reiterar la opinión manifestada al Congreso Nacional por la Corte Suprema en octubre del año pasado, que fue del siguiente tenor:

“El numeral 3) del artículo 33 del proyecto introduce en el inciso tercero del artículo 281 del Código Procesal Penal, la siguiente frase: ‘En el caso de los delitos contemplados en los Párrafos V y VI del Título VII del Libro II del Código Penal, tratándose de procesos que involucren a niños o niñas en calidad de víctimas o testigos, la audiencia (de juicio) deberá tener lugar no antes de quince ni después de veinte días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.’ En el resto de los casos, el plazo de agendamiento es no antes de 15 ni después de 60 días, por lo que se propone reducir el plazo máximo en un tercio.

Este plazo de 20 días parece reducido y no se condice con el plazo previsto para la celebración de la audiencia de juicio oral en el caso de las causas que involucran a adolescentes como imputados, que según lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley N° 20.084, deben celebrarse en un plazo no inferior a 15, ni superior a 30 días, desde la notificación del auto de apertura de juicio oral. Es posible que genere algún inconveniente en la realización de la audiencia, pues los intervinientes y terceros (fiscalía, defensoría, querellantes y personas citadas) corrientemente se excusan de cumplir plazos tan breves, sin que los tribunales tengan facultades para realizar igualmente la audiencia sin la concurrencia de todas ellas, en especial el acusado, quien, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 281 del Código Procesal, debe ser citado, a lo menos, 7 días antes de la realización de la audiencia, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la nulidad de la sentencia y el juicio oral que le precedió, por haberse infringido sustancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales del imputado.

Si el objetivo buscado es evitar la dilación de los procedimientos, el legislador podría disponer que en estos casos el plazo máximo para el cierre de la investigación sea de 2 años, de conformidad al inciso primero del artículo 247 del Código Procesal Penal, pero contado desde la perpetración del hecho, no desde la formalización;” (Corte Suprema, Informe Proyecto de Ley 36-2016, Oficio N° 143-2016, 05/10/2016, considerando 21°, pp. 16 y 17).

Decimonoveno: Que la legislación de nuestro país respecto de los Niños, Niñas y Adolescentes se ha desarrollado sobre diversas normas, sin que se las pueda identificar fácilmente por los interesados. En otros países desde hace largo tiempo han efectuado una compilación, sistematización y regulación de lo referido a los Niños, Niñas y Adolescentes, con lo cual se ha obtenido un mayor manejo de los contenidos por los operadores del sistema, como también posibilita una mayor difusión y conocimiento de sus disposiciones. Es por lo anterior que se adjunta un trabajo sobre el particular realizado por la Dirección de Estudios de esta Corte Suprema, que puede constituir un aporte en la preocupación de la materia.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar **en los términos precedentemente expresados** el proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.

Ofíciase.

PL 54-2016.”

Se adjunta un texto con el proyecto de Código de la Niñez y de la Adolescencia para Chile y, en un disco compacto que también se anexa, un informe elaborado por la Dirección de Estudios de esta Corte Suprema en la materia.

Saluda atentamente a V.S.

MILTON JUICA ARANCIBIA
Presidente Subrogante

JORGE SÁEZ MARTIN
Secretario