



El presente documento es el resultado del intercambio profesional y discusión desarrollada por los representantes de las principales instituciones periciales a nivel nacional en materia de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, en el marco de sus singularidades y diferencias.

En este sentido, las ideas aquí plasmadas corresponden a orientaciones respecto de la metodología de evaluación de credibilidad de testimonio de mayor difusión en nuestro país, sin perjuicio que la evaluación pericial se pueda manifestar mediante diferentes expresiones en función de la realidad particular de cada institución.

Estamos seguros que el presente trabajo favorecerá la comprensión de los principios básicos y la complejidad de la evaluación pericial del testimonio infantil y adolescente.



Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio



Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio

Documento de Trabajo Interinstitucional

Estamos enfermos de muchos errores y de otras tantas culpas, pero nuestro peor delito se llama abandono de la infancia, descuido de la fuente de vida.

Muchas de las cosas que hemos menester tienen espera: el Niño, no. Él está haciendo ahora mismo sus huesos, criando su sangre y ensayando sus sentidos. A él no se le puede responder "mañana", El se llama "ahora".

Gabriela Mistral

Impreso en Grafnika Copy Center - Diseño : Sixto Correa

2008

Evaluación Pericial Psicológica de
Credibilidad de Testimonio
Documento de Trabajo Interinstitucional

1

2008

Prohibida la reproducción total o parcial de la obra
sin el permiso escrito del Fiscal Nacional del Ministerio Público

Santiago de Chile

Febrero de 2008

Equipo de Trabajo

Francisco Maffioletti Celedón

Coordinador y Editor del Documento
Psicólogo Forense
Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
Fiscalía Nacional del Ministerio Público

María Elena Santibáñez Torres

Abogado – Exdirectora
Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
Fiscalía Nacional del Ministerio Público

Francisco Soto Donoso

Abogado
Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
Fiscalía Nacional del Ministerio Público

3

María Alicia Espinoza Abarzúa

Psiquiatra Legista Forense
Unidad de Psiquiatría y Psicología Infanto Juvenil
Servicio Médico Legal

Ximena Navarro Coydán

Psicóloga Forense
Unidad de Psiquiatría y Psicología Infanto Juvenil
Servicio Médico Legal

Aída Leiva Chacana

Psicóloga Forense
Equipo Pericial Víctimas
Instituto de Criminología
Policía de Investigaciones de Chile

Paula Vergara Cortés

Psicóloga
Coordinadora CAVAS Metropolitano
Instituto de Criminología
Policía de Investigaciones de Chile

Marie Claudette Oliva Larroucau

Psicóloga Forense
Departamento de Criminalística
Carabineros de Chile

Loreto Larenas Barahona

Psicóloga Forense
Departamento de Criminalística
Carabineros de Chile

Gonzalo Muñoz Bravo

Psicólogo Coordinador
CTD Ambulatorio Santiago
Instituto Chileno de Estudios Humanísticos

Rodrigo Muñoz Espinoza

Psicólogo Perito
Centro de Tránsito y Distribución CTD El Quijote

Mayra Miranda Herrera

Psicóloga
Departamento de Menores
Ministerio de Justicia

Colaboradores

María de los Ángeles Aliste, Psicóloga.
Christian Anker Ullrich, Psicólogo.
Lorena Contreras Taibo, Psicóloga.
Catalina Duque González, Abogado.
Jennifer Miranda Miranda, Psicóloga.
Carolina Navarro Medel, Psicóloga.
María Paz Rutte Barrera, Psicóloga.

PRESENTACIÓN

La radical reforma al proceso penal que esta operando en nuestro país desde hace algunos años atrás, implicó un cambio cultural de enormes proporciones en nuestra tradición jurídica. Una de las más grandes se relaciona directamente con el papel que cada uno de los operadores e intervinientes ocupa en el proceso, así, para los fiscales del Ministerio Público su rol implica realizar un esfuerzo de convicción y convencimiento antes los nuevos tribunales. Por su parte, para los magistrados de nuestro país, el desafío de emitir un juicio de valor debiendo pronunciarse y explicitar circunstanciadamente cada uno de los supuestos fácticos y argumentaciones jurídicas esgrimidos en estrados por las partes.

Esta imposición legal de emitir un juicio de valor adquiere particular importancia en los juicios orales de delitos sexuales que, por sus propias características, impone la tarea de efectuar un detenido análisis del testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales, razonamiento que debe quedar debidamente fundamentado en la sentencia. Así, la Justicia se enfrenta a la delicada tarea de emitir un juicio de credibilidad respecto del testimonio de una víctima agredida sexualmente. Para nadie es un secreto que las investigaciones por delitos sexuales, particularmente los denominados abusos sexuales, enfrentan dificultades objetivas propias de la forma de comisión de estos delitos, el abusador normalmente busca aprovecharse del contexto familiar, cultural y social de los menores afectados, espera que la víctima se encuentre sola, sin testigos y sin posibilidad de defensa, busca que la víctima guarde silencio y no denuncie la agresión valiéndose de su relación de confianza y/o dependencia, de la amenaza, o bien ofreciendo recompensas, lo que es particularmente frecuente cuando los hechos ocurren dentro del contexto relacional de la familia; a lo anterior se suma que, habitualmente, en los casos de abusos sexual, estas agresiones no dejan en la víctima signos o lesiones visibles.

En este nuevo escenario, la tarea encomendada a los jueces resulta especialmente delicada y conflictiva, pues el juicio de valor al que he hecho referencia incide directamente en la evaluación que realizan respecto de la víctima y su contexto e historia personal: ¿dice la verdad un menor cuando relata haber sido víctima de tocaciones?, ¿pudo haber sido objeto de influencias para denunciar?, ¿porqué denunció ahora y no antes?, ¿se observa un menor afectado psicológicamente por los hechos que resalta?, etc. Estas, entre otras, son las preguntas habituales que se formulan los jueces y constituyen el centro o núcleo del debate durante el desarrollo del juicio y que las partes -fiscales y defensores- pretenden ilustrar desde su particular posición en la contienda.

6

Es aquí, entonces, donde resalta en toda su importancia la prueba pericial realizada al (la) afectado (a) con el propósito de resolver estas y otras dudas. La experiencia indica que la prueba pericial que analiza el testimonio de la víctima es un aporte fundamental a la decisión del juez en la medida que provee elementos de convicción que pueden servir de base al pronunciamiento de una sentencia. Más aún, en diversos juicios orales en que me correspondió sostener la acción penal pública, pude comprobar que la participación de los peritos psicólogos y psiquiatras fue decisiva para formar convicción acerca de la real ocurrencia de los hechos por parte de los decidores.

Asumiendo los desafíos planteados por la Reforma Procesal Penal, nuestra Unidad Especializada, decidió convocar en el mes de abril del año 2006 a las diversas instituciones públicas que realizan evaluaciones periciales en este ámbito. Durante 16 meses se realizó una profunda reflexión sobre indicadores de abuso, métodos y/o sistemas de evaluación, marco ético en la evaluación pericial, donde los participantes efectuaron un valioso aporte que aparece condensado en este Documento de Trabajo.

Creo que a partir de esta experiencia, el fenómeno del abuso sexual a niños, niñas y adolescentes será mejor comprendido contribuyendo a superar ciertos mitos y prejuicios y será un aporte para una discusión científica del tema.

Por último, aprovecho esta oportunidad para agradecer la participación y colaboración de los profesionales de las instituciones convocadas, de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, del Servicio Médico Legal, del Ministerio de Justicia y del Servicio Nacional de Menores, cuya experiencia y compromiso en esta temática, nos permite contar con este documento que constituirá un valiosísimo aporte a las investigaciones llevadas a cabo por fiscales adjuntos y a los jueces en la tarea de decidir.

FELIX INOSTROZA DIAZ
Director Unidad Especializada Delitos Sexuales y Violentos
Ministerio Público - Fiscalía Nacional

27 de diciembre de 2007.

Los niños callan porque nadie les cree.
Porque se sospecha que inventan.
Porque tienen vergüenza y se sienten culpables.
Porque tienen miedo.
Porque creen que están solos en el mundo con su terrible secreto.

ÍNDICE

I.- MARCO LEGAL DE LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA	11
i.- Consideraciones contextuales preliminares	14
ii.- El Marco Legal que determina el Sistema Procesal Penal	16
iii.- La Evaluación Pericial Psicológica en el Sistema Procesal Penal	17
II.- LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE TESTIMONIO	21
i.- La pregunta psicolegal y el tipo penal	21
◦ La conclusión pericial psicológica	22
ii.- Consideraciones metodológicas para el análisis de la credibilidad	24
◦ El trabajo en base a hipótesis	25
◦ Antecedentes de investigaciones y publicaciones	27
◦ Clarificación de los conceptos Veracidad y Credibilidad	34
◦ El análisis de la carpeta investigativa	36
iii.- El sistema de valoración del testimonio	38
◦ El análisis de la validez del contenido (SVA)	38
◦ La entrevista forense	40
◦ El análisis del contenido basado en criterios (CBCA)	45
◦ Análisis y valoración de los criterios de validez del procedimiento	50
◦ Categorías conclusivas	53
◦ Posibles variables influyentes en la realización de la pericia	56
◦ Pericia y tratamiento psicológico	57
◦ Excepciones en la evaluación de la credibilidad	59
iv.- Análisis del testimonio infantil de acuerdo a criterios evolutivos	63
◦ Etapas del desarrollo del niño(a) y sus características	64
◦ Etapa sensorio-motriz	64
◦ Etapa pre-operacional	65
◦ Etapa operacional concreta	67
◦ Etapa operacional formal	69
◦ Atención y concentración	70
◦ Distinción entre fantasía y realidad	70
◦ Conceptos de verdad y mentira	71
◦ Lenguaje	72
◦ Memoria	74
◦ Memoria infantil	76
◦ Memoria traumática	81
◦ Memoria traumática infantil	82
◦ Conclusiones	83

v.- El diagnóstico evolutivo del desarrollo de la personalidad en evaluaciones de credibilidad	87
◦ La psicología del testimonio	87
vi.- Las llamadas Falsas Denuncias: origen, contexto, indicadores	90
◦ Variables e indicadores asociados	93
◦ Los falsos recuerdos sugeridos espontáneos	97
◦ Los falsos recuerdos sugeridos implantados	99
◦ La relevancia del contexto de la denuncia	101
vii.- Análisis y comentarios de algunas sentencias de los TOP	107
III.- LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA	123
i.- La ética en la evaluación pericial	123
◦ Moral y ética	123
◦ Marco conceptual de la ética: definiciones básicas	123
◦ De la inseparabilidad de los principios	126
◦ Análisis de las principales disyuntivas éticas del psicólogo forense	127
ii.- La entrevista forense en abuso sexual a niño(a)s y adolescentes	137
iii.- Elaboración del informe pericial	150
iv.- Evaluación de daño emocional	151
v.- Pauta informe pericial psicológico o psiquiátrico	155
IV.- BIBLIOGRAFÍA	161
V.- ANEXOS	171
i.- Artículos del Código Penal que tipifican los delitos sexuales	173
ii.- Artículos el Código Procesal Penal que contienen las normas sobre peritajes	183
iii.- Derechos de la víctima en el Código Procesal Penal	193
iv.- Oficio del Fiscal Nacional Nun. 007 (ene. 2004)	195
v.- Oficio del Fiscal Nacional Nun. 148 (oct. 2003)	203

Capítulo 1
Marco Legal de la Evaluación Pericial Psicológica

I.- MARCO LEGAL DE LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA

El principal objetivo que buscó la Mesa de Trabajo sobre “Credibilidad de Testimonio en casos de Víctimas de Abuso Sexual Infantil”, fue ilustrarnos recíprocamente respecto de los avances y dificultades con relación a este tema específico, intentando establecer parámetros y lineamientos orientativos para quienes realizan dicha labor; y, a partir de la opinión de los expertos de los principales centros periciales de nuestro país, reforzar la validación –como método científicamente afianzado- de la evaluación de credibilidad de testimonio de menores de edad víctimas de delito.

Esta validación por juicio de expertos se logró gracias a los aportes y participación de peritos psicólogos y psiquiatras, y también de profesionales abogados. Las instituciones que participaron en este proceso de validación¹ fueron:

- La Unidad de Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
- La Unidad de Psiquiatría y Psicología Infanto Juvenil del Servicio Médico Legal.
- El Instituto de Criminología (CAVAS) de la Policía de Investigaciones de Chile.
- El Unidad de Psicología Forense del Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile.
- Centros de Diagnóstico de organismos colaboradores del Servicio Nacional de Menores.
- Departamento de Menores del Ministerio de Justicia.

La relevancia de esta actividad, está dada principalmente por la creciente necesidad de profundizar sobre las evaluaciones de credibilidad que nos han

¹ A propósito de la validación del CBCA, el TOP de Punta Arenas señala que “al tenor del principio de libertad probatoria del artículo 295 del Código Procesal Penal y del estándar de convicción del artículo 340 del Código citado, en modo alguno es una prueba prohibida o ilícita. Solamente el Tribunal tiene que adquirir la convicción más allá de toda duda razonable. Por otro lado dicho método no es un test, es un método de análisis de contenido y parece razonable y óptimo que peritos psicólogos que trabajan con una ciencia que no es exacta, se sirvan de elementos auxiliares, no determinantes, para complementar sus informes. Un punto importante y como los hacen ver los autores- Soto, Flores y Mesa- en su libro Notas sobre el Juicio Oral, es el hecho que es un absurdo que los conocimientos científicamente afianzados sean sólo los validados en Chile. La ciencia es universal”

dado a conocer las instituciones vinculadas a la investigación criminal, y por los desafíos que ha impuesto la Reforma Procesal Penal a la disciplina psicológica.

En este sentido, los últimos años hemos podido observar un creciente desarrollo de la psicología aplicada al ámbito de la administración de justicia, procurando dar respuestas a las múltiples interrogantes que de ella emanan. Esto ha sido particularmente relevante en el curso de las investigaciones de delitos sexuales donde la víctima es menor de edad, ya que, por sus características, este tipo de delitos son principalmente abusos sexuales, donde habitualmente no se cuenta con evidencias en el sitio del suceso ni en el cuerpo de la víctima, y en ese sentido los medios probatorios de los cuales se dispone son generalmente escasos.

14

De hecho, conforme a las estadísticas informadas por el Ministerio Público, sólo el año 2006 se denunciaron un total de 1.004.476 delitos, de los cuales un 1,5% corresponden a delitos sexuales. Vale decir, en este año, se denunciaron en nuestro país un total de 15.404 delitos sexuales.

En este contexto, existiendo por lo demás versiones contrapuestas entre lo relatado por el menor de edad y por el imputado, los peritajes psicológicos y psiquiátricos sobre la víctima adquieren un peso insospechado a la hora de formar convicción en el Tribunal que le corresponde juzgar esos hechos.

Así, teniendo claro que el informe pericial y/o su ratificación oral en el juicio no son vinculantes para el Tribunal, en la medida⁴ en que las conclusiones formuladas serán valoradas libremente por los jueces, podemos afirmar que por la especificidad del conocimiento científico de la disciplina psicológica y psiquiátrica, estas proporcionan opiniones fundadas acerca de aspectos relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales respecto de un caso particular.

² Por ejemplo, lesiones genitales y extragenitales, muestra biológica (ADN, semen), y consecuencias indiciarias como las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

³ Boletín Estadístico Anual 2006, elaborado por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

⁴ Artículo 297 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, para que estas opiniones expertas sean realmente de utilidad en el proceso penal, se requiere de peritos que se encuentren especialmente calificados y preparados para desempeñarse en el ámbito judicial. Por tanto, consideramos que tanto los psicólogos como los psiquiatras a quienes les corresponda intervenir en este contexto, deben poseer una especialización⁵ en el área forense de sus respectivas ciencias.

Así, el objetivo del presente documento es establecer ciertas bases y estándares respecto del procedimiento de evaluación de la credibilidad de testimonio en nuestro sistema de persecución penal; al respecto los más destacados especialistas e investigadores internacionales en el tema, han planteado:

- o Arntzen (1983)⁶ , “pocas áreas de la psicología aplicada han sido sometidas a un control tan amplio y riguroso como el método de análisis de declaraciones”.
- o Honts (1994)⁷ , “su validez ha sido demostrada conclusivamente”.
- o Enrique Esbec (2000)⁸ . “En España es de amplio uso entre psicólogos el análisis de contenido de las entrevistas mantenidas con el menor siguiendo los criterios de calidad de Steller y Köhnken (1994) que han sintetizado investigaciones previas y criterios de valoración de diversos autores (Undeutsch, 1967; Arntzen, 1983; Szewczyk, 1973; Detterbon et al, 1984)”.
- o Juan José Carrasco (2003)⁹ , “uno de los métodos psicológicos más empleados y que ofrece mayores posibilidades en la valoración de la credibilidad y validez del testimonio”.
- o Aldert Vrij (2005)¹⁰ , “Hoy en día, el Statement Validity Assessment (SVA) es probablemente el instrumento (sistema) más popular para evaluar la veracidad del testimonio infantil en juicios por abuso sexual. La evaluación con SVA es aceptada como evidencia en algunas Cortes americanas (Ruby & Brigham, 1997) y en Cortes criminales en países de Europa del Este, como Suecia (Gumpert &

5 Actualmente en Chile, esta especialización se obtiene a través de la realización de seminarios, cursos, diplomados y/o programas de magíster.

6 Arntzen (1983). En Raskin D. Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclee de Brouwer. 1994 (página 203).

7 Honts, Charles Robert (1994). Assessing children’s credibility: Scientific and legal issues in 1994, *North Dakota Law Review*, 70, 879-903.

8 Esbec, E. Y Gómez-Jarabo, G. (2000) *Psicología Forense y Tratamiento Jurídico-Legal de la Discapacidad*. Editorial edisofer, España (páginas 197 y 198).

9 Carrasco, J. J. y Maza, J.M. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. Editorial La Ley. Madrid, 2003.

10 Vrij, A. Criteria-Based Content Analysis: a Qualitative Review of the First 37 Studies. En *Revista Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 11, N° 1, pp. 3-41, 2005 (página 3).

Lindblad, 1999), Alemania (Köhnken, 2002), y en Holanda (Lamers-Winkelmann & Buffing, 1996)”.

- o Blanca Vázquez¹¹ (2005), “Es el sistema que más se utiliza en nuestro país. Tiene la indudable ventaja de ser un método formulado para y por el ámbito forense [...] Al margen de todas estas críticas, lo cierto es que el SVA es el sistema más eficaz para asesorar en la credibilidad de un testimonio infantil hoy por hoy”.
- o Steller y Böhm (2006)¹², “El análisis de la calidad de una declaración concreta, mediante criterios específicos, esta considerado en la actualidad por los Tribunales penales alemanes como el único método evaluativo de credibilidad con suficiente base científica para el dictamen”.
- o Günter Köhnken (2006)¹³, “Este método ha sido comprobado sobradamente de forma empírica (por ejemplo Niehaus, 2001; Vrij, 2004) y ratificado por el Tribunal Federal Supremo de Alemania en la sentencia del 30 de julio de 1999 que sentó jurisprudencia (Tribunal Federal Supremo alemán, sala de lo penal, Art. 45, Párr. 164) como método elegido para la evaluación de credibilidad”.

i.- Consideraciones contextuales preliminares

Los procesos judiciales tienen por objeto la búsqueda de la verdad jurídica, en la medida de lo posible, respecto de hechos pasados que podrían revestir características de delito. Ahora bien, tal como plantea Guzmán (2006) en su libro *La Verdad en el Proceso Penal* “resulta imposible la reproducción exacta del suceso que ha quedado en el pasado y, por lo tanto, no podría aspirarse más que a una reconstrucción mental del mismo”.

11 Vázquez, B. *Manual de Psicología Forense*. Editorial Síntesis, Madrid, 2005. Prestigiosa psicóloga forense de la Clínica Médico Forense de Madrid. Docente de programas de Magíster en Psicología Forense y en programas de especialización en toda España. Vázquez, B. *Manual de Psicología Forense*. Editorial Síntesis, Madrid, 2005 (páginas 123 y 124).

12 En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.) *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica*. Editorial Lit Verlag, Berlin (página 55).

13 Köhnken, Günter (2006). ¿Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual?. En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.) *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica*. Editorial Lit Verlag, Berlin.

Esta reconstrucción conlleva necesariamente el intentar una reproducción de los hechos a través de los testimonios de las distintas personas involucradas, siendo esto especialmente relevante en los procesos judiciales en los cuales no existen otros medios de prueba, como el propio testimonio de la víctima, las evidencias biológicas (sangre, semen) y físicas (lesiones, armas), confesión de quien cometió delito o la declaración de testigos presenciales o de oídas. La generalidad de estos casos, sin evidencias tangibles, está vinculada a delitos sexuales, específicamente abuso sexual, donde las víctimas habitualmente reúnen dos condiciones: se trata de menores de edad y mantienen un vínculo de dependencia o de parentesco con el agresor. Ambas condiciones, cuando coexisten, hacen especialmente vulnerables a las víctimas, y aumentan la impunidad del delito en cuanto su porcentaje de no denuncia (cifra negra) y a su complejidad probatoria.

En este mismo orden de ideas, es usual que los fiscales y defensores soliciten a los psicólogos y psiquiatras forenses ayuda para determinar la credibilidad de las versiones de la víctima, los testigos, y en algunos casos del imputado. Por tanto, en los casos de Abuso Sexual Infantil la prueba pericial constituye un elemento clave para la decisión que tomará el Tribunal o el Juez.

Resulta conveniente en este punto la aclaración respecto del objetivo principal y finalidad de la evaluación de la credibilidad realizada por un perito psicólogo o psiquiatra. Cuando se habla de evaluación de la credibilidad del relato, o de las declaraciones, o discursiva, o de testimonio, lo que se busca es intentar determinar, mediante procedimientos científicamente afianzados provenientes de las disciplinas psicológicas y psiquiátricas, el grado en que la versión del evaluado se ajusta a características de relatos de personas que han vivido una situación real, de acuerdo a criterios predefinidos (hipótesis Undeutsch), dando cuenta además de un procesamiento mental concordante. En ese sentido, la evaluación de credibilidad dará cuenta de la mayor o menor probabilidad de que los hechos hayan ocurrido efectivamente de la forma en que el evaluado nos lo haya transmitido (Cantón Duarte, 2000).

Al respecto, es sumamente relevante, como condición necesaria de la validez del procedimiento y de las conclusiones, el que la evaluación pericial de la credibilidad del testimonio cumpla con estrictos requisitos que le son impuestos por la metodología pericial del SVA (Statement Validity Assessment). Si ello no es así, será el propio perito quien deberá limitar o invalidar el alcance

y sentido de sus propias conclusiones, dado que forma parte integral del procedimiento el que el relato proporcionado acerca de los hechos constitutivos de delito sea proporcionado de la forma más libre y espontánea posible, sin que las preguntas del evaluador introduzcan ni sugieran los contenidos de las respuestas, y habiendo considerado todas las variables contextuales, motivacionales, éticas y actitudinales del evaluado con relación a los hechos investigados.

ii.- Marco Legal que determina el Sistema Procesal Penal

El sistema de enjuiciamiento criminal en Chile se sustenta en los principios de imparcialidad, publicidad, eficiencia, concentración e inmediación. De esta manera hoy se encuentran separadas las funciones de investigar, acusar y juzgar, recayendo las dos primeras en el Ministerio Público y la última en el Poder Judicial. Además, el conocimiento de los hechos y el debate jurídico se realiza en un juicio oral y público, en el que deben presentarse todas las pruebas, incorporándose, por otro lado, diversas salidas alternativas que ponen término al proceso de manera temprana. Sin perjuicio de los principios informadores mencionados, el sistema también consagra expresamente diversas garantías para los intervinientes, las que configuran la garantía general del debido proceso; éstas, a saber, son las siguientes: el derecho a un juicio previo, oral y público, el derecho a un juez natural, el derecho de defensa, la bilateralidad de la audiencia, la presunción de inocencia, el derecho a la persecución penal única y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entre otras.

En este contexto, también se introdujeron importantes modificaciones en el ámbito probatorio. Respecto de los medios de prueba propiamente tal, el legislador optó por un sistema de libertad probatoria, entendiéndose éste como aquel en que es admitido cualquier medio de prueba, con la limitación de que sea producido e incorporado al proceso en conformidad a la ley. Este sistema contrasta con el regulado en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto se establecía un régimen reglado o legal en cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba, por lo que sólo se admitían aquellos señalados expresamente en la ley. Por otra parte, en lo que respecta a la valoración de la prueba, también hubo cambios trascendentales, ya que hoy los tribunales pueden apreciarla con libertad, tendiendo sólo como parámetros los principios de lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

iii.- La Evaluación Pericial Psicológica en el Sistema Procesal Penal

La pericia es uno de los medios de prueba que, de acuerdo a nuestra legislación procesal penal, pueden tener lugar en el proceso. En efecto, el artículo 314 del Código Procesal Penal señala que “procederá el informe de peritos siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”, apreciación que en el caso de las pericias psicológicas se refiere a la conducta humana y su origen, siendo relevante aquella apreciación cuando, por ejemplo, a consecuencia de un delito se generan secuelas psíquicas en la víctima, o sea necesario indagar acerca de la credibilidad del relato que presta en el marco de una investigación criminal. Este informe pericial debe cumplir con los requisitos que señala el artículo 315, a saber, la descripción de la persona que está siendo objeto de la pericia, la relación circunstanciada de las operaciones practicadas por el perito y de su resultado, y las conclusiones que se formularen conforme a los principios de su ciencia.

En este sentido, el rol del perito psicólogo es colaborar en la toma de decisiones judiciales, convirtiéndose en un apoyo a la administración de justicia. A través de su participación, caracterizada por su objetividad e imparcialidad, brinda conocimientos científicamente afianzados para el análisis de un caso, a través de una demanda concreta, objetivos de trabajo, metodología y conclusiones. En caso que la causa llegue a etapa de juicio oral, deberá responder las interrogantes formuladas por el fiscal y eventualmente por la parte querellante, en el evento que ésta exista, la defensa (defensor público y/o particular), y las emanadas del propio tribunal.

Asimismo, no debemos olvidar una serie de precisiones que resultan necesarias de hacer respecto de la prueba pericial en el Proceso Penal. La primera dice relación con que cualquier profesional psicólogo puede ser llamado como perito o como testigo a exponer en juicio oral u otras audiencias sobre los hechos respecto de los cuales haya tomado razón en virtud del desempeño de su actividad profesional. En este sentido “ser” perito ya no viene dado por una especial investidura del profesional por parte de una instancia superior que le reconozca, en virtud de sus méritos y títulos, sino que por los conocimientos que tiene sobre una ciencia, arte u oficio determinados. Por tanto, en el nuevo proceso penal, el que sea un buen o mal perito, esto es, su idoneidad, será valorada en la audiencia misma de juicio oral mediante las preguntas especialmente orientadas a establecer dicho punto, tanto en el

interrogatorio, como en el contrainterrogatorio y en las preguntas formuladas por el propio tribunal (artículos 295, 297, 314, 318 y 329 del C.P.P.).

Por otra parte, las conclusiones a las cuales arribe el perito no obligarán al tribunal a tomar una decisión en ese mismo sentido, ya que éste valorará la prueba con libertad, existiendo sólo como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.¹⁴

¹⁴ Artículo 297 del Código Procesal Penal.

Capítulo 2
La Evaluación de la Credibilidad de Testimonio

II.- LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DE TESTIMONIO

i. La pregunta psicolegal y el tipo penal.

Toda demanda de pericia proveniente del sistema se origina mediante una solicitud formal al perito para que, en virtud de sus especiales conocimientos, pueda intentar aclarar o aportar sobre algún punto materia de controversia o litigio. Al respecto la naturaleza de las solicitudes dirigidas a los peritos de las disciplinas de la Salud Mental, si bien son diversas y estarán determinadas por las circunstancias y características específicas del delito investigado, se las puede englobar bajo las siguientes categorías en el Proceso Penal:

Respecto de la víctima-testigo: evaluar sus capacidades mentales y posibles alteraciones; su capacidad para aportar un testimonio válido judicialmente; su diagnóstico de personalidad; el posible daño y las consecuencias del delito en su vida; la credibilidad de su relato respecto de los hechos; determinar la existencia o no del trastorno de estrés postraumático, entre otros.

23

Respecto del imputado: evaluar su estado mental y posibles alteraciones al momento de la ocurrencia de los hechos a fin de determinar su imputabilidad; determinar su grado de control de impulsos; establecer perfil de personalidad con el propósito de determinar si se ajusta o no al delito; indagar si posee algún cuadro psicopatológico comúnmente asociado a delincuentes (trastorno de personalidad antisocial y/o psicopatía); analizar su capacidad para ser juzgado e instruir una defensa; etc.

No debemos olvidar que, el origen de esta consulta que se hace desde el mundo jurídico al psicológico, se encuentra asentada en la necesidad tanto del fiscal como del juez, de valorar aspectos que no son estrictamente jurídicos, para lo cual requieren de los especiales conocimientos de otras ramas del saber. Ahora bien, considerando que el dictamen pericial obedece a dicha necesidad, demás está afirmar que sus conclusiones deben: ser claras; simples (cuando puedan serlo); desprovistas de duda o incertidumbre; estar expresadas en un lenguaje comprensible y común (a menos que refiera conceptos muy técnicos, los cuales debe explicar); y deben responder a lo solicitado.

Debemos recordar que no resulta conveniente aseverar, y menos concluir, respecto de algún punto sobre el cual no tengamos competencias ni elementos suficientes de análisis como para pronunciarnos de forma seria y responsable.

La conclusión pericial psicológica ¹⁵

Las conclusiones a las cuales arriba un perito deben ser consecuencia de las operaciones que su ciencia le sugiere, expresando los hechos y circunstancias que sean fundamentales en su opinión.

La presentación de las conclusiones se hará de forma legal, por escrito y/o expresión oral, en audiencias o diligencias. Éste, tal como ya hemos señalado, no puede contener motivos de duda, de interés o de parcialidad.

Otro aspecto que debemos recordar es que por la naturaleza y principios del proceso judicial, nuestro informe o nuestras conclusiones no son vinculantes a la decisión que va a tomar el tribunal colegiado. Vale decir, su fuerza probatoria será estimada por los jueces teniendo en cuenta la competencia de los peritos, la unidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos o técnicos en que se fundan, y la concordancia de su aplicación con las reglas de *su sana crítica*.

Así, el informe pericial psicológico deberá estar debidamente fundamentado y, carecerá de *eficacia probatoria* si no fuese claro y sus explicaciones aparecieran contradictorias o deficientes. En este punto podemos plantear que es necesario que un informe pericial se *baste a sí mismo*, es decir, contenga en su cuerpo todos los elementos de juicio suficientes para que sus conclusiones sean el resultado natural y esperado de su desarrollo.

Otro aspecto a tener presente es que la conclusión obtenida desde una pericia es prueba fundada, a diferencia del testimonio, que se refiere a hechos percibidos sensorialmente por quien lo presta y que deberá dar la versión de como lo percibió. Se hace necesario abrir un paréntesis para distinguir claramente ambas funciones, la pericial de la testimonial. Al respecto, lo primero que habría que decir es que si se está atendiendo terapéuticamente a alguien, y en virtud de ese conocimiento somos llamados por el sistema judicial a dar nuestra opinión profesional, la única calidad en la cual podemos declarar es en la de testigo, y no como perito, con todo lo que ello implica.

15 Tomado de Maffioletti, F. y Salinas, Ma I. (2005). Manual Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil. Publicación del Servicio Nacional de Menores. www.sename.cl

Por la naturaleza del objeto examinado, la evaluación pericial psicológica es un acto de profunda envergadura que implica indagar en la interioridad del ser humano, adyacentemente con los otros antecedentes que contiene el proceso. Implica indagar en busca de la verdad, articulada en los requerimientos procesales, procurando compatibilizar la verdad psicológica con la jurídica. Y a este respecto, no debemos olvidar dos axiomas fundamentales en nuestro trabajo, que sin duda han producido más de un problema: la verdad psicológica no necesariamente se corresponde con la verdad de la realidad; y, por otra parte, la verdad jurídica tiene más de lo comprobable que de lo cierto.

Por tanto, en los pleitos judiciales este proceso de debate de argumentos, permite un complejo razonamiento que opera como productor de la verdad jurídica, base del fallo. Así por ejemplo, por muy contundente que sea un medio de prueba, este no posee ningún valor si no ha sido obtenido por medios legalmente permitidos.

ii. Consideraciones metodológicas para el análisis de la credibilidad

La evaluación pericial psicológica de la credibilidad del testimonio, y más específicamente el interés judicial por determinar la credibilidad de una declaración en el marco de una investigación criminal, se remonta a comienzos de siglo pasado. Un claro ejemplo de ello es que, de acuerdo a Steller y Köehnken, “en los años 30 aparecieron por primera vez en la literatura alemana psicológica y judicial los criterios de realidad”¹⁶. Numerosos expertos internacionales han coincidido en reconocer la importancia que ha tenido para el sistema judicial la evaluación de la credibilidad del testimonio, destacando algunos de ellos (Heinz Offe, Thomas Fabian, Max Steller, Guenter Köehnken, Udo Undeutsch) la relevancia de que, en el año 1954, el Tribunal Supremo alemán determinó que debe nombrarse un perito “para evaluar la sinceridad de las declaraciones cuando los testimonios de niño(a)s o jóvenes son la única o principal prueba”¹⁷, considerando dicho tribunal a la evaluación de la credibilidad basada en criterios “como una prueba con fundamento científico” (Offe, 2000, pp.21).

26

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente lo señalado por Lamb, Sternberg, Esplín, Hershkowitz, Orbach y Hovav, quienes en su estudio de campo sobre la validación del CBCA , junto con valorar positivamente la técnica, llaman la atención sobre la necesidad de realizar mas investigaciones científicas sobre el tema y a tener precaución en la aplicación forense del sistema CBCA.

Es por ello que, independientemente del valor que ha tomado el CBCA en nuestro medio nacional, queremos insistir en que necesariamente los criterios de realidad del CBCA deben valorarse y encontrarse insertos en el sistema global de evaluación de la credibilidad del testimonio que es el SVA.

Estamos convencidos que sólo dicho sistema, el SVA, permitirá al perito arribar a conclusiones válidas, en la medida en que estas: hayan sido debidamente contrastadas; que el testimonio que se valora haya sido obtenido mediante un

16 Steller, M. y Köehnken, G. (1994). Análisis de declaraciones basado en criterios. pp. 190. En Raskin D. Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, España.

17 Ob. Cit.

18 Lamb, M., Sternberg, K., Esplín, P., Hershkowitz, I., Orbach, Y., Hovav, M. (1997). Criterion-Based Content Analysis: A Field Validation Study. Child Abuse and Neglect, vol. 21, N° 3, pp. 255-264.

procedimiento estandarizado; que busca activamente no inocular contenidos, ni dirigir los relatos; que contempla el contexto en que se producen y develan los hechos, y las consecuencias provenientes de los mismos; que trabaja sobre la base de 4 hipótesis, chequeando cada una de ellas de forma sistemática; que considera la capacidad testifical del declarante; que valora las posibles motivaciones personales y de cercanos al declarante para informar en falso; que contrasta los resultados con las demás evidencias y medios de prueba del proceso penal; que exista una concordancia ideoafectiva entre lo dicho y el correlato emocional que acompaña el testimonio; y, que los conceptos, descripciones y lenguaje dados por el declarante sean acordes a su nivel de desarrollo y conocimiento.

El trabajo en base a hipótesis

El trabajo científico que pretenda ser tal, deberá contemplar postulados que puedan ser susceptibles de ser contrastados o refutados por un proceso sistemático de búsqueda de la verdad. Al respecto, Karl Popper, creador del Falsacionismo¹⁹, plantea que contrastar una teoría significa intentar refutarla mediante un contraejemplo. Si no es posible refutarla, dicha teoría queda corroborada.

En este sentido, como se ha enunciado anteriormente, la posición subjetiva del perito previo al abordaje del caso debe estar dada, en cuanto profesional de una ciencia, por la consideración de que el relato a evaluar pericialmente puede resultar, producto del análisis, tanto creíble como no-creíble. Para ello, el sistema del SVA es consonante con lo planteado originalmente por la hipótesis a la base de la evaluación de la credibilidad del testimonio planteada por el psicólogo forense alemán Udo Undeutsch, la cual contempla 3 posibilidades que se podrían dar cuando estamos ante una falsa alegación, y una cuarta posibilidad que refiere que los hechos son descritos tal como sucedieron en la realidad.

Las 3 posibilidades contempladas por Undeutsch son:

- o Que el relato haya sido inventado.
- o Que el relato haya sido inducido.

¹⁹ Falsacionismo, refutacionismo o principio de falseabilidad es una corriente epistemológica fundada por Karl Popper (filósofo, sociólogo y teórico de la ciencia: 1902-1994).

- o Que el relato haya fantaseado o distorsionado gravemente la realidad.

Por tanto, al realizar una evaluación de credibilidad de relato en el contexto de una pericia psicológica, de acuerdo al principio de *objetividad e imparcialidad*²⁰ que rige la práctica forense, siempre se deben considerar al menos 4 hipótesis²¹ en el proceso de valoración de los antecedentes del caso.

- a. La primera de ellas se observa cuando el evaluado tiene la clara intención y consciencia de engañar. Por tanto, la **hipótesis del Engaño** exige ánimo, consciencia y voluntad de hacer creer al otro que la versión entregada es coincidente con lo que realmente pasó. Dicho testimonio puede responder a motivaciones individuales o de terceras personas. En este caso, el relato obtenido, puede presentar diferentes grados de sofisticación dependiendo de las características del testigo declarante, como su edad, capacidad intelectual y características de personalidad, entre otras.
- b. Por otra parte, debemos considerar que es posible que un evaluado por variables ajenas a su voluntad, pudiese tergiversar involuntariamente algunos aspectos de la realidad. En este sentido la **hipótesis de la Sugestión** se refiere a modificaciones en los registros mnémicos del sujeto a partir de factores individuales o contextuales que inciden alterando su testimonio. Dicha inexactitud puede responder a diferentes motivos, como a los efectos en la memoria ligados al paso del tiempo, el haber contado los hechos en innumerables oportunidades a distintas personas, el haber recibido comentarios y preguntas que implicaban la visión de otros respecto del hecho, el haber sido influenciado por los prejuicios sociales o la vergüenza inconsciente, la culpa o cualquier otro mecanismo psíquico que no implique dolo en el actuar. En este sentido, los procesos ligados a dicho fenómeno, no permiten distinguir con claridad los contenidos del relato que responden a una fuente de origen externo o vivencial, de aquella de carácter interno o producto del pensamiento o fantasía.
- c. La **hipótesis de la Incapacidad** alude a la falta de capacidad del

²⁰ Artículo 314 del Código Procesal Penal.

²¹ Para mayor abundamiento en la descripción de las hipótesis recurrir a: Offe, Heinz (2000). Anuario de Psicología Jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. España.

evaluado para dar cuenta de forma fidedigna de los hechos por el evaluado se refieren efectivamente a hechos vividos o experimentados.

que realmente han sido vividos de los imaginados. Esta situación se puede producir por alteraciones psicopatológicas, distorsiones involuntarias, déficit cognitivo, interferencias defensivas, entre otras.

- d. Por último, está la **hipótesis de la Verdad**: ésta dice relación con la consideración probabilística de que los hechos relatados por el evaluado se refieren efectivamente a hechos vividos o experimentados.

Antecedentes de investigaciones y publicaciones nacionales e internacionales

Previo a enumerar las múltiples investigaciones y publicaciones respecto de la evaluación psicológica de la credibilidad del testimonio, creemos adecuado realizar un breve comentario sobre lo que entendemos por “validar” una metodología como la abordada por el presente documento.

Dada la libertad de prueba consagrada expresamente en nuestro Código Procesal Penal en su artículo 295, permitiendo que los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso puedan ser probados por “cualquier medio” producido e incorporado en conformidad a la ley, le queda a los jueces la prodigiosa tarea de valorar innumerables medios probatorios surgidos de las más diversas ciencias auxiliares en el proceso penal.²²

En este sentido, y dado que el tribunal debe valorar en libertad la prueba rendida en audiencia de juicio oral, otros sistemas procesales han optado por utilizar criterios discriminadores a fin de determinar la validez científica de las metodologías expuestas por los peritos²³. Esta necesidad de establecer un conjunto de “medios de interpretación adecuados” o criterios estándares para ponderar de forma objetiva y replicable, en diferentes contextos judiciales, los resultados de los informes presentados por expertos al servicio de los abogados defensores y acusadores, determinó la sistematización de las exigencias a los procedimientos periciales.

²² Para mayor abundamiento ver páginas 15 a 17, y anexos i y ii.

²³ Al respecto, resulta necesario explicitar que dichas enmiendas o criterios asumidos por otros sistemas legales no han sido asumidos por el nuestro, por tanto no son obligatorios en Chile como norma.

En la sentencia del caso De Luca (1990)²⁴ se planteo por primera vez la cuestión de la unanimidad de la comunidad científica relevante como criterio de fiabilidad para aplicar a los procedimientos periciales, constatando la ausencia de estándares normativos en las leyes procesales que permitieran al juez decidir al respecto de si la revisión por pares y la publicación en revistas profesionales constituyen garantías al respecto.

El año 1993, la Corte Suprema de EEUU dictó su ya famosa sentencia Daubert, en la cual, no pronunciándose sobre lo sustantivo del caso, definió una serie de normas apropiadas para decidir sobre la admisibilidad de las evidencias expertas, de diversas disciplinas, que pueden ser presentadas en juicio.

30

El único gran precedente legal que existía hasta entonces en la jurisprudencia federal sobre la cuestión de los estándares de admisibilidad de evidencia experta, era una antigua sentencia de 1923, en el caso Frye contra EE.UU., donde la Corte Suprema tuvo que decidir sobre la pretensión de un acusado de emplear un tipo primitivo de detector de mentiras para tratar de exonerarse de una acusación criminal. En la sentencia Frye la Corte Suprema determinó que en el caso de evidencias científicas “de carácter novedoso”, éstas sólo podrían ser admitidas como pruebas en un juicio legal cuando hubiesen sido previamente aceptadas de forma general como hechos incontrovertidos o técnicas fiables por la comunidad científica relevante. Posteriormente, la resolución de otro caso en 1976 (El Pueblo contra Kelly), dio paso al denominado estándar legal Frye/Kelly para la admisión de evidencia científica novedosa en un juicio, que constaba de tres criterios de evaluación:

1. que quede establecido, mediante testimonio experto, que los métodos científicos empleados en la producción de la evidencia
 2. son generalmente aceptados como fiables dentro de la comunidad científica relevante;
- que el experto que presente testimonio ante el tribunal esté adecuadamente cualificado como experto para opinar sobre el tema;

²⁴ Izquierdo, Javier (2004). Lo falso auténtico: cosas en personas. Contribución preliminar al Seminario Los soportes de la materialidad. UNED, España.

3. que el ponente de la evidencia científica demuestre específicamente que en el caso en cuestión se emplearon procedimientos científicos correctos para producirla.

En la sentencia Daubert, la Corte Suprema de EE.UU. extendió el estándar Frye/Kelly a objeto de establecer la obligación por parte de los tribunales de evaluar el carácter legalmente admisible, o no, de la evidencia científica presentada por las partes en un juicio, en base a un procedimiento legal objetivo en el que se tengan en cuenta los resultados arrojados por un conjunto de cuatro pruebas de fiabilidad socio-cognitiva de la información científica:

1. determinar si la teoría o técnica había sido puesta a prueba con anterioridad;
2. determinar si los resultados del estudio han sido publicados previamente en revistas científicas y sujetos a un procedimiento de revisión por pares;
3. determinar si se conoce para ellos un margen de error ;²⁵
4. determinar si la teoría o la técnica se halla generalmente aceptada en la comunidad científica relevante (criterio Frye).

Al respecto, en nuestra realidad nacional, se podría entender que los principales organismos periciales públicos (SML, CAVAS, LABOCAR, LACRIM, SENAME) constituirían la llamada comunidad científica relevante, toda vez que son los organismos auxiliares de la administración de justicia, quienes bajo la normativa vigente realizan peritajes en las investigaciones penales.

Por otra parte, en el caso específico de la disciplina psicológica, se podría entender que esta **comunidad científica relevante** también se encuentra refrendada por la comunidad universitaria, quienes a través de sus programas de postgrado (UCH, PUC, UDP, UC, UV, UFRO, UST) contemplan el estudio de la psicología del testimonio y de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato.

²⁵ Al respecto, Undeutsch (1984), señala que “es extremadamente difícil establecer un único criterio, objetivo, independiente y fiable en una situación de campo”; ya que estas no permitirían un control absoluto de las variables que inciden en la valoración de la credibilidad. En este sentido, Arntzen (1983) afirmó que las simulaciones experimentales nunca podrán producir la significativa vivencia personal y emocional que es particularmente relevante en los casos de abuso sexual.

Otra forma de entender la validación de un procedimiento científico, dice relación con las publicaciones que sobre él existen, y el grado de controversia que estas mismas pudiesen generar. Al respecto, hemos decidido incluir en este apartado sólo una pequeña muestra de las principales publicaciones internacionales, a la vez que un breve listado de publicaciones e investigaciones desarrolladas en nuestro país.

Validación y publicaciones internacionales

Hasta el momento, el CBCA se ha investigado en Alemania, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Holanda, Israel, España, Colombia y Chile.

- Congreso Internacional sobre la Evaluación de Credibilidad (1989), en Maratea (Italia), auspiciado por la OTAN. Se presentaron los primeros trabajos empíricos sobre CBCA, así como la descripción y sistematización de Steller y Köhnken.
- Anuario de Psicología Jurídica (2000). Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.
- Max Steller y Claudia Böhm (2006). Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo alemán sobre la Psicología del Testimonio: balance y perspectiva. En Fabian, Böhm y Romero. Nuevos Caminos y Conceptos en Psicología Jurídica. Editorial Lit Verlag, Berlin.
- Josep Ramón Suárez López (2004). La Credibilidad del Testimonio Infantil ante Supuestos de Abuso Sexual: indicadores psicosociales. Tesis Doctoral, Universitat de Girona.
- Blanca Vázquez (coord., 2004). Abuso Sexual Infantil: evaluación de la credibilidad del testimonio, estudio de 100 casos. España: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- Aldert Vrij (2005). Criteria-Based Content Analysis: a qualitative review of the first 37 studies. En *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 11, No. 1, 3–41.
- Alonso-Quecuty, M. L. (1993). Interrogando a testigos, víctimas y sospechosos: La obtención de información exacta. En M. Diges, y M. L. Alonso-Quecuty (eds.), *Psicología forense experimental* (pp. 85-98). Valencia: Promolibro.
- Alonso-Quecuty, M.L. (1999). Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. *Papeles del Psicólogo*, 73, 36-40.

- Arce, R. y Fariña, F. (2005). El Sistema de Evaluación Global (SEG) de la credibilidad del testimonio: Hacia una propuesta integradora.
- En R. Arce, F. Fariña, y M. Novo (eds.). *Psicología jurídica* (pp. 101-118). Santiago de Compostela: Consellería de Xustiza, Interior e Administración Local.
- Arce, R. y Fariña, F. (en prensa). Evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal. En Consejo General de Poder Judicial (ed.), *Psicología del testimonio y valoración de la prueba pericial*. San Sebastián: Centro de Documentación Judicial.
- Blandon-Gitlin, I., Pezdek, K., Rogers, M. y Brodie, L. (2005). Detecting deception in children: an experimental study of the effect of event familiarity on CBCA ratings. *Law and Human Behaviour*, 29, 187-197.
- Cantón Duarte, J., y Cortés Arboleda, R. (1999): *Malos tratos y abuso sexual infantil: causas, consecuencias e intervención, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid*.
- Ceci, S. & Hembrooke, H. (2001). Expert witnesses in child abuse cases. *American Psychological Association*. USA.
- Ceci, S., Ross, D.F. & Tolia, M.P. (eds.) (1989). *Perspectives on children's testimony*. New York: Springer-Verlag. USA.
- Garrido, E. y Masip, J. (2004). La evaluación del abuso sexual infantil. En las Actas del I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red (CD-Rom). Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- Köhnken, G., Milne, R., Memon, A. y Bull, R. (1999). The cognitive interview: A meta-analysis. *Psychology, Crime and Law*, 5, 3-27.
- Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., Hershkowitz, I., Orbach, Y. y Hovav, M. (1997). Criterion-based content Analysis: a field validation study. *Child, Abuse & Neglect*, 21, 255-264.
- Mapes, B. (1995). *Child eyewitness testimony in sexual abuse investigations*. Clinical Psychology Publishing Company, Inc. USA.
- Masip, J. y Garrido, E. (2000). La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales. *Anuario de Psicología Jurídica*, 10, 93-131.
- Masip, J. y Garrido, E. (2001). La evaluación psicológica de la credibilidad del testimonio. En F. Jiménez (Ed.), *Evaluación psicológica forense 1: Fuentes de información, abusos sexuales, testimonio, peligrosidad y reincidencia* (pp. 141-204). Salamanca: Amarú.
- Piñeiro, A. (2005). Criterios empíricos de credibilidad y profesionales de la justicia. En R. Arce, F. Fariña y M. Novo (eds.). *Psicología jurídica* (pp. 213-221). Santiago de Compostela: Consellería de Xustiza.

- Raskin, D.C. y Esplin, P.W. (1991). Statement Validity Assessment: interview procedures and content analysis of children's statements of sexual abuse. *Behavioural Assessment*, 13, 265-291.
- Santtila, P., Roppola, H., Runtti, M. y Niemi, P. (2000). Assessment of child witness statements using criteria-based content analysis (CBCA): the effects of age, verbal ability, and interviewer's emotional style. *Psychology, Crime & Law*, 6, 159-179.
- Steller, M. y Köhnken, G. (1994). Análisis de declaraciones basados en criterios. En D. C. Raskin (ed.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales* (pp. 217-245). Bilbao: Desclée de Brouwer (Orig. 1989).
- Undeutsch, U. (1967). Beurteilung der glaubhaftigkeit von zeugenaussagen (Assesment of the credibility of witnesses statements). En U. Undeutsch (ed.), *Handbuch der psychologie, Vol. II: Forensische psychologie* (pp. 26-181). Göttingen: Verlag für Psychologie.
- Vrij, A. (2000). *Detecting lies and deceit: the psychology of lying and the implications for professional practice*. Chichester: John Wiley & Sons.
- Vrij, A., Edward, K., Roberts, K. P. y Bull, R. (1999, julio). Detecting deceit via criteria based content analysis, reality monitoring and analysis of non verbal behavior. *The First Joint Meeting of the American Psychology-Law Society and the European Association of Psychology and Law*, Dublin.
- Yullie, J. (ed.) (1988). *Credibility Assesment*, pp. 101-121. Dordrecht: Kluwer.
- Zaparniuk, J. Yuille, J. C. y Taylor, S. (1995). Assessing the credibility of true and false statements. *International Journal of Law and Psychiatry*, 18, 343-352.

Validación nacional

Publicaciones

- Lorena Contreras y Francisco Maffioletti (2001). Artículo: Valoración psicojurídica de credibilidad de testimonio. *PRAXIS*, N° 4, Ediciones Universidad Diego Portales.
- Alicia Espinoza (coord.) (2003). Libro: *Peritajes médico-legales en delitos sexuales*. Servicio Médico Legal.
- CAVAS (2004). Libro: *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: 16 años de experiencia*. Policía de Investigaciones de Chile.

- Ricardo Salgado, Enrique Chía, Hernán Fernández, Javiera Navarro y Antonia Valdés (2005) Libro: Protocolo para la evaluación psicológica pericial de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Publicado por el Servicio Nacional de Menores en conjunto con la Universidad Católica.
- Ana María Arón y equipo del Centro de Buen Trato Universidad Católica. Libro: Estudio peritajes psicológicos en Abuso Sexual Infantil.
- Francisco Maffioletti y María Isabel Salinas (2005). Libro: Manual estrategias de evaluación pericial en ASI. Publicado por el Servicio Nacional de Menores en conjunto con la Universidad Diego Portales.
- Christian Anker (2006). Artículo: Las pericias psicológicas y psiquiátricas y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en delitos sexuales. Boletín Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Ministerio Público.
- Protocolo Unidad de Maltrato y Psiquiatría Infanto-Juvenil (2007). Servicio Médico Legal.

Investigaciones²⁶

- Carolina Navarro (2006). Evaluación de la Credibilidad Discursiva de Niños y Niñas y Adolescentes Víctimas de Agresiones Sexuales”. Tesis para optar al grado de Magíster, Universidad de Chile. Santiago, 2006.
- María Isabel Salinas (2008). Tesis de Doctorado en Psicología, Universidad de Chile. estado: proyecto de tesis aprobado.

Clarificación de los conceptos Veracidad Y Credibilidad

Antes de abordar derechamente el sistema del SVA para la valoración de la credibilidad del testimonio, consideramos necesario establecer algunas distinciones conceptuales en miras a operar con un lenguaje común.

²⁶ Se han excluido las investigaciones de pregrado para optar al título de Psicólogo, y las investigaciones de postgrado que a la fecha se encuentran en curso.

Lo anterior se fundamenta en que algunos fallos de tribunales orales en lo penal²⁷, y otros destacados juristas e investigadores han elevado su crítica al sistema de evaluación de credibilidad de testimonio sin conocer mayormente sus fundamentos y metodología, extrayendo conclusiones sobre la base de premisas erróneas.

Mauricio Duce (2006, pp.3), en su texto La Prueba Pericial y su admisibilidad a Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal, hace un interesante análisis de la función de la prueba y del rol que le corresponde jugar a los peritos en el sistema de justicia criminal, pero al momento de referirse a la evaluación de la credibilidad de relato lo hace dentro de la advertencia del “riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces... situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, ... cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas sobre la misma”.

Respecto de este punto, es necesario realizar una distinción conceptual y operacional que permita aclarar que el objetivo de la pericia no es indicar si los hechos han sucedido efectivamente en la realidad, lo cual sería un elemento central en la convicción requerida por el tribunal para llegar a una sentencia condenatoria; sino mas bien el evaluar si el relato aportado por la víctima cumple, o no, con criterios preestablecidos de credibilidad. Como ya se ha dicho reiteradamente, aún cuando el perito en su conclusión pericial fuese más allá de lo que le permite su ciencia, su dictamen no es vinculante para el tribunal, formándose éste “su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”²⁸, y no sobre lo que determinado perito concluyó, siendo éste también objeto de valoración por parte del respectivo tribunal en cuanto a su idoneidad.

Para mayor abundamiento respecto del punto anterior, reproducimos extracto de la sentencia del TOP de Rancagua, la cual señala “...sin perjuicio de

²⁷ Ver por ejemplo sentencia del TOP de Rancagua del 17 de octubre de 2005. Causa RIT N° 107-2.005.

²⁸ Artículo 340 del Código Procesal Penal.

las conclusiones a que arribaron los peritos, la construcción de los estándares de credibilidad debe verificarse íntegramente en el juicio, de conformidad a lo establecido en el artículo 309 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 296 y 340 del mismo Código. [...] Es el tribunal, quien por mandato imperativo de los artículos recién citados, es llamado a analizar la credibilidad o falta de ella, de las personas- sean testigos o peritos- que declaren en estrados, función que no le es posible renunciar o delegar, sin perjuicio del carácter de referencia que pudiere otorgársele a las conclusiones del peritaje, fundamentalmente en este caso, para el fiscal en la etapa de investigación, pues, los dichos de los peritos, en cuanto se refieren, a su vez, a un relato proporcionado a ellos por la presunta ofendida de un supuesto hecho ilícito, necesariamente, para ser considerados como un antecedente probatorio de peso en el juicio, deben ser corroborados por otros, o cotejados con distintos medios de prueba, producidos todos ellos en la audiencia, de manera tal, que conlleven directamente a los sentenciadores a la certeza requerida para condenar” (el subrayado es nuestro).

De acuerdo a lo anteriormente planteado, corresponde precisar que el objetivo de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos. A ello se le denomina **credibilidad**, ya que apunta a la probabilidad de que los hechos hayan sucedido de la forma en que han sido relatados, en virtud de las características observadas y valoradas en el testimonio.

En definitiva, la valoración del perito estará enfocada a analizar la estructura y contenido del relato, aunque si bien es cierto considera como criterios de control la concordancia con la evidencia científica obtenida en el caso particular, esta sirve de sistema de validación y contraste de las conclusiones arribadas, no buscando con ello intentar establecer la real ocurrencia del hecho o detectar la contradicción entre lo relatado y la realidad de los hechos.

El análisis de la carpeta investigativa²⁹

La evaluación psicológica/psiquiátrica forense, entendida como la actuación de los profesionales en el foro o tribunal, en el contexto de la confección de informes periciales, es el proceso a través del cual el profesional psicólogo o psiquiatra, recopila y valora antecedentes con el fin de entregar una opinión debidamente fundamentada al Juez de Garantía o al Tribunal Oral en lo Penal.

En el entendido que la evaluación forense exige, entre otros, la recopilación y valoración de los antecedentes judiciales del evaluado, así como de los datos de la investigación, es que el análisis de los antecedentes, que constan en la carpeta de investigación del fiscal, cobra especial relevancia. Su estudio ha sido un tema ampliamente debatido, mientras algunos autores plantean que su lectura, previo a la evaluación, puede restar objetividad a la evaluación forense, no es menos cierto que el contexto forense, delimita características y requerimientos propios de éste tipo de actuaciones, diferenciándolas de este modo de otros ámbitos de acción, como el clínico, laboral o comunitario; donde lo que da origen a la evaluación es un proceso judicial.

En este orden de ideas, en el ámbito forense se considera esencial conocer todos aquellos aspectos contenidos en la carpeta de investigación del fiscal, que digan relación con los hechos investigados, antecedentes del imputado así como de los diferentes actores involucrados en el proceso, existiendo consenso entre los profesionales que se dedican a la labor pericial respecto de la importancia de contar previamente a la evaluación pericial con elementos que permitan una evaluación más completa y atinente a lo investigado.

Desde esta perspectiva, nos interesa tener una relación de los hechos constitutivos de delito que se investigan, ya que aportan una primera directriz en términos de orientar la exploración forense y posibilitar la selección de una metodología, así como de las técnicas a utilizar. Asimismo, es relevante

²⁹ Tomado de Rutte, M.P. y Maffioletti, F. (2006). Análisis Criminológico de los Antecedentes de la Investigación en el Contexto de la Evaluación Forense. Cuadernos de Psicología Jurídica N° 3. Asociación Chilena de Psicología Jurídica. Santiago de Chile.

conocer el contexto en que han tenido lugar los hechos, los medios de prueba que acreditarían la ocurrencia del mismo, así como los elementos propios del tipo de ofensa.

La lectura del expediente judicial o de la carpeta fiscal es un paso necesario e imprescindible en una evaluación pericial psicológica. Es nuestra opinión que debe ser leído previa a la realización de la pericia, siendo obligatorio cuando se cuenta sólo con una sesión. Cuando la evaluación se lleva a efecto en más sesiones, es posible que la lectura del expediente o compulsas se realice después de la primera sesión, para que ésta se realice a ciegas, vale decir con la mínima contaminación de antecedentes del proceso. Hay que aclarar que éste es un punto que tiene su propio control, toda vez que parte del trabajo y la especialización del perito consiste en dejar de lado los prejuicios y convenciones sociales respecto de hechos constitutivos de delito, posible personalidad del autor del mismo, circunstancias en que habitualmente ocurren, entre otros. En este sentido, el perito intenta observar la realidad del caso de la forma más objetiva, desprejuiciada, imparcial, libre de intereses y opiniones preconcebidas, incluso intentando dejar de lado la “experticia en el tema” en la medida en que ésta pueda llevarlo a confirmar las propias hipótesis de trabajo.

Por último, de acuerdo a lo planteado es posible sostener que la carpeta de investigación constituye una importante fuente de información, desde la cual los peritos pueden obtener antecedentes sociales, médicos, educacionales y psicológicos. Sin perjuicio de lo cual es necesario contemplar la naturaleza de éstos antecedentes, en el sentido de **no constituir prueba**, su valor probatorio será determinado por quien juzga, existiendo libertad en su valoración, es decir, no tiene un valor determinado a priori, cobrando relevancia sus características técnicas y capacidad del perito de crear convicción frente al Tribunal.

iii. El sistema de valoración del testimonio

Análisis de validez de contenido (SVA)

En el presente apartado se realizará una descripción de la metodología del SVA: “análisis de validez del testimonio”, argumentando el papel que este cumple dentro de nuestro actual sistema judicial, al ser una de las técnicas

más utilizadas por los organismos tendientes a evaluar credibilidad del relato en supuestas víctimas de delitos sexuales.

Antes de comenzar con lo propuesto, se estima necesario introducirnos en los orígenes de tal metodología. Esta corresponde a una integración de variados estudios y sistemas de evaluación, que datan sus aportes desde mediados del siglo pasado, reconociendo como su precursor al psicólogo Alemán Udo Undeutsch, quien postula, basado en una amplia experiencia acumulada, que un testimonio que deviene de un recuerdo de experiencia real difiere en contenido y calidad de aquellos relatos basados en fantasías o invenciones, aspecto por el cual fue elaborando una serie de criterios de realidad bajo la hipótesis antes mencionada.

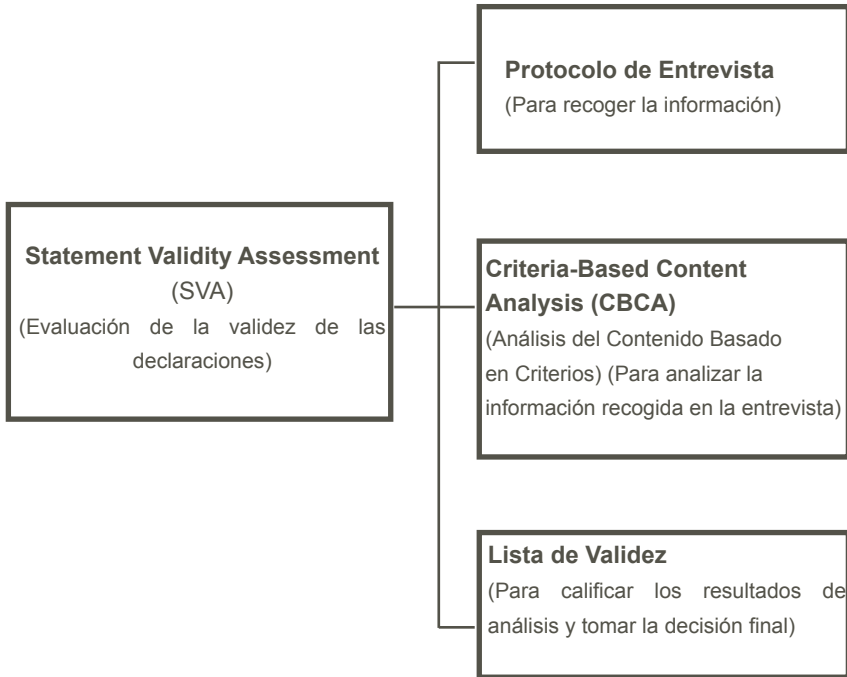
40

Juárez López (2002)³⁰, aclara que esta metodología, de acuerdo a Steller (1989), no se trata de un test o una escala estandarizada, sino que refiere a un método o sistema semi-estandarizado. De la misma manera, Salgado, Chía, Fernández, Navarro y Valdés (2005)³¹, manifiestan que tal evaluación, apunta a la credibilidad de un relato en particular y no a la credibilidad general del niño(a), así como tampoco a su capacidad de enjuiciar críticamente la realidad.

³⁰ Juárez, J. La Credibilidad del Testimonio Infantil Ante Supuestos de Abuso Sexual: Indicadores Psicosociales. Tesis para optar al grado académico de Doctor en Psicología. Universitat de Girona. España, 2002.

³¹ Salgado, R; Chía, E; Fernández, H; Navarro, J; y Valdés, A. Protocolo para la Evaluación Psicológica Pericial en Delitos Sexuales Contra Niños, Niñas y Adolescentes. Programa de Educación para la No-Violencia, PUC, Servicio Nacional de Menores. Santiago, Chile: LOM Ediciones. 2005.

En cuanto a su composición, esta metodología contempla tres etapas, las cuales son: Entrevista semiestructurada, el Análisis de Contenido Basado en Criterios y la aplicación de la Lista de Validez.



De acuerdo a la revisión de la bibliografía especializada en la temática, tanto a nivel nacional como internacional, se concluye que para su aplicación se necesita de manera obligatoria la utilización de los tres componentes. A continuación, se describirán cada una de sus fases constitutivas:

La entrevista forense

Su objetivo principal se centra en responder la pregunta psicolegal, enmarcándose dentro del ámbito jurídico. Este consiste en obtener la mayor cantidad de información posible de la situación referida al motivo de evaluación (por ejemplo: qué ocurrió; a quién señala la víctima como agresor, y si pudiesen existir otros agresores; cuándo habría ocurrido, dónde y cómo; si hubo utilización de fuerza, intimidación, amenazas, coacción o coerción; si se fue incrementando o variando el contacto sexual, entre otros.). Lo anterior, sin sesgar o influir en las respuestas del niño(a) mediante preguntas sugestivas.

La entrevista forense se caracteriza por ser semiestructurada, dado que busca obtener un relato respecto del hecho investigado, produciendo en un comienzo una narración libre, que contemple la evitación de una posible interrupción por parte del entrevistador. No obstante, posterior al relato es recomendable ir realizando preguntas abiertas y focalizadas (esta última se refiere a preguntas orientadas a un aspecto concreto del relato) tendientes a indagar en mayores detalles que el niño(a) ya ha proporcionado, y en ciertos casos finalizar la entrevista con preguntas cerradas, en la medida que se hace necesario establecer alguna información que no haya sido explicitada adecuadamente o que el niño(a) haya entrado en aparente contradicción con algún contenido.

En este contexto, tal como plantea la Lista de Validez, mientras menos interferencias realice el entrevistador, mayor valoración va a tener el resultado final de la evaluación en su globalidad, más aún cuando la entrevista es la primera parte del proceso del SVA, y es la fase que dará la pauta al análisis de los criterios y posteriormente a la lista de validez.

Dado que no todos los niño(a)s presentan una misma capacidad narrativa, ya sea por variables tales como la edad cronológica, destrezas cognitivas, comunicativas o simplemente por determinados rasgos de personalidad en formación, así como vinculados a aspectos contextuales y de

relación con el entrevistador entre otros; es preciso señalar que la obtención de un relato inicial libre y extenso puede verse dificultada. En ese sentido, es posible (y no menos frecuente) que se obtenga inicialmente un relato escueto, en cuyo caso la narración debe facilitarse a través de la realización de preguntas u otros medios (juego o dibujo) como parte de un proceso indagatorio. En este contexto cobra particular relevancia la experticia del evaluador.

Para manejar todas las variables que influyen en la construcción de un testimonio se han generado una serie de guías o protocolos de entrevistas para casos de delitos sexuales de niños. La más conocidas son la entrevista cognitiva³² (Fisher, R. 1994), la entrevista paso a paso³³ (Yullie, J. 1993), el protocolo de Nichd³⁴ (Lamb, M. 1998).

Como se mencionó anteriormente, el modelo de entrevista recomendable para la realización de una pericia de credibilidad del testimonio es la entrevista semiestructurada, dado que mediante ésta se obtienen relatos con mayor validez y exactitud. Es importante también señalar que el éxito de la entrevista se relaciona con las habilidades y grado de motivación de la víctima para colaborar, el tiempo que ha transcurrido desde el delito y el grado de victimización asociado al mismo; no pudiendo establecerse conclusiones categóricas en un caso particular tomando en cuenta sólo uno de estos factores.

Como principio general debemos considerar que las entrevistas en estas materias deben seguir una secuencia predeterminada, con pasos que no pueden saltarse. Como se ha demostrado en diversas investigaciones la narración libre de los hechos es la forma en que el testimonio es más exacto, con menos contaminación y, por tanto, más válido. Para lograr esta instancia comunicativa debe preceder al interrogatorio actos que principalmente sientan una base de confianza y de interacción entre el entrevistador y la víctima denominada *rapport*³⁵.

32 Ver Raskin (1994), capítulo 6, pp. 169-188.

33 Ver Cantón y Cortés (2000), pp. 131-132.

34 Ver Salgado et al. (2005), anexo3, pp. 105-108.

35 El *rapport* se refiere a la relación armoniosa entre el informante y el entrevistador. Significa desarrollar un sentido básico de confianza lo cual permite el flujo de información desde el informante a su interlocutor. Podría decirse que es un espacio que hay entre la indiferencia y la intimidad

Como sugerencia, los pasos a seguir en este tipo de entrevistas se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Generación de Rapport y establecimiento de encuadre de trabajo

Es fundamental que la víctima experimente confianza y cierto nivel de seguridad con el entrevistador, a esto se le llama Rapport. Esto incide directamente en la cantidad y calidad de información que vamos levantando de los hechos denunciados y evita fenómenos como la sugestión, los falsos recuerdos y la contaminación en el material evocado.

El *encuadre* de trabajo se refiere a generar ciertas circunstancias invariantes en la entrevista que garantizan que un proceso de evaluación recoja aquellos aspectos que se ha propuesto hacer. En el caso de las entrevistas en delitos sexuales es importante:

44

- Pedir a la víctima-niño/a tratar de diferenciar los conceptos entre verdad o mentira, y entre hechos imaginados y reales. Hay que instar al niño a decir la verdad³⁶.
- Se aclara que el evaluador puede hacer varias veces la misma pregunta, y se aclara que eso no significa que uno no le cree o que no ha respondido adecuadamente. Esta consigna debe ser hecha de manera explícita.
- Decirle al niño que nos puede corregir en aquellos enunciados que vamos realizando de los hechos.
- Explicar que pueden haber preguntas difíciles y otras fáciles, y que no se espera que se recuerde de todo. Esto evita que la víctima responda aspectos inexistentes por el fenómeno de deseabilidad social, fenómeno en el cual el entrevistado contesta aquello que cree los otros esperan de él.
- Se favorece la complejión, es decir se le pide a la víctima que trate de recordar la mayor cantidad de detalles: (por ejemplo: “por favor no elimines nada aunque parezca obvio o no relevante”. Esto es potenciar datos específicos de información (por ejemplo apariencia física del agresor, nombres que se vinculan a la agresión, características del habla, etc).

³⁶ Ver Protocolo NICHD 3.0 de Lamb y otros

- Seguidamente se le anima al niño a hablar de sus actividades escolares, familiares, sus amigos, hobbies o programas de televisión favoritos. Este es un buen momento para disipar la conversación con el niño y modular ciertos afectos como la alegría, la entretención, etc. Esto es conversar de temas neutros apropiados a la edad del niño.
- Mientras el niño conversa se puede solicitar que relate un determinado suceso neutro (año nuevo, fiestas patrias o cumpleaños) evaluando así su capacidad narrativa. Algunos de estos aspectos deberán ser resueltos posteriormente en la entrevista psicológica. Se sugiere por lo general que el niño relate dos hechos neutros. De la misma manera, se establece una línea base del funcionamiento del niño(a) en distintos ámbitos, tales como: capacidad lingüística, desarrollo cognitivo, estilo comunicacional, orientación temporo-espacial, además de posibles alteraciones del pensamiento, entre otros. El conocimiento de este nivel permitirá posteriormente contrastar la forma en que el niño(a) evoca y se refiere a eventos neutros en contraste con el evento que se pretende explorar
- Lo ideal es vídeo-grabar la entrevista, o por lo menos registrarlas en audio. Esto debe ser informado debidamente a los intervinientes y asegurarle que el registro será utilizado de manera confidencial.

2. Fase sustantiva.

La idea es que a través de la generación de rapport se produzcan informes espontáneos sobre el abuso. Esto ha sido llamado Narración Libre la que ha demostrado ser la forma más exacta y válida de obtener la información.

Cuando es necesario precisar en los hechos las preguntas deben ir de las más generales a las más específicas. Las preguntas generales generalmente no cuestionan el relato pero puede generar pocos detalles, a su vez las preguntas cerradas o dirigidas pueden generar más detalles, pero existe mayor probabilidad de sugestionar el relato.

Puede ser necesario ir concentrándose poco a poco en ciertos aspectos de la situación central relatada. Esto se llama **focalización progresiva** donde se centra la atención de la víctima en personas, sucesos, espacios que realzan o complementan el relato sustancial de la agresión. En general se puede

introducir una posterior pregunta abierta, guiando la atención y memoria.

3. Clarificación

En la clarificación se apunta a generar una organización en el desorden discursivo, a fin de resaltar o recortar los elementos significativos de este. La base de la clarificación está en la reformulación sintética del relato. La víctima aprende a observar selectivamente los acontecimientos de los hechos denunciados desde un punto de vista lógico consecucional. Esto mejora el potencial cognitivo que existe del evento.

La forma más común de clarificar es haciendo preguntas cerradas directas, en ellas se hacen referencias a conductas o acciones asociadas directamente al hecho abusivo. Son especialmente útiles cuando la narración se hace de una manera muy concreta y poco detallada, o se hace necesario aclarar ciertos puntos incoherentes o inconsistente. Después de hacerlas se debe terminar su utilización haciendo una pregunta abierta.

46

Una forma más extrema de especificar detalles es a través de preguntas si/no. Ellas entregan una información exacta, pero pueden conducir fácilmente a error, especialmente por el fenómeno de deseabilidad social. Este tipo de preguntas deben utilizarse generalmente en la fase final y para corroborar la identificación del agresor y aspectos específicos de la agresión. No es recomendable utilizarlas en la fase inicial ya que son altamente sugestivas y afectan la validez del testimonio.

4. Cierre de la entrevista.

Es necesario realizar un cierre formal de la entrevista. Esto ayuda a disminuir los niveles de angustia que se pudieron haber generado durante la entrevista.

Hay que tener presente que en todo momento se debe considerar el desarrollo cognitivo del niño(a), por cuanto el solo hecho que sea capaz de relatar el evento en sí, no quiere decir que sea capaz de ubicar los sucesos en el tiempo, pues su vivencia de la temporalidad no tiene nada que ver con la de los adultos. Por lo general, los acontecimientos significativos suelen ayudar a los niños(as) a situar los sucesos en el eje temporal, como una fecha de cumpleaños, vacaciones, entre otros.

Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA)

La presente fase, corresponde a la determinación de la presencia o ausencia de 19 criterios, los cuales fueron sistematizados en el año 1989, en Alemania por Steller y Köehnken, argumentando que tales criterios podrían diferenciar narraciones producto de experiencias reales de las que no lo son. El procedimiento consiste en determinar si se constatan, y de que modo, los 19 criterios de credibilidad en el relato.

Se sugiere que la entrevista sea grabada o registrada literalmente por escrito, por cuanto permitirá no solo revisar de manera reiterada el testimonio en beneficio de un mejor análisis, sino que tal relato permitirá que sea sometido al análisis de un segundo perito, contribuyéndose así a una mayor objetividad y evitación de una posible revictimización en el niño(a).

Si bien hay autores (Lamers y Buffing; 1996) que consideran al análisis de Contenido (CBCA) como la parte más importante de la metodología del SVA, queremos destacar que la valoración de la presente metodología se realiza a nivel global considerando igualmente relevantes sus tres fases, encontrándose estas interrelacionadas para su posterior análisis.

Estos criterios, se agrupan en cinco categorías de acuerdo a determinados aspectos. Corresponden a los siguientes, según la literatura especializada en el tema:

Características Generales

Estructura Lógica: El objeto de este criterio se basa en examinar la coherencia contextual, consistencia lógica y la homogeneidad espacio temporal. Se determina su presencia cuando la narración entregada por el niño(a) tiene sentido global, es decir presenta una lógica y coherencia interna, denotándose un hilo conductor a lo largo de todo el relato, siendo sus partes no contradictorias entre sí, sino que combinándose en una totalidad, la cual resulta comprensible al evaluador.

Elaboración no Estructurada: Este criterio se basa en como un relato basado en una experiencia real posee componentes desestructurados, con

poca linealidad y con digresiones cronológicas, pero destacándose que pese a una desorganización aparente, los diferentes segmentos argumentales poseen una coherencia. Así, tal criterio se presenta cuando la narración se encuentra dispersa, desde el principio hasta el final, no obstante, manteniendo un eje temporal coherente.

Presencia de Detalles: De acuerdo a la literatura especializada, este criterio se cumple ante la abundancia de detalles, por cuanto, los relatos basados en percepciones (estímulos externos), generalmente presentan mayor cantidad de detalles, apuntando aquello a la credibilidad de la narración, debido a que los relatos inventados difícilmente podrían manifestarse con muchos detalles. Sin embargo, un aspecto a destacar se refiere a que la presencia de determinados detalles adquieren mayor valoración que otros, especialmente los de origen sensorial (visual, auditivo, táctil, entre otros), los cuales otorgan mayor credibilidad, aun cuando no se presenten de manera abundante.

48

Referente a los criterios antes mencionados, Salgado, Chía, Fernández, Navarro y Valdés (2005) mencionan que la ausencia de los criterios “Estructura Lógica” y “Elaboración no Estructurada” indican falta de credibilidad y, por tanto, aconsejan no continuar con el análisis. No obstante, respecto del criterio “Elaboración Inestructurada”, la ausencia de tal criterio no adquiere la misma valoración que el primero, por cuanto, si un evento se experimenta con cierta regularidad (abuso sexual crónico o sistemático), la narración puede presentarse de manera estructurada ajustándose a lo que se menciona como memoria re-episódica. Del mismo modo, Vázquez (2004), cita un estudio de Yuille (1988), en el cual los criterios “estructura lógica” y “elaboración no estructurada” serían claves para determinar la credibilidad de la declaración.

³⁷ Nota de los autores.

Contenidos Específicos

Adecuación Contextual: Este criterio se cumple cuando el evento que describe el niño(a) en su relato, contiene información atinente a las coordenadas espacio-temporales en las que ocurrió el evento, de acuerdo a la capacidad cognitiva del niño(a). De esta manera, el suceso abusivo no es un evento aislado en la vida del niño(a), sino que se debe ajustar dentro de su cotidianidad en cuanto a horarios, actividades, espacios, hábitos y relaciones con su entorno, entre otros.

Descripción de Interacciones: Este criterio está presente cuando en la narración se hace referencia a las acciones y reacciones entre la víctima y el victimario, o bien con terceras personas, las cuales constituyen una cadena mutuamente dependiente que pueden ser reproducidas por el niño(a). Cabe mencionar que este criterio debe poseer la siguiente característica: debe darse una acción, reacción y otra reacción en respuesta a esta última.

49

Reproducción de Conversaciones: Este criterio dice relación con la incorporación de una interacción verbal específica, en la que el niño(a) utiliza el mismo lenguaje y modo empleado por los hablantes, configurando un diálogo en el cual se expliciten los interlocutores. Lo anterior, independiente de la extensión de la misma, la cual podría estar determinada por el tipo de relación o abuso reseñado.

Complicaciones Inesperadas Durante el Incidente: Este criterio dice relación con la mención espontánea por parte de la presunta víctima, de situaciones imprevistas que complican o detienen el curso o finalización de la agresión descrita. En este sentido, en el transcurso del evento abusivo existe la posibilidad que se presenten ciertas situaciones que compliquen o detengan el curso o finalización del suceso mediante situaciones imprevistas, tales como una distracción del agresor, una llamada telefónica, entre otros. Por tanto, este criterio se cumple si en la declaración aparecen detalles relativos a situaciones imprevistas que surgieron en el momento del evento descrito.

Peculiaridades del Contenido

Detalles Inusuales: Este criterio se refiere a la presencia de detalles poco comunes de consignar, salvo en una situación de agresión sexual, al considerársela muy por sobre la capacidad de invención del niño(a), particularmente en el caso de niños muy pequeños. Es decir, se refiere a la mención de aspectos concretos

mencionados por el evaluado, ya sea en relación con el agresor, espacio físico o de la situación en sí, y que hace referencia, por ejemplo, a objetos que pueden resultar sorprendentes o extraños, aunque no irreales.

Detalles Superfluos: Este criterio se refiere a la mención de detalles recordados por el niño(a) que no forman parte del curso de los acontecimientos abusivos, o no se relacionan directamente con éste, sino que son periféricos y poco relevantes para apoyar la acusación. Lo anterior, en tanto que al mentir generalmente no se inventan detalles irrelevantes que no contribuyan a afirmar el evento, por su irrelevancia y grado de dificultad que implica para la memoria este ejercicio.

Incomprensión de Detalles Relatados con Precisión: Este criterio se refiere a la narración de detalles que por la experiencia del niño(a), o sus escasos conocimientos sexuales, no le resultan comprensibles, pero que no obstante, el adulto es capaz de entender de manera certera. Cabe destacar en este punto, la particular percepción del niño(a) en el desarrollo de la “vivencia”, además del especial énfasis que debe colocar el evaluador ante una posible motivación en el niño(a) por hacer cumplir tal criterio, adquiriendo mayor valoración en párvulos o niños(as) de edad cercana, aludiéndose a sus habilidades cognitivas para la incomprensión de tales eventos.

Asociaciones Externas Relacionadas: Corresponde a verbalizaciones en las que el niño(a) hace referencia a situaciones ajenas al evento abusivo en sí, pero vinculadas con éste; por ejemplo, conversaciones previas con el agresor que sean de connotación sexual. Cabe destacar que la asociación es externa al suceso, pero está relacionada a ella por su contenido.

Alusiones al Estado Mental Subjetivo del niño(a): Este criterio dice relación con la referencia espontánea que el niño(a) efectúa respecto a sus emociones, temores o pensamientos, experimentados por él o ella durante el episodio abusivo; así como los cambios experimentados de dichos estados subjetivos durante el transcurso del evento.

Atribuciones al Estado Mental del Agresor: Categoría que hace referencia a la verbalización que el niño(a) efectúa respecto de los pensamientos, sentimientos o motivos que el menor atribuye al agresor durante el episodio abusivo.

Contenidos Referentes a la Motivación

Correcciones Espontáneas: Este criterio se refiere a las correcciones que el niño(a) realiza de manera espontánea a su relato, lo que alude a un relato flexible y que se contradice con un relato ficticio, el cual se apreciaría probablemente rígido y mecanizado, por cuanto, una persona que miente, generalmente no varía su testimonio ni siquiera para mejorarlo.

Admisión de Falta de Memoria: Este criterio se manifiesta en los segmentos del relato donde el niño(a) reconoce la incapacidad de evocar todos los aspectos que habría percibido, a través de verbalizaciones que expresan dicha dificultad. Esto es realizado libremente, en lugar de aferrarse de manera tenaz a un discurso aprendido, como suele ocurrir en relatos no basados en percepciones externas. Por tanto, si un niño(a) confiesa no recordar algún dato, apuntaría más a la credibilidad de la declaración que a otra de las hipótesis.

Plantear Dudas sobre el Propio Testimonio: Criterio que alude al planteamiento de la posibilidad de la existencia de imprecisiones sobre aspectos de su propio testimonio, constituyéndose como un índice de credibilidad, por cuanto se considera esperable que una persona que presenta un relato ficticio no vacilará acerca de lo que está queriendo afirmar.

Autodesaprobación: Este criterio se refiere a la incorporación de elementos autoincriminativos o desfavorables, siendo este un indicio de credibilidad, en tanto producto del estilo de razonamiento infantil y de la ambivalencia a la figura agresora, generalmente las víctimas de abuso sexual se refieren a sí mismas con algún grado de responsabilidad en el evento acontecido, señalando frases tales como por ejemplo: “no debí haber aceptado ir con él” o “si hubiese hecho caso a....”.

Perdón al Agresor: Este criterio se cumple cuando se presentan en la narración del niño(a), reacciones acerca de un sentido de perdón, disculpas o justificación al agresor. Este criterio se considera muy comprensible, primordialmente en la dinámica de abuso sexual intrafamiliar, en que el agresor es una figura significativa para el niño(a), pues de manera ambivalente se podría esperar preservar el vínculo a pesar de lo sucedido.

Elementos Específicos de la Ofensa

Detalles Característicos de la Ofensa: Este criterio se refiere a la discriminación por parte del evaluador acerca de si el testimonio se corresponde y se enmarca con datos criminológicos y dinámicas psicológicas acerca de este tipo de delito particular; o si más bien corresponde al estereotipo social que se maneja con respecto a una situación de abuso.

Análisis y valoración de los criterios de validez del procedimiento

Si bien los autores describen la siguiente fase de análisis denominándola “Listado de Chequeo de Validez”, se estima más apropiada la designación de “Análisis y valoración de los Criterios de Validez”, dado que no se busca orientar la utilización de estos parámetros como lista dicotómica de chequeo adicional. Por tanto, tal metodología debe adecuarse a las características psíquicas del niño(a), debiendo ser aplicada por un experto en la materia, evitando así la aplicación de esta metodología como un check-list. Así, se considera que cada criterio debe ajustarse a un conjunto de requisitos y de variables influyentes considerados en los criterios de validez, para que de esta forma los resultados se presenten sobre la base de características personales del examinado, constituyéndose en una evaluación enmarcada en la valoración clínica.

Así, los puntos contemplados en la lista de chequeo corresponden a 11 aspectos diferenciados en 4 categorías:

Características Psicológicas

Lenguaje y Conocimientos Adecuados: Este punto se refiere a las habilidades cognitivas del niño(a), así como su capacidad de expresión y el conocimiento que muestra en el ámbito sexual, encajándolo como esperable o no a su edad y experiencia. Destaca que para valorar adecuadamente este punto se debe considerar la evaluación previa de sus capacidades cognitivas, con el objeto de indagar si ha tenido acceso a información de naturaleza sexual.

Adecuación del Afecto: Este punto se refiere a si las expresiones emocionales durante la entrevista son las predecibles a este tipo de situaciones. Sin embargo, destaca que cada niño reacciona de forma particular de acuerdo a sus características de funcionamiento, por lo que en ocasiones las víctimas

pueden presentar una alta expresividad emocional, o también podría ser esperable un estilo inhibido o disociado. Por tanto, de ahí radica la importancia de establecer la línea base de funcionamiento del entrevistado ante situaciones de su cotidianeidad y la importancia de la experticia del evaluador, para poder discriminar expresiones emocionales genuinas de las simuladas.

Susceptibilidad a la Sugestión: Este punto da cuenta de la valoración que se realiza durante la entrevista respecto a si el niño(a) ha aceptado sugerencias del entrevistador o que tan susceptible puede ser ante algún tipo de influencia. No obstante, se menciona que el niño(a) al aceptar una sugestión durante la entrevista, no indica necesariamente que la alegación no sea válida, de la misma manera, si no es permeable al influjo externo no implica linealmente un relato valido.

Características de la Entrevista

Preguntas Sugestivas o Coercitivas: Este punto se refiere si durante la entrevista se realizaron preguntas sugestivas o que inciten o guíen al niño respecto a las respuestas que debe o no debe decir. De ahí radica la importancia del tipo de preguntas que se realizan durante la entrevista, dando preponderancia a las preguntas abiertas que inciten al relato libre y espontáneo.

Adecuación Global de la Entrevista: Este punto se relaciona con el anterior respecto a si la entrevista ha seguido las directrices del Sistema de la Validez de las declaraciones. De la misma manera, se deben considerar las posibles hipótesis y si es que durante la entrevista no ha quedado información sin ser consultada, si se ha considerado también la capacidad testimonial del entrevistado, su estado mental, y el ambiente físico en el cual se desarrolla la entrevista.

Motivación para Informar en Falso

Motivos para declarar: Este punto busca valorar si con la información que se tiene del caso pueda pensarse que hay razones que justifiquen una acusación legal.

Contexto de la Revelación: Este punto se considera importante, por cuanto

si es el niño(a) el que revela la información a alguien de su entorno, la validez se ve reforzada, en contraste con situaciones en las que es el adulto el que revela el hecho, sobre todo si este puede beneficiarse del evento. De la misma manera, se deben considerar variables tales como el entorno en el cual se hace la develación, a quien se la realiza, vinculación con esta persona, si es tipo directa o indirecta, espontánea o accidental, tardía o temprana, entre otros.

Presiones para Informar en Falso: Se refiere a la valoración de una posible influencia ejercida sobre el menor para que realice la denuncia. En conjunto con lo anterior, se hace indispensable apreciar variables del contexto y de la develación, entre otros.

Cuestiones de la Investigación

54

Consistencia con las Leyes de la Naturaleza: Se refiere a si los acontecimientos descritos son realistas o contrarios a las leyes de la naturaleza, indicando este último punto la factibilidad de ser producto de una fantasía, o producto de alguna alteración del pensamiento.

Consistencia con otras Declaraciones: Corresponde a la apreciación que realiza el perito acerca de la correspondencia o contradicción de las declaraciones previas, o si se contradice abiertamente en elementos relevantes con las declaraciones de otros intervinientes o testigos. Cabe resaltar que cuando un menor relata en varias ocasiones eventos que realmente ha vivido, se podría esperar que no haya una consistencia total entre declaraciones, sin embargo, se dará puntos en común en el acontecimiento central, el papel desempeñado por el niño(a) y el lugar de los hechos.

Consistencia con Otras Pruebas: Este punto se refiere a lo necesario de contrastar la información obtenida en la entrevista con datos del caso (pruebas médicas, pruebas del que el presunto agresor no podía estar donde el niño dice, entre otros). De ahí la importancia del análisis del expediente como un elemento preponderante en la realización de la pericia. Aspecto que da cuenta del resultado de la contrastación de la información obtenida en el relato con otros antecedentes criminológicos y criminalísticos

Categorías conclusivas

En cuanto a las posibilidades de categorización de los resultados obtenidos, diversos autores proponen la asignación de rangos vinculados a puntajes obtenidos en la tabulación de los criterios del CBCA. Una de estas clasificaciones es la que hacen Alonso-Quecuty (1999) o Blanca Vázquez (2005), entre otros, quienes intentan generar tramos graduales de credibilidad en la cual se ubica una valoración particular.

Una limitación habitual para los profesionales que realizan valoraciones de credibilidad es considerar que la categoría cuantitativa obtenida según el análisis de los criterios de realidad del CBCA constituye o es equivalente a la conclusión final de la pericia, desvirtuándose con esto la metodología del SVA.

Sin perjuicio de las clasificaciones anteriormente referidas, y de los resultados específicos obtenidos en el CBCA, los participantes de la Mesa de Credibilidad, proponen para llegar a una conclusión la utilización del SVA (con sus tres elementos, es decir, entrevista semiestructurada, CBCA y listado de validez), llegando en definitiva a una convicción pericial que se expresa en una de las categorías aquí propuestas.

- **Creíble:** en aquellos casos en que la evaluación del testimonio cumple de manera coherente con los tres elementos del SVA; por ejemplo: un relato con suficientes criterios de realidad, según CBCA, con una entrevista realizada por un perito idóneo y con un testimonio válido.

- **No Creíble:** en aquellos casos en que la evaluación del testimonio no cumple, o lo hace de manera insuficiente, en al menos dos de los tres elementos del SVA. En este caso, cabe destacar que la cantidad insuficiente de criterios de realidad en el CBCA, no es por sí mismo un indicador de no credibilidad, debiendo ser considerada en conjunto con otros elementos característicos del delito investigado y de ese niño(a) en particular (ver excepciones de la aplicación de credibilidad del relato).

- **Indeterminado:** en aquellos casos en que el testimonio no permite establecer la presencia de los criterios de realidad (no hay relato o existe un relato muy breve que no permite la aplicación del CBCA) o existiendo criterios orientadores de credibilidad en CBCA, está comprometida la validez del procedimiento. Esta categoría alude a que no es posible que el perito se pronuncie acerca de la credibilidad de acuerdo a la metodología aplicada (SVA). La conclusión pericial basada en la convicción del perito debe explicitar este aspecto.

En este sentido, la clasificación propuesta, se establece sobre la base de múltiples consideraciones de tipo forense y procesal; y pretende arribar a una conclusión integradora y clarificadora -respecto de aspectos complejos evaluados en la pericia- que facilite a la tarea a aquellos encargados de administrar justicia. La propuesta entregada por los participantes de esta Mesa, invita a una mirada experta del profesional encargado de peritar al sujeto, que luego de su pericia arriba a una convicción pericial de credibilidad o no credibilidad, o de imposibilidad de pronunciamiento acerca de credibilidad (categoría indeterminada) del hecho abusivo en investigación.

56

Por el contrario, las nomenclaturas que utilizan el concepto de “probabilidad” (probablemente creíble y probablemente increíble) en los autores anteriormente citados (ej.: Alonso-Quecuty, 1999), contenido en la conclusión pericial acerca de la credibilidad del testimonio, han sido materia de discusión en los tribunales, toda vez que se ha llegado a plantear que si se considera un relato como “probablemente creíble”, entonces dicha afirmación contendría en sí misma la “probabilidad de no-credibilidad”.

De hecho plantearlo en términos probabilísticos genera la posibilidad de sugerir que, por tanto, existe también algún grado de no-credibilidad. Lo anterior, es relevante, toda vez que ha dado lugar para sostener que al no tratarse de un “convencimiento pleno” por parte del perito, permitiría generar la duda razonable en el tribunal, la cual aún siendo leve, obligaría al juez a absolver al imputado. Por tanto, aún cuando se trate de un falso problema, y la conclusión probablemente creíble aluda a la credibilidad del relato analizado, creemos que es deseable asumir un lenguaje que no se preste a interpretaciones que se alejen de su real sentido.

Del mismo modo, las nomenclaturas que utilizan el concepto de veraz, en vez de credibilidad, exceden con mucho las posibilidades de un

pronunciamiento pericial psicológico, ya que aseverar que un relato resulta veraz es sostenerlo como un referente absoluto e inequívoco de lo sucedido, lo cual se encuentra fuera del alcance de nuestra ciencia.

Lo anterior, es una prueba más de lo riguroso y objetivo que pretende ser el sistema global de valoración de la credibilidad del testimonio, dando cuenta de las propias restricciones que le impone al perito los resultados de la aplicación seria y responsable de un procedimiento que posee sus propios filtros internos a la hora de la evaluación, del análisis de los resultados y de arribar a las conclusiones que de ello se derivan.

Por ello, es que creemos firmemente que si bien el CBCA nos proporciona medidas objetivas y contrastables con el resto de la población, en la medida en que arroja puntuaciones sobre criterios de probado valor universal, la conclusión global del sistema de evaluación de credibilidad de testimonio debe hacerse necesariamente sobre la base de los resultados valorados a la luz del SVA.

Posibles variables influyentes en la realización de la pericia

Cabe indicar que, en la conformación de la pericia psicológica en niño(a)s posibles víctimas de delitos sexuales, se interrelacionan variados factores, los cuales podrían influir beneficiando o limitando los resultados del proceso de evaluación, específicamente actuando sobre el testimonio por una posible contaminación de éste. Entre tales factores se mencionan primeramente la experticia del evaluador, la cual es considerada un requisito primordial, exigiendo en éste un adecuado conocimiento en áreas de psicología del testimonio, psicología judicial (contemplando el área forense), psicología del desarrollo y abuso sexual infantil, entre otros.

Sin embargo, se destaca que considerando tal requisito como apropiado, se mencionan otros ajenos al evaluador y que de igual manera podrían interferir en los resultados de la pericia, entre los que se cuentan características de la develación (si es temprana o tardía), reacción negativa familiar o de su entorno cercano más influyente, número de entrevistas realizadas y características de estas.

Referente a lo último señalado, se debe considerar que previo a la pericia es probable que el niño(a) deba prestar declaración en diversos organismos, ya sea con Carabineros, Fiscalía, posiblemente Servicio Médico Legal (en áreas distintas a la psicología/psiquiatría), así como en entrevistas a nivel familiar, podrían mermar la motivación del niño(a) para declarar o contaminar el relato mediante preguntas sugestivas. De igual manera, y complementando lo anterior, se destaca lo señalado por Pilar de Paúl Velasco (2004), quien refiere: *“En la medida que las circunstancias lo permitan, es aconsejable que entre el momento de la entrevista y los hechos relatados transcurra el menor tiempo posible...., cuanto mayor sea la demora, mayor será la probabilidad de que el menor haya sido entrevistado con anterioridad...., y en consecuencia, será más posible que éstos, con sus preguntas, hayan sesgado el recuerdo infantil”*.

58

Sin embargo, a pesar de lo antes señalado, la experticia del evaluador podría favorecer un adecuado conocimiento de tales variables y como se han interrelacionado, interfiriendo en la narración del evento denunciado, con el objeto de lograr contextualizarlas y valorarlas a la luz de esas variables.

Pericia y tratamiento psicológico

Respecto a la discusión que se ha generado en torno a la evaluación pericial de la credibilidad del testimonio en niños víctimas que están recibiendo terapia reparatoria, es primordial destacar la importancia de ambos procesos dentro del sistema judicial. Ahora bien, la tarea que se nos propone es el abordar la interacción entre ambas condiciones durante la investigación de un delito, intentando definir los alcances, limitaciones y posibles consideraciones al intentar obtener información fidedigna durante el peritaje, sin interferir el proceso terapéutico del niño(a).

En condiciones óptimas, el peritaje debiese realizarse en fecha cercana a la develación, con el fin de no perturbar los procesos cognitivos y emocionales del niño(a). Es claro que, en general, en esas condiciones la reproducción de elementos sensoriales, fisiológicos y psicológicos se manifiestan con mayor riqueza. Sin embargo, no es menos cierto que el niño(a) que ha sido víctima de delito requiere ser contenido y apoyado en un proceso psicoterapéutico que resulte en la reparación del daño causado tan pronto como sea posible. Lo anterior, resulta particularmente relevante en nuestra realidad nacional, al

existir una escasa oferta de evaluaciones periciales, que hacen que éstas se realicen varios meses después de denunciado el hecho delictivo.

En este sentido, nos referiremos a aquellos casos en los cuales se solicita la evaluación pericial en circunstancias en que el niño/a ya se encuentra en un proceso reparatorio o éste ya ha finalizado. En estos casos, la realización paralela de ambas intervenciones exige al perito el desarrollo de habilidades especiales en la comprensión de la elaboración que el niño(a) hace del suceso, o resignificación del evento y la expresión de los afectos involucrados.

Estas condiciones especiales las tomará en cuenta el perito al momento de valorar el relato y estado psicológico del evaluado. En ese sentido, hemos enfatizado que quien lleve a cabo este tipo de evaluaciones no sólo debe poseer sólidos conocimientos en psicología evolutiva (memoria, capacidades, lenguaje, etc.), sino que también debe estar atento a las especiales circunstancias en que se produce la develación de los hechos, el contexto en el que el niño(a) declara, la existencia de un proceso reparatorio, todo lo cual le permitirá arribar a conclusiones objetivas e imparciales.

Por tanto, desde la perspectiva pericial, el profesional debiere considerar que los tratamientos médicos, psiquiátricos, psicológicos o similares, tendientes a favorecer la recuperación del niño(a) son condiciones a valorar en la metodología empleada.

Si bien la evaluación psicológica puede estimarse por sí misma como terapéutica, en el ámbito forense, a diferencia del ámbito clínico, el sentido de la evaluación es dar respuesta a la demanda psicológica. De este modo cabe destacar que, dado el elevado estándar de cuidado y consideración por el discurso del niño(a) en la evaluación pericial de credibilidad del testimonio, las intervenciones profesionales no deben ser invasivas o coercitivas, con el fin de preservar la calidad de la información que se recaba, resguardando la elaboración natural que el niño(a) logra de lo experimentado en su proceso terapéutico. Si el niño(a) no quiere, o no puede, proporcionar un relato acerca de lo vivenciado, no debe forzarse dicho relato, aún cuando fuese de forma indirecta o no amenazante.

A fin de mantener la objetividad requerida, es recomendable que los profesionales que tengan a cargo la evaluación pericial no sean los mismos que lleven a cabo la reparación, y que cada equipo evalúe y trabaje con los

elementos vivenciales aportados por el niño(a) teniendo en consideración el proceso que se está llevando a cabo por otros profesionales.

Finalmente, estimamos que ambos procesos, terapia y pericia, pueden desarrollarse paralelamente, coexistiendo en la medida en que dichas intervenciones sean realizadas por profesionales cabalmente capacitados en delitos sexuales, quienes orientarán su trabajo respetando la integridad psicológica del niño(a) y sus derechos en el marco legal vigente.

Excepciones en la evaluación de la credibilidad

Al plantearse la tarea de realizar una evaluación de credibilidad del testimonio en niño/as que develan una agresión sexual, es central clarificar si esta evaluación será realizable de acuerdo a la metodología del SVA, aplicando tanto el CBCA como el Listado de Validez o, si por el contrario, dadas las características del niño/a peritado y los antecedentes recopilados -antes y durante la evaluación pericial-, se requerirá o no del apoyo de otras técnicas, como por ejemplo, las pruebas psicológicas.

Las excepciones a una evaluación de Credibilidad del Testimonio están referidas básicamente a alteraciones o deficiencias que afectan la capacidad narrativa del niño/a peritado. Estas deficiencias podrían perjudicar el discurso de los hechos en investigación y pueden llegar a invalidar la aplicación del CBCA y, en algunos casos, incluso la aplicación del Listado de Validez.

Las excepciones a la evaluación de credibilidad son las siguientes:

1. Limitaciones cognitivas y simbólicas: Se refiere a las dificultades del peritado para organizar la experiencia como una vivencia emocional-relacional que proviene de la realidad, dándole un sentido que le permita elaborar un discurso o narrativa coherente en términos de tiempo, espacio y contenido. Este discurso referente a una experiencia no es posible cuando, por ejemplo, las funciones cognitivas de organización perceptiva (análisis y síntesis) y de organización témporo-espacial están deficitarias por factores madurativos o traumáticos. En este punto se incluyen también, las alteraciones del juicio de realidad permanentes y los trastornos del espectro autista.

Cabe señalar que una deficiencia cognitiva per sé (rendimientos intelectuales que se encuentren bajo la norma), no impide la aplicación del SVA, pues niño(a)s con retardo mental (leves e incluso moderados) entregan un relato coherente que es posible analizar pericialmente.

2. Limitaciones del lenguaje: Pueden ser tanto comprensivas como expresivas. En las expresivas nos referimos a Trastornos del lenguaje fonológicos, sintácticos, pragmáticos y semánticos que interfieren de manera significativa la expresión de un testimonio coherente para el evaluador, llegando incluso a ser ininteligible.

3. Alteraciones de la memoria: pueden ser de origen orgánicas, evolutivas, psicológicas u otras. En este punto nos referimos tanto a aquellos niño(a)s que por su corta edad, como los menores de tres años de edad, que no han consolidado aún su memoria episódica y a largo plazo (Cantón y Cortés, 2000), como a los que sufren de una alteración orgánica de origen congénito o por agente externo que afecta su capacidad de retención, fijación y evocación de las experiencias. En el primer caso, en niño(a)s preescolares, es de suma importancia una evaluación inmediata - idealmente, una a tres semanas de la ocurrencia de los hechos en investigación (ob cit)-, dado que este resguardo permite recoger la información detallada antes del olvido y evitar el llamado “efecto misleading” .

En los casos de las limitaciones de memoria de origen psicógeno, los mecanismos disociativos pueden impedir –ocasionalmente- la entrega de un relato nítido y con detalles. Estos mecanismos de defensa actúan protegiendo al niño(a)/a de recuerdos dolorosos y/o tristes (Cantón y Cortés, 2000). Por otro lado, es posible que el olvido se refiera a detalles innecesarios (para el niño(a)/a) recordando sólo aquellos que necesita recordar.

4.- Alteraciones significativas del nivel de conciencia al momento de ocurrir los hechos: se refiere a las alteraciones del estado conciencia que pudiesen haber afectado la percepción de los hechos vivenciados. Por ejemplo, estar bajo los efectos del alcohol u otras sustancias o bien haber sufrido un Traumatismo Encéfalo

Craneano (TEC) con algún grado de pérdida de conciencia.

5.- Ausencia de relato de abuso sexual: Al margen de las situaciones en que no ha existido el abuso que se denuncia (falsa acusación), y salvaguardando las situaciones anteriores, es posible reconocer aspectos motivacionales para no dar un relato, que se podrían asociar al síndrome de acomodación (Summit, 1983). En estos casos, no existiría relato o testimonio susceptible de ser analizado con el sistema del SVA.

6.- Falta de relato espontáneo: se refiere a aquellos casos en que el niño(a) carece de conciencia de daño o vulneración, lo que podría impedir la aplicación del CBCA, en tanto no existe un discurso o testimonio espontáneo del peritado respecto a una situación de vulneración. En este sentido, la toma de conciencia social - familiar de la existencia de un delito y, la inducción familiar-institucional, pueden jugar un papel importante en la develación de un hecho que posteriormente sea consignado por el niño(a)/a como equivoco, “malo” o dañino. Lo anterior, sin embargo, debe considerar la posibilidad de pérdida de credibilidad en el testimonio, por la sugestión de terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ocasiones, en que aún no existiendo conciencia de daño, el niño(a)/a puede verbalizar la experiencia bastando con haberla distinguido nítidamente como tal (una gestalt completa) aunque le haya otorgado el valor de un juego o de una experiencia de afecto.

7.- Narrativa breve en contexto de episodio único extrafamiliar: este aspecto tiene relación con las características de la agresión sexual, en donde el supuesto hecho es fenomenológicamente limitado en tiempo y acción. De este modo, el testimonio del niño(a) -por las características intrínsecas del hecho en sí-, configura un relato que “potencialmente” no puede entregar criterios suficientes de realidad para ser categorizado como “creíble”, no porque no logre expresar con detalle y riqueza su contenido, sino porque éstos elementos no existen. Por ejemplo, en el siguiente relato: “un hombre pasó por la calle en la tarde cuando iba donde mi abuelita y me pasó la mano por atrás y después salió corriendo...”, la aplicación de los

criterios del CBCA, habitualmente ubica el testimonio del niño(a)/a en la categoría de “no creíble” o “probablemente creíble”, no dando cuenta realmente del fenómeno que se está investigando. En narrativas no tan breves, que son de episodio único y extrafamiliar, se sugiere la aplicación de la puntuación dicotómica, esta es, aquella que evalúa la presencia del criterio, pero no su frecuencia.

iv.- Análisis del testimonio infantil de acuerdo a criterios evolutivos*

El testimonio infantil, en el marco de un proceso judicial, constituye un área de desarrollo de la psicología jurídica de incipiente desarrollo en nuestro país.

En la última década, se ha podido constatar un progresivo incremento de la confianza en los testimonios infantiles por parte de tribunales, sobre la base de la validación de dicha información por parte de especialistas. Sin embargo, en este último tiempo hemos sido testigos de casos, en los cuales el cuestionamiento de la verdad de lo dicho por el menor tiende a teñir la consideración, por parte del mundo adulto, de todos los testimonios infantiles, emergiendo de este modo una suerte de suspicacia hacia la capacidad de entregar información confiable por parte de menores de edad. Estos cuestionamientos, están siendo abordados desde un nuevo escenario judicial, en que el valor del testimonio infantil cobra mayor relevancia, dado que el niño(a) como testigo presencial o testigo víctima puede constituir la única fuente de información en la causa.

En este escenario, el modo de operar de este nuevo sistema de justicia criminal requerirá, por parte de los profesionales especializados en estas materias, de un conocimiento más acabado de las características propias del desarrollo evolutivo, con el fin de poder valorar de manera científica, la capacidad de los niño(a)s para entregar un testimonio exacto, así como la cualidad de este relato a diferentes edades.

* Esta es una versión resumida del artículo original publicado por Capella, Contreras y Vergara, en: Escaff, E. y Maffioletti, F. (eds). Psicología Jurídica: Aproximaciones desde la experiencia. Diplomado en Psicología Jurídica y Forense, 2º versión, año 2004. Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, Santiago, Chile.

El objetivo del presente capítulo dice relación con describir las características del desarrollo infantil entre los 0 y los 18 años, exponiendo los hallazgos científicos al respecto, fundamentalmente en cuanto a las funciones cognitivas, y poniendo énfasis en los procesos de memoria y evocación de eventos en que los niños (as) han sido testigos. A partir de esto, se analizan las características evolutivamente esperables del testimonio de los niños(as) en el marco de un proceso judicial, reflexionando en relación con el rol que compete a los actores de la administración de justicia.

Habilidades en el niño(a)

A continuación se procederá a realizar una descripción de las características esenciales de los estadios del desarrollo evolutivo hasta los 18 años de edad, de acuerdo a las categorías propuestas por Jean Piaget, con el objetivo de tener una primera aproximación al funcionamiento propio de cada etapa. En forma posterior, se abordará cada una de las funciones cognitivas vinculadas a la capacidad testifical, enmarcadas en las etapas anteriormente descritas.

A.- Etapas del Desarrollo en el Niño(a) y sus Características

A1.- Etapa sensorio-motriz

Este período, de los 0 a los 2 años, va desde el nacimiento hasta la adquisición del lenguaje y, asociado a esto, del pensamiento. Es caracterizado por Piaget (1973) como un período de conquista del mundo exterior inmediato, mediante la percepción y el movimiento.

Se describe en esta etapa un tránsito que comienza con el contacto con el mundo a partir de movimientos reflejos, que posteriormente serán integrados en hábitos y percepciones organizadas, las que luego estarán puestas al servicio de ciertos objetivos mediante esquemas de acción, lo cual señala la instauración de la inteligencia práctica en el lactante. Esto se acompaña de la construcción progresiva de un universo objetivo diferenciado de él mismo, y de la construcción de las categorías de objeto, espacio, causalidad y tiempo, pero sólo a nivel práctico o de acción pura (Piaget, 1973; Piaget y Inhelder, 1975).

Con respecto a la memoria, esta se encuentra presente prácticamente desde el nacimiento, por lo cual los lactantes son capaces de recordar los efectos de sus acciones motoras, sonidos y datos sensoriales, actuando en concordancia con esto, sin embargo, no pueden aún recuperar datos en un contexto diferente al que se han producido originalmente (Rovee-Collier, Schechter, Shyi y Shields, 1992 citados en Papalia y Wendkos, 1997). En este sentido, la falta de función simbólica impide en este estadio ligar representaciones que permitan evocar objetos, sujetos o situaciones ausentes en el presente.

Con relación al lenguaje, tal como lo señalan Papalia y Wendkos (1997) éste constituye un sistema de símbolos para representar al mundo de objetos que rodean al niño(a), que permite comunicar a los demás sus necesidades, sentimientos e ideas. Estadísticamente se ha visto que los niño(a)s pronuncian su primera palabra entre los 10 y los 14 meses, siendo capaces hasta aproximadamente los 18 meses de articular sólo palabras aisladas, adquiriendo progresivamente vocabulario en el curso del desarrollo. Posteriormente comienzan a juntar palabras entre los 18 y 24 meses, construyendo de esta forma frases que son en un comienzo de apariencia telegráfica, complejizándose gradualmente gracias a la adquisición progresiva de la sintaxis. Cabe señalar, que el lenguaje infantil tiene características propias, tal como la sub generalización al restringir la aplicación de un vocablo a un solo objeto (por ej.: llamar “guau” sólo a algún perro específico), o bien la sobre extensión del concepto, al utilizar el mismo nombre para objetos disímiles con alguna característica común (por ej.: “vaca” para cualquier cuadrúpedo). Además de esto usan la simplificación en el habla telegráfica, empleando sólo las palabras imprescindibles para hacerse entender. Junto con esto, sobre generalizan las reglas, por lo cual tienden a usar las formas regulares de los verbos.

A.2- Etapa pre-operacional

Según Piaget (1973), en la etapa pre operacional, entre los tres y los seis años, los niño(a)s son capaces de pensar en objetos, personas o sucesos que no están presentes, mediante representaciones mentales de éstos, lo que se denominará función simbólica. De esta forma, el niño(a) logra aprender mediante el pensamiento simbólico y la reflexión sobre las acciones, pero aún no pueden pensar en forma lógica. El pensamiento simbólico es, de esta manera, un avance sobre la etapa sensorio motora.

Los niño(a)s manifiestan la función simbólica mediante tres maneras: imitación diferida, es decir, imitación de una acción observada después de que ha pasado el tiempo y que se inicia en ausencia del modelo; juego simbólico, donde los niño(a)s toman un objeto para simbolizar algo más y, el lenguaje como la manifestación más importante de esta función, y que permite la evocación verbal de acontecimientos no actuales y comunicar, a través del lenguaje verbal y/o gestos.

Si bien se han desarrollado funciones tales como la comprensión de relaciones funcionales básicas y el concepto de identidad, las limitaciones del pensamiento pre operacional tienen relación con que el niño(a) aún no logra diferenciar con claridad realidad de fantasía. El pensamiento se enfoca o centra en una parte de la situación, descartando todo lo demás, llegando a conclusiones ilógicas, es decir, no pueden descentrar o pensar simultáneamente en varios aspectos de una situación o idea, fenómeno denominado *centración*. La lógica de los niño(a)s está limitada por el carácter de *irreversibilidad*, o sea, el niño(a) no logra entender que una operación se puede realizar en dos sentidos inversos.

Por otra parte, razonan por *transducción*, es decir, se mueven de un nivel particular a otro nivel particular, sin tomar en cuenta el aspecto general, siendo incapaces de manejar la función de conservación. *El egocentrismo*, como forma de centración, es la incapacidad para ver las cosas desde el punto de vista de los demás, pero no como una forma de egoísmo sino como entendimiento centrado en sí mismo (Piaget, 1973; Piaget y Inhelder, 1975).

Una vez que los niño(a)s han superado los tres años, el lenguaje se asemeja al del adulto, utilizan plurales y el tiempo pasado y son capaces de distinguir entre *yo, tú y nosotros*. Aprenden de dos a cuatro palabras nuevas por día, pero no siempre las utilizan como lo hacen los adultos. De los cuatro a los cinco años, sus oraciones constan en promedio de cuatro a cinco palabras, utilizando algunas preposiciones, nombran colores y números. Desde los seis años, ya utilizan oraciones más largas y complejas, logran definir palabras simples, conocen algunos opuestos, usan más conjunciones, preposiciones y artículos (Papalia y Wendkos, 1997).

A.3- Etapa operacional concreta

Los niño(a)s aproximadamente entre los 7 y 8 años conquistan, según Piaget (1973), la etapa de las operaciones concretas, etapa que se desarrolla hasta aproximadamente los 11 ó 12 años. El inicio de esta etapa coincide con el inicio de la escolaridad, e implica la aparición de formas de organización nuevas, logrando importantes avances con respecto a la etapa anterior.

Esta etapa se caracteriza por la interiorización de las acciones en operaciones, de tal modo que el niño(a)/a organiza la realidad por medio del pensamiento y la razón lógica, pudiendo revertir y clasificar mentalmente. Es decir, el niño(a) puede reconstruir en el plano de la representación lo que ya estaba adquiriendo en la acción, utilizando símbolos -representaciones mentales- para realizar operaciones -actividades mentales-, a diferencia de las actividades físicas que fueron la base del pensamiento anterior.

Aparece un pensamiento más dinámico, con mayor capacidad para clasificar, trabajar con números, manejar conceptos de tiempo y espacio y distinguir la realidad de la fantasía. En esta etapa disminuye el realismo y egocentrismo propio de la etapa preoperacional, comenzando la necesidad de conexión entre las ideas y la justificación lógica en el discurso. Así también, aparece la capacidad de descentrar, por lo que el niño(a)/a puede considerar más de un aspecto relevante de la realidad, pudiendo coordinar puntos de vista entre sí.

A pesar de los grandes avances el razonamiento lógico en esta etapa aún es limitado, ya que todavía se encuentra ligado a la acción sobre los objetos, anclado en el aquí y el ahora, no siendo los niño(a)s aún capaces de pensar hipotéticamente y en abstracto con elementos verbales como en la etapa de las operaciones formales, que aparece en la adolescencia. El razonamiento del niño(a) es concreto, en tanto se relaciona estrechamente con situaciones particulares, no pudiendo aplicar con facilidad la misma operación mental básica ante una situación diferente.

En esta etapa, los niño(a)s poseen la habilidad de conservación, la cual se va adquiriendo progresivamente, logrando a los 6 ó 7 años conservar la sustancia, a los 9 ó 10 años el peso y a los 11 ó 12 años el volumen. Junto con las nociones de conservación, los niño(a)s adquieren las nociones de seriación, las nociones de igualdad, y las nociones de clasificación, lo cual se logra aproximadamente a los 8 años.

En cuanto a las operaciones espaciales y temporales, en esta etapa comienzan a ser concebidos como esquemas generales del pensamiento, no ya simplemente como esquemas de acción o intuición. Respecto a la noción de tiempo ésta se basa en 3 operaciones, las cuales se van adquiriendo progresivamente en esta etapa. La primera se refiere a la seriación de acontecimientos, que implica realizar un orden de sucesión temporal, la segunda implica un ajuste de los intervalos entre los acontecimientos, es decir, establecer una duración, y la tercera establecer una métrica temporal, que implica una medición del tiempo en base a relaciones objetivas. En cuanto a la noción de espacio, desde los 7 años se construye la noción de un espacio racional, que es homogéneo y continuo, poseyendo orden, distancia, etc. (Piaget, 1973; Piaget y Inhelder, 1975).

68

En cuanto a la memoria, en la infancia intermedia, también mejora la habilidad para recordar, en parte porque la cantidad de información que pueden recordar aumenta. La memoria inmediata aumenta con rapidez, siendo capaces de reunir mayor cantidad de piezas relevantes de información en la memoria. Por otro lado, los niño(a)s a esta edad pueden recordar mejor porque aprenden a utilizar estrategias deliberadas para ayudarse a recordar (Papalia y Wendkos, 1997).

En la infancia intermedia también se desarrolla con rapidez el lenguaje, en tanto los niño(a)s pueden comprender e interpretar mejor las comunicaciones, así como también su vocabulario y habilidad para definir las palabras crecen y están en mejores condiciones para comprenderse a sí mismos. A los 6 años, los niño(a)s son capaces de hablar en un nivel sofisticado, utilizar una gramática compleja y varios miles de palabras. Sin embargo, todavía no dominan totalmente la sintaxis, es decir, la forma como las palabras se organizan en frases y oraciones. Esto puede implicar que no comprendan a plenitud los procesos de comunicación y en ocasiones no entiendan correctamente lo que escuchan –lo cual frecuentemente también sucede a los adultos-, sobre todo frases con estructuras sintácticas complejas. Los niño(a)s desarrollan una creciente comprensión de la sintaxis hasta casi después de los 9 años (Chomsky, 1969 citado en Papalia y Wendkos, 1997).

Por otro lado, los niño(a)s mayores (8 años), en comparación a los preescolares comprenden mejor las instrucciones, y cuando estas son inadecuadas tienen más posibilidad de darse cuenta cuando no comprenden

algo y ver las implicaciones de una comunicación confusa (Flavell, Speer, Green y August, 1981 en Papalia y Wendkos, 1997).

A.4- Etapa de las Operaciones Formales

Según Piaget, algunos aspectos propios de la etapa de las Operaciones Formales consiste en que los adolescentes entran al nivel superior del desarrollo cognoscitivo, logrando la capacidad para pensar en forma abstracta.

Alrededor de los 11 años, el desarrollo permite manejar información de modo nuevo y flexible, sin las características de pensamiento del aquí y el ahora, comprendiendo el tiempo histórico y el espacio. Se utilizan símbolos para representar elementos del mundo externo y se aprecia con mayor facilidad las metáforas, posibilidades, formando y comprobando además hipótesis, generando de esta forma el razonamiento hipotético – deductivo.

En relación al lenguaje, el adolescente logra generar depuraciones adicionales en comparación al niño en edad escolar, el vocabulario crece conforme la lectura se vuelve más compleja. Con la aparición del pensamiento formal, los adolescentes definen y comentan abstracciones (amor, justicia, libertad), empleando con mayor frecuencia expresiones de relaciones lógicas entre oraciones o enunciados (sin embargo, por lo tanto, probablemente, entre otras). Asimismo, toman mayor conciencia de las palabras como símbolos que pueden tener diversos significados.

Adquieren además mayor habilidad para adoptar un planteamiento social, junto con la capacidad para entender el punto de vista y el nivel de conocimiento de otros, adecuando su lenguaje en consecuencia.

B. Atención y Concentración

Para que un acontecimiento pueda ser reproducido con exactitud, es necesario como punto de partida que el niño(a) haya prestado atención a este suceso, de ese modo podrá ser registrado en la memoria de mejor manera y, por lo tanto, evocado con mayor fidelidad.

Para Berwart y Zegers (1980), en virtud del desarrollo madurativo del sistema nervioso central, así como por las transformaciones psicológicas producidas, durante la edad escolar es posible mantener los procesos de atención-concentración activados durante un lapso de tiempo más prolongado.

Sabemos que todos los seres humanos fijamos selectivamente nuestra atención sobre algunos aspectos de los acontecimientos, aspectos que varían de acuerdo a las características del sujeto, sus intereses y, por supuesto, a su nivel evolutivo. Tal como lo señalan Poole y Lamb (1998 en Cantón y Cortés, 2000), así como Faller (1996 en Cantón y Cortés, 2000), puede que los niño(a)s no atiendan a sucesos o detalles que los adultos tenderíamos a considerar relevantes y, por ende, podrían no llegar a memorizarlos.

De este mismo modo, los desarrollos empíricos en este ámbito sugieren que los niño(a)s podrían presentar dificultades en la discriminación de características esenciales y accesorias de un suceso determinado, probablemente debido al desarrollo incompleto que presentaría aún el cortex prefrontal (Poole y Lamb, 1998 en Cantón y Cortés, 2000). Esta estructura encefálica presenta, según estos autores, un desarrollo notable hacia los seis o siete años de edad, lo cual se correlaciona con un incremento significativo en el funcionamiento de la atención y la concentración a esta edad.

C. Distinción entre Fantasía y Realidad

Un aspecto fundamental del testimonio infantil, corresponde a la capacidad de distinguir entre acontecimientos efectivamente ocurridos, de aquellos que son producidos internamente como fruto de la imaginación.

Las investigaciones en el tema (Parker, 1995 en Cantón y Cortés, 2000) señalan que el monitoreo de la fuente de información es más factible de hacer cuando no ha transcurrido mucho tiempo del suceso en cuestión, así como cuando se han evitado intervenciones sugestivas por parte de terceros. Tal como lo han demostrado Schooler, Gerhard y Loftus (1986 en Juárez, 2004) el tiempo constituye la variable de mayor influencia en la distorsión del recuerdo, dado que favorece la introducción de información parcial, falsa o sugestiva, fenómeno denominado como “efecto misleading”.

Tal como podríamos suponer, son los preescolares quienes resultan más vulnerables a confundir la procedencia real o fantaseada de los datos (Lindsay, Gonzáles y Eso, 1995; Taylor, Esbensen y Bennett, 1994 citados en Cantón y Cortés, 2000). Este fenómeno ha sido vinculado, a lo menos en parte, con la maduración neurológica, específicamente del lóbulo frontal (Schacter,

Kagan y Leichtman, 1995 en Cantón y Cortés, 2000). Por otro lado, en la etapa escolar ya se lograría la capacidad de distinguir adecuadamente realidad de fantasía (Piaget, 1973). Por ende, cuando un perito se enfrenta a un relato respecto de un hecho posible de ser constitutivo de delito, tiene especial conciencia de la posible presencia de este tipo de fenómenos, teniendo la capacidad para reconocerlo y discriminar su manifestación en el testimonio.

D. Conceptos de Verdad y Mentira

De acuerdo a las investigaciones de Poole y Lamb (1998 en Cantón y Cortés, 2000), la distinción entre los conceptos de verdad y mentira resulta relevante para evaluar las capacidades de testificar de un niño(a). Al respecto, esta capacidad mejora de forma importante hacia los cuatro años de edad, siendo capaces de juzgar la verdad de acuerdo a su correspondencia con la realidad objetiva. Dicha capacidad continúa en una curva ascendente en el curso del desarrollo, observándose cerca de los 8 ó 9 años la conceptualización y diferenciación de la mentira intencional y la accidental o por error.

Cabe mencionar que, la capacidad de distinguir ambos conceptos varía en función de la forma del planteamiento de la pregunta, así como del tema seleccionado. Con respecto a la forma de abordaje, es posible emplear distintas estrategias. Si se le pide a un niño(a) que defina los conceptos de verdad y mentira, Pipe y Wilson (1994 en Cantón y Cortés, 2000) han encontrado que esta facultad no se relaciona de manera directa con la capacidad de dar cuenta fielmente de un evento. Asimismo, los niño(a)s que entregan mejores definiciones no han demostrado ser menos vulnerables a la sugestión. Por otro lado, que distinga verdad de mentira no impide que el niño(a) entregue información incorrecta por motivos no intencionales (Haugaard, 1993 en Cantón y Cortés, 2000). Además de esto, es posible solicitar a los niños(as) que identifiquen alguna afirmación como verdadera o falsa, no obstante los estudios empíricos han mostrado que al elevar la complejidad de las afirmaciones se produce mayor nivel de fallo, espacialmente cuando se trata de niño(a)s más pequeños (Siegal y Peterson, 1996 en Cantón y Cortés, 2000). Al comparar diferentes métodos de estudio en niño(a)s maltratados, Saywitz y Lyon (1997 en Cantón y Cortés, 2000) encontraron que de una muestra de niño(a)s entre 4 y 6 años capaces de identificar adecuadamente afirmaciones correctas y falsas, entre el 60 y el 70% fallaba al utilizar otro método distinto.

E. Lenguaje

Este es un aspecto central en la capacidad testifical de los niño(a)s, pues constituye la herramienta fundamental con la cual establecer una comunicación efectiva con los agentes involucrados en la administración de justicia. Debemos desglosar la comunicación en dos aspectos: lenguaje comprensivo y lenguaje expresivo.

E. 1- Lenguaje comprensivo

Tener en cuenta el nivel evolutivo del menor es esencial para saber qué podemos esperar de él de acuerdo a su edad y nivel de desarrollo, dado que la utilización de un lenguaje no apropiado puede interferir seriamente con la comprensión que el niño(a) tiene de las preguntas formuladas. Por este motivo, para que el niño(a) pueda comprender preguntas, es necesario emplear un lenguaje simplificado, que se compadezca con el desarrollo sintáctico infantil.

72

A este respecto, las indagaciones que contienen negación (¿no te fuiste?) o doble negación (¿no dejaste de ir?), resultan terreno fértil para la confusión y el error. Asimismo, las preguntas que contienen más de una interrogante resultan más difíciles de comprender (¿llegó ese día tu mamá y te dijo que fueras con él?), así como las frases extremadamente largas.

El uso del pronombre de personas (¿Él te pidió que fueras?), favorece la confusión, dado que el niño(a) podría no identificar correctamente el sujeto de la oración. Esta capacidad de referirse a sujetos ya mencionados, se instaura hacia los diez años de edad de adecuada manera, siendo especialmente poco aconsejable usarlo con preescolares (Poole y Lamb, 1998 en Cantón y Cortés, 2000).

Para los niño(a)s es más fácil referirse al sujeto (quién), objeto o al lugar de los acontecimientos, que responder preguntas acerca de la ubicación temporal de los hechos, del cómo sucedieron las cosas o acerca de las causas de los eventos, capacidades que resultan adquisiciones posteriores en el curso del desarrollo.

Los autores (Poole y Lamb, 1998; Walker, 1994 citados en Cantón y Cortés, 2000), con respecto a la simplificación del lenguaje, aconsejan estructurar las oraciones de modo de respetar el orden sujeto-verbo-predicado, que es el más efectivo para la comprensión del menor.

E.2- Lenguaje expresivo

En general, el lenguaje expresivo guarda estrecha relación con la edad del niño(a) y su contexto de desarrollo socio-cultural.

El lenguaje infantil, en especial en niño(a)s pequeños, resulta bastante escueto, incluyendo poca información de manera espontánea y utilizando un vocabulario bastante básico. Debemos tener en cuenta que, en ocasiones, el significado que le otorgan los niño(a)s a las palabras no es el mismo que el manejado por adultos, por lo cual es importante indagar el significado que ellos le atribuyen a sus palabras (¿qué quieres decir con daño?). En este mismo sentido el entrevistador debe estar atento a no introducir vocabulario no presente en el niño(a), sugestionando de este modo sus respuestas.

Hay respuestas en que el niño(a) no se encuentra en condiciones de entregar, como solicitar la fecha de un acontecimiento cuando aún no maneja los conceptos de tiempo de una manera consensual. Aproximadamente a los cinco años pueden comprender los conceptos de antes y después, la hora del día puede ser internalizada cerca de los siete años, mientras que la capacidad de situar los eventos de acuerdo a fechas no se desarrolla sino hasta aproximadamente los 9 años. Por lo tanto, con el propósito de situar adecuadamente los eventos, resulta más efectivo buscar hitos significativos en la vida del niño(a) (“fue justo después de vacaciones de verano”) (Poole y Lamb, 1998 en Cantón y Cortés, 2000).

Un fenómeno muy relevante tiene relación con la deseabilidad social de los niño(a)s y su repliegue a las figuras de autoridad, por lo cual las preguntas coercitivas y a repetición pueden llevarlo a pensar que no ha contestado en el sentido correcto, introduciendo modificaciones en su discurso no concordantes con la realidad. Por esta razón y con la finalidad de aclarar, resulta más recomendable pedirle que lo exprese de otro modo antes de formular otra vez idéntica pregunta (Perry y Wrightsman, 1991 en Cantón y Cortés, 2000).

Es aproximadamente a los seis años de edad cuando un niño(a) es capaz de pedir aclaraciones de términos que no entiende o bien expresarse de modos alternativos, cuando deduce que el interlocutor no ha comprendido el sentido de sus palabras (Pooley y Lamb, 1998; Warren y McCloskey, 1997 citados en Cantón y Cortés, 2000). A esta misma edad, el niño(a) es capaz de atender al lenguaje en sí mismo y estructurar un relato independiente de los apoyos externos del entorno inmediato (Juárez, 2004).

F. Memoria

La memoria se constituye en una función central para la evocación de las experiencias que se busca obtener en el medio judicial, ya que el sujeto realiza una declaración de un acontecimiento ocurrido en el pasado y del cual ha sido testigo o protagonista. Es por esto, que en el siguiente apartado se hace necesario exponer en primer lugar, aspectos generales acerca de los procesos mnémicos, para proceder a centrarnos en las características que adopta la memoria en la población infantil. Finalmente, se realiza una caracterización de una forma particular de memoria, que frecuentemente se asocia a eventos de índole traumática, como pueden ser hechos delictivos, describiendo tanto los elementos generales de la memoria traumática como sus manifestaciones en los niño(a)s.

74

F.1. Aspectos generales

La memoria es un sistema de procesamiento de la información que tiene lugar en función de cuatro procesos básicos: la percepción, la codificación (proceso de clasificación de la información, con el fin de organizarla de una manera significativa), el almacenamiento (retención de la información) y la recuperación de la información (evocar la información almacenada con el fin de que pueda ser utilizada) (Papalia y Wendkos, 1987).

Cuando se recuerda, se construye y reconstruye la realidad experimentada a través del conocimiento previo sobre el tema, las expectativas y prejuicios. De esta manera, los recuerdos sufren con frecuencia alteraciones y transformaciones, siendo la memoria vulnerable a variables internas y externas, responsables de que en ocasiones se alteren o distorsionen los recuerdos (Ruíz-Vargas, 1995; Loftus, s.f.).

No se recuerda toda la información percibida, se recuerda mejor la información significativa y bien organizada, la información distintiva y la que se relaciona con sucesos emocionalmente significativos (Papalia y Wedkos, 1987; Ruíz-Vargas, 1995).

En cuanto al proceso de codificación y almacenamiento, cabe señalar que para poder almacenar algo en la memoria, los estímulos deben ser codificados de una manera que sean asimilables en el sistema de la memoria

(Ruíz-Vargas, 1995). Existen factores que influyen en el proceso de codificación, tales como factores temporales, por ejemplo una mayor duración y frecuencia de un suceso repercute en la codificación, así como factores ambientales, tal como la claridad o ambigüedad del suceso. Además la actitud, expectativas, personalidad y estado emocional del sujeto pueden influir de manera negativa o positiva en la información seleccionada y en como se codifica (Cantón y Cortés, 2000).

En cuanto al recuerdo, es una forma avanzada y especializada de memoria que trae a la conciencia algo que no se encuentra perceptivamente presente. Aunque en un primer momento se entendió el olvido como una pérdida de información de la memoria a largo plazo, actualmente muchos autores lo entienden como falta de accesibilidad, por lo cual, parece más adecuado hablar de fallas en el proceso de recuperación de la información que de olvido (Papalia y Wedkos, 1987; Ruíz-Vargas, 1995). Sin embargo, algunos autores plantean que existe un trazo de la memoria que está expuesto al decaimiento y que desaparecerá con el tiempo si no se utiliza. Las posibles razones del decaimiento podrían ser una percepción débil del hecho cuando este ocurrió (por lo cual no produjo una impresión suficiente) y por otro lado que no se presenta la oportunidad de repetir lo que queremos recordar (Ebbinghaus, 1885; en Papalia y Wendkos, 1987).

Por otro lado, McGeoch (1932 en Ruíz-Vargas, 1995) propuso como alternativa que la causa fundamental del olvido no era el paso del tiempo, sino la interferencia producida por las actividades que ocurren entre el aprendizaje y el momento del recuerdo, es decir, que olvidamos la información aprendida cuando comenzamos a aprender información nueva. Existen dos tipos de interferencia: la retroactiva, en que el aprendizaje de una nueva información interfiere en el recuerdo de la primera, y la interferencia proactiva, en que aprendizajes previos tienen un efecto perjudicial sobre nuevos aprendizajes, produciendo interferencia hacia delante.

También podría ocurrir que un material almacenado sea olvidado debido a que hay algún beneficio en el no recordar, olvidando recuerdos tristes o dolorosos. Con relación a esto, Cantón y Cortés (2000) plantean que el individuo se protege de sentimientos negativos a través de mecanismos de defensa, que distorsionan aun más los recuerdos, principalmente los que poseen mayor carga afectiva. Por otro lado, habría un aspecto práctico, en tanto se recuerda sólo lo que se necesita recordar, olvidando en general los

detalles innecesarios. Por otra parte, el olvido también se puede deber a fallos en la recuperación, en tanto no es posible recordar debido a que no están presentes las claves apropiadas.

Hay información que decae más velozmente que otra, siendo las características contextuales y sensoriales más duraderas y al mismo tiempo las que se toman como evidencia de que algo fue percibido. Lo que es más susceptible de generar errores entre lo percibido e imaginado (recuerdo de ideas y sentimientos) es lo que más rápido desaparece de la memoria. Así, si no se hace nada para interferir este proceso, el paso del tiempo no hace sino maximizar la posibilidad de discriminar correctamente el origen de los acontecimientos. Sin embargo, el pensar y hablar sobre los recuerdos podría afectarlos. Para distinguir entre un recuerdo real e imaginado, es relevante la descripción que se realiza de estos, en tanto, la descripción de algo percibido contendría probablemente mas detalles visuales y contextuales, en cambio la narración de algo imaginado contendría mas referencias a procesos cognitivos (Ruíz-Vargas, 1995).

F. 2. Memoria infantil

En general los sujetos recuerdan muy pocos hechos ocurridos durante los primeros 5 o 6 años de vida. Sin embargo, diferentes autores proponen que los niño(a)s preescolares ya tendrían una buena capacidad de memoria. Así, Bauer y Mandler (1996) plantean que los niño(a)s de 3 años de edad recuerdan sucesos de manera parecida a como los recuerdan niño(a)s mayores y adultos, sin embargo, prestan atención a diferentes detalles por lo cual el recuerdo será diferente (Mandler, 1996). En concordancia con esto, Eisen y Goodman (1998; en Cantón y Cortés, 2000), Hudson y Fivush (1988; en Farrar y Goodman, 1996) y Fivush (1993; en Cantón y Cortés, 2000) proponen que la memoria de los niño(a)s de 3 años suele encontrarse ya bien organizada al menos cuando se trata de sucesos comprensibles y que han sido directamente experimentados, pudiendo proporcionar informes exactos sobre sucesos concretos y nuevos de su vida, manteniéndose su memoria durante largos períodos de tiempo. Niño(a)s de tres años de edad tendrían relatos de sucesos rutinarios (Nelson, 1986; en Fivush y Hamond, 1996), y relatos detallados y precisos de sucesos novedosos (Fivush, Hudson y Nelson, 1984 y otros; en Fivush y Hamond, 1996).

En la etapa escolar los niño(a)s mejoran notablemente su capacidad de recordar (Papalia y Wendkos, 1997). Así, los estudios señalan que en cuanto al recuerdo de sucesos, no se detectan diferencias entre niño(a)s con edades comprendidas entre los 10-11 años de edad y los adultos (Dent y Stephenson, 1979; en Diges y Alonso-Quecuty, 1993), planteándose que los niño(a)s a partir de los 12 años se pueden igualar a los adultos en cuanto a su capacidad de memoria (Ibabe, 2004).

Algunos autores señalan que la cantidad de tiempo que el suceso se mantiene en la memoria varía según la edad. Así, la cantidad de información recordada varía, en los niño(a)s de 3 años de edad se mantiene alrededor de una y tres semanas después de la ocurrencia del suceso, lo cual no sucede en niño(a)s de 6 años (Cantón y Cortés, 2000). Por otro lado, los niño(a)s de 16 a 21 meses de edad recuerdan sucesos novedosos experimentados de dos a seis semanas antes (Bauer y Mandler, 1996), en cambio los niño(a)s de 4 años recuerdan sucesos que ocurrieron por lo menos 1 año y medio antes (Fivush y Hamond, 1996; Nelson, 1984 en Mandler, 1996).

Fivush y Hamond (1996), concluyen a partir de su investigación con niño(a)s de 2 años y medio y 4 años de edad, que se da un cambio evolutivo hacia comunicar más información distintiva de sucesos novedosos con el paso del tiempo y que los niño(a)s tienden a ser incoherentes en cuanto a la información recordada sobre un suceso específico en distintas pruebas de recuerdo.

Un aspecto estudiado dentro de la memoria infantil es el de la exactitud de los recuerdos, tema especialmente relevante cuando los recuerdos de los niño(a)s son claves en un proceso judicial. Respecto a ese punto, en la investigación señalada anteriormente, se apreció una gran exactitud en el recuerdo de los niño(a)s, aún cuando el recuerdo era incoherente en diferentes instancias (Fivush y Hamond, 1996). En concordancia con esto, Cantón y Cortés (2000) plantean que los niño(a)s tienden a realizar descripciones más breves de sus experiencias que los adultos, aun cuando éstas son bastante exactas, siendo más comunes los errores de omisión. El tiempo transcurrido es un elemento relevante, en tanto, Flin, Boon, Knox y Bull (1992; en Cantón y Cortés, 2000) encontraron que los sujetos de todas las edades aportaban menos información cinco meses después de la ocurrencia de un suceso que la aportada inicialmente, sin embargo, la cantidad de información incorrecta no aumentaba con el paso del tiempo.

Por otro lado, hay autores que han planteado elementos que influyen en una mayor exactitud o distorsión del recuerdo. Dentro de estos se incluye el tiempo, en tanto los niño(a)s pequeños son más susceptibles que los niño(a)s mayores y los adultos a diversas distorsiones de la memoria, un problema que se va acrecentando conforme aumenta el tiempo transcurrido entre el suceso experimentado y su recuerdo, ya que cuanto más tiempo haya transcurrido entre el suceso y su recuerdo es más probable que se añada nueva información post suceso al recuerdo (Cantón y Cortés, 2000; Loftus, s.f.).

En esta línea un aspecto complejo, es que la retención del suceso almacenado será mejor al repetirlo, mentalmente o comentándolo a otros, pero con esto se corre el peligro de que durante la comunicación o repaso de la información se incluya información falsa, que luego llegue a formar parte del recuerdo del suceso original (Cantón y Cortés, 2000).

78

Un aspecto relevante son los resultados de Bauer y Mandler (1996), quienes observaron que las representaciones de sucesos en niño(a)s pequeños podrían no estar ordenadas temporalmente, sino que podrían ser colecciones desorganizadas de componentes individuales, siendo necesaria una familiaridad con el suceso para que éste se ordene temporalmente, capacidad que puede ser utilizada desde muy temprana edad. Con relación a esto, Cantón y Cortés (2000) plantean que la memoria de los niño(a)s pequeños puede ser muy exacta incluso después de haber transcurrido mucho tiempo, sobre todo si se trata de situaciones con las que el niño(a) está familiarizado.

Así, en relación a los sucesos familiares y novedosos, los autores (Mandler, 1996; Farrar y Goodman, 1996; Cantón y Cortés, 2000; Fivush y Hamond, 1996) plantean que los niño(a)s más pequeños recuerdan mejor hechos rutinarios y familiares que se transforman en una memoria de guión, que los sucesos novedosos que constituyen una memoria episódica. Los niño(a)s pequeños suelen ser más dependientes que los niño(a)s mayores de un guión cuando rememoran recuerdos autobiográficos específicos, es decir, tienden a recordar más elementos rutinarios o típicos de los sucesos, aun cuando estos son novedosos. Sin embargo, también eran capaces de recordar información distintiva o única sobre sucesos pasados. Los resultados del estudio de Farrar y Goodman (1996) confirman este aspecto, observando que los niño(a)s preescolares tenían dificultades para formar recuerdos episódicos, en cambio los niño(a)s de 7 años distinguían los casos atípicos del recuerdo general del suceso.

De todas formas, en las distintas etapas del desarrollo, incluso en la adultez,

los sucesos novedosos se enmarcan en términos de rutina (Cantón y Cortés, 2000), y cuando un suceso se produce con cierta regularidad, niño(a)s y adultos tienden a borrar las diferencias entre un episodio y otro, estableciendo un guión. A pesar de esto, los niño(a)s mayores y adultos se centran más en las distinciones en relación a las rutinas, y los niño(a)s pequeños se centran más en las similitudes con la rutina, lo cual puede implicar que se confundan más fácilmente diferentes eventos similares entre sí (Cantón y Cortés, 2000; Farrar y Goodman, 1996).

El paso del tiempo entre la experiencia y el recuerdo aumenta la tendencia a basarse en guiones, los cuales aportan menos detalles (Cantón y Cortés, 2000). Farrar y Goodman (1996) apreciaron en su investigación que el aumento de la experiencia tendía a reducir la memoria episódica global en comparación con una sola experiencia de un suceso novedoso, pero al mismo tiempo la experiencia repetida de un suceso facilitaba el recuerdo de los detalles específicos que representaban elementos nuevos que se desviaban del guión.

La implicancia del recuerdo de guiones y episódicos, es que cuando los niño(a)s relatan información distintiva podemos estar seguros que recuerdan detalles reales de la situación, en cambio cuando comunican información típica no sabemos si están realmente recordando el suceso o reconstruyendo lo que debió haber pasado en base a su conocimiento del mundo real (Fivush y Hamond, 1996).

Es de suma importancia señalar lo referido a la necesidad que tienen los niño(a)s, especialmente los niño(a)s pequeños de la guía de los adultos para recordar. En el estudio realizado por Fivush y Hamond (1996), apreciaron que los niño(a)s pequeños recuerdan tanta información como los niño(a)s mayores, pero necesitan más preguntas para hacerlo, por lo cual, parece que dependen más de las preguntas de los adultos para guiar su recuerdo. Así, los escolares suelen ser capaces de proporcionar un relato completo y coherente del suceso sin ninguna pregunta adicional del experimentador, en cambio, el recuerdo de los niño(a)s preescolares tiende a ser provocado por las preguntas de los adultos. En este sentido, los niño(a)s pequeños tenderán a recordar cuando el adulto se lo pida, lo cual puede ayudar a explicar la incoherencia del recuerdo de los niño(a)s pequeños, en tanto solo recuerdan la información que se les pide.

Con relación a esto, podemos plantear, siguiendo a Cantón y Cortes (2000) que un método para determinar la calidad del recuerdo del niño(a) es pedirle que relate lo sucedido sin formularle ninguna pregunta específica, lo cual es llamado recuerdo libre. Esta técnica permite que la información esté más libre de los sesgos del entrevistador, aun cuando aportan menos cantidad de detalles.

En este sentido, Loftus (s.f.) a través de diversos estudios ha observado que cuando los testigos de un evento se exponen posteriormente a información nueva y tergiversada acerca de éste, sus recuerdos a menudo se distorsionan. Sin embargo, es posible cambiar un detalle o dos en un recuerdo en otras circunstancias intacto, lo cual es muy diferente a implantar un recuerdo falso de un evento que nunca ocurrió. Así, cuando se les pretende sugestionar a los niño(a)s con preguntas sesgadas referidas a sucesos que ellos han presenciado o en los que han participado, no son tan sensibles al sesgo del interrogatorio como tradicionalmente se ha creído (Diges y Alonso-Quecuty, 1993).

Otro aspecto, es que cuando los niño(a)s están en un contexto familiar y significativo para ellos, exhiben mas aptitudes para recordar que cuando se encuentran en un contexto desconocido y carente de significado (Bauer y Mandler, 1996), potenciándose el recuerdo si al momento de evocar se encuentran presentes elementos contextuales que también estaban presentes durante la ocurrencia del suceso (Farrar y Goodman, 1996).

Un aspecto de suma importancia lo constituye el déficit en el desarrollo de lenguaje por parte de los niño(a)s pequeños, lo cual nos puede llevar a minimizar su capacidad de recuerdo. En este sentido, muchas veces los mermados resultados de los niño(a)s en las investigaciones de memoria, no se deben tanto a esto, como a la dificultad de encontrar maneras para expresar su recuerdo (Mandler, 1996). Así, probablemente los primeros recuerdos son muy precoces, incluso a los 9 meses de edad, por lo cual deben estar necesariamente basadas en experiencias no verbales. Parte del incremento del recuerdo en preescolares se debe al desarrollo de las habilidades lingüísticas y la mayor capacidad de expresar experiencias a otros. Por lo tanto, mientras más pequeño el niño(a) más difícil asegurar que los protocolos verbales se corresponden con su recuerdo (Mandler, 1996; Bauer y Mandler, 1996; Ratner, Smith y Padgett, 1996).

F.3. Memoria Traumática

Este tipo de memoria, también llamada memoria vívida, capta momentos excepcionalmente importantes de la historia de la propia vida personal, teniendo lugar en un momento de sorpresa, de shock y de gran significado personal y biológico. Son sucesos que suelen tener un carácter afectivo intenso y son recordados con gran claridad, incluso en sus detalles. Son recuerdos que contienen un gran componente perceptual, y sirven como señales para clasificar y recordar los sucesos de nuestra vida de acuerdo a un antes y un después de un hito significativo (Ruíz Vargas, 1995). Así, los sucesos traumáticos y estresantes a menudo dejan una impresión clara en la memoria y el individuo los organiza de un modo coherente, informando sobre ellos con exactitud y escasa distorsión de los datos (Howe, Courage y Bryant-Brown, 1993 en Cantón y Cortés, 2000).

Brown y Kulik (1977; en Ruíz-Vargas, 1995) sugieren que estos recuerdos crean un trazo permanente en la memoria, que está controlado por las características emocionales del acontecimiento, activando el sistema nervioso límbico. Estos recuerdos tendrían un valor relacionado con la supervivencia, ya que al recordar un hecho significativo negativo podemos evitarlo a futuro.

Así, el incremento del stress durante el momento del trauma puede llevar a una concentración de la atención en los detalles básicos del suceso a expensas de los periféricos, lo que daría lugar a un mejor procesamiento, de modo que las personas podrían recordar mejor los detalles centrales de los sucesos estresantes y traumáticos (emocionales) que los elementos anexos o periféricos (aspectos espaciales y temporales) de la situación (Christianson, 1992a, 1992b; en Cantón y Cortés, 2000).

Existirían razones para pensar que niveles elevados de tensión tendrían un efecto beneficioso en el recuerdo, ya que los estudios revelan que los sucesos de gran nivel emocional e importancia personal se retienen mejor que aquellos de menor importancia (Keenan y Baillet, 1980; Linton, 1982, citados en Goodman, Rudy, Bottoms, y Aman, 1996).

Según los autores Brewien, Dagleish y Joseph (1996 en Cantón y Cortés, 2000) el procesamiento del trauma se encontraría diferenciado entre "*memorias accesibles verbalmente*", de tipo narrativas y de recuperación voluntaria y "*memorias accesibles situacionalmente*" que no se pueden recuperar o editar cuando lo desee el sujeto sino que son estimuladas en forma

automática por señales verbales, sensoriales o afectivas relacionadas con el trauma.

De manera, una integración completa de la información traumática se asimilaría adecuadamente en los esquemas existentes, provocando baja distorsión de la memoria. Por otra parte, el desarrollo cognitivo inadecuado o escaso apoyo social pueden interferir en dicha integración y provocar un procesamiento crónico del trauma, provocando sesgos importantes de memoria o una inhibición prematura de este procesamiento, creando guiones relacionados con el trauma inexactos y/o incompletos que dejen discrepancias importantes entre la información traumática y los esquemas existentes (Cantón y Cortés, 2000).

F.4. Memoria Traumática Infantil

La base de conocimientos del niño(a) y su preparación para la comprensión de su experiencia traumática determinarán la información que considere central durante la codificación y a la que podrá acceder durante los procesos de recuperación (Eisen y Goodman., 1998 en Cantón y Cortés, 2000). Atender a la información central durante la codificación no asegura el mantenimiento de una memoria clara del suceso con el paso del tiempo si no se repite o reactiva (deseo de olvidar o falta de apoyo adulto), pudiendo seguir el mismo patrón de olvido que los detalles anexos de la situación (Yuille y Tollestrup, 1992 en Cantón y Cortés, 2000).

Junto con ello, el inadecuado procesamiento del suceso traumático puede dar lugar a guiones sobre el trauma que sean inexactos y/o incompletos, dejando amplias discrepancias entre la información sobre el trauma y los esquemas existentes (Brewin et al., 1996 en Cantón y Cortés, 2000), de este forma, no integrar la memoria traumática resultaría en el desarrollo de síntomas de stress post traumático y/o de disociación que podrían inhibir el procesamiento de la información y las habilidades generales de memoria.

La capacidad cognitiva y emocional del niño(a) para integrar información traumática se convierte en un tema evolutivo, es decir, los esquemas de los niño(a)s pequeños, su base de conocimientos y sus capacidades de integración son probablemente distintas, tanto cualitativa como cuantitativamente de las de los adultos (Eisen y Goodman., 1998 en Cantón y Cortés, 2000).

Los niño(a)s pueden centrarse en algunas ocasiones, en detalles de los sucesos traumáticos que a ellos les resultan significativos por motivos desconocidos para el adulto. Pedirles que informen sobre memorias que o bien les resultan inaccesibles o bien nunca las han retenido, puede llevarlos a crear fantasías e informes falsos, simplemente para satisfacer las persistentes peticiones del entrevistador de que aporte más información (Eisen y Goodman, 1998; en Cantón y Cortés, 2000). Por otra parte, el aumento de la tensión y del terror pueden generar una concentración interna de la atención (preocupación por la propia seguridad, sensaciones corporales o sentimientos), haciendo que el niño(a) no atienda adecuadamente a los detalles del suceso y no los codifique o retenga (Goodman y Quas, 1996; en Cantón y Cortés, 2000).

Revisar el suceso en el momento justo después del trauma para intentar darle sentido a lo que ha ocurrido es el proceso que se denomina “elaboración postrauma”, en donde el niño(a) puede crear su propia explicación de lo sucedido, exacta o no, en un intento de asimilar dentro de sus esquemas una información incomprensible (Pynoos, Steinberg y Aronson, 1997; en Cantón y Cortés, 2000). Esta idea se basa en el concepto de Christianson (1992^a; en Cantón y Cortés, 2000) de elaboración del estímulo, en donde la memoria de un suceso activado emocionalmente se ve fortalecida por la repetida recuperación y repetición de la experiencia.

La no-integración de la información traumática en las estructuras existentes de la memoria constituye el proceso básico en el desarrollo del desorden de estrés postraumático, y que puede impactar negativamente en el procesamiento de la información de distintas maneras (Van der Kolk y McFarlane, 1996 en Cantón y Cortés, 2000): la intrusión persistente de la memoria traumática interfiere en la capacidad de atención, la naturaleza avasalladora de la información traumática provoca una interferencia proactiva que impide su procesamiento y el individuo con este desorden tiene problemas generalizados de atención, distractibilidad y discriminación del estímulo.

Conclusiones

La revisión de los estudios empíricos actualizados con relación a la temática de las capacidades testificales infantiles, permite concluir que es posible obtener testimonios por parte de los niño(a)s que sean concordantes con los hechos vivenciados. Para ello, se debe tener en consideración el nivel

evolutivo de cada niño(a) y por tanto lo que podemos esperar de ellos con respecto a sus narrativas, de acuerdo a las potencialidades y limitaciones que cada etapa confiere.

Así, podemos plantear que en niño(a)s hasta 2 años, si bien han desarrollado capacidades mnémicas, presentando la facultad de recordar sucesos experimentados con anterioridad, pueden manifestar dificultades en la verbalización de sus vivencias, lo cual se asocia al desarrollo del lenguaje propio de esta etapa, caracterizado por ser escueto, telegráfico y poco consensual. Este es un aspecto relevante a tomar en cuenta a la hora de basar la evidencia de los hechos constitutivos de delitos en la comunicación verbal del niño(a) con escasas habilidades lingüísticas, pudiendo resultar más apropiado emplear la utilización de técnicas no verbales con niño(a)s de estas edades.

84

Los niño(a)s entre 3 y 6 años desarrollan progresivamente su lenguaje comprensivo y expresivo acercándose al del adulto, sin embargo, aún muestran cierto nivel de vulnerabilidad a confundir la realidad con la fantasía, y aún no han desarrollado un pensamiento lógico. No obstante, poseen capacidades de memorizar adecuadamente sucesos vivenciados, y aún cuando recuerdan escasos detalles, éstos son fidedignos. Es de especial relevancia señalar que a los 4 años son capaces de distinguir la mentira de la verdad, y pueden recordar hechos sucedidos incluso 1 año y medio antes. Los niño(a)s en esta etapa presentan un mayor desarrollo de la memoria de guiones por sobre la memoria episódica, lo cual implica dificultad de describir detalles específicos de sucesos acontecidos. Dada la dependencia que se produce en esta etapa de los adultos, para organizar y expresar sus recuerdos, es necesario ser cautelosos a la hora de recoger sus testimonios, puesto que de lo contrario se corre el riesgo que las intervenciones de los adultos se vuelvan sugestivas, distorsionando el recuerdo de estos niño(a)s.

En cuanto a los niño(a)s mayores de 7 años, podemos apreciar que han logrado la capacidad de distinguir realidad de fantasía y verdad de mentira, pudiendo entender las preguntas y expresar claramente sus ideas en términos verbales, lo cual les permite entregar un relato libre, completo y coherente del suceso. Junto con esto, poseen la facultad de dar cuenta de las incoherencias en la comunicación con su interlocutor. Por otra parte, los niño(a)s presentan la facultad de situar adecuadamente la ocurrencia de los acontecimientos en coordenadas temporales y espaciales. Asimismo, resulta notable el logro de la focalización de la función de atención y concentración por períodos de tiempo

más prolongados. La memoria se desarrolla progresivamente hasta alcanzar un nivel similar a la del adulto, pudiendo recordar hechos específicos con gran exactitud. De acuerdo a lo señalado, es posible deducir que un niño(a) en etapa escolar manifiesta el desarrollo de todas aquellas capacidades cognitivas vinculadas al despliegue de un testimonio concordante con la realidad.

A partir de las características descritas, cabe señalar que los niño(a)s presentan mayores capacidades para testificar de lo que el sentido común podría suponer hasta ahora y que más bien, el supuesto general se basa en prejuicios poco fundamentados empíricamente. Esto puede resultar riesgoso, si los agentes administradores de justicia se basan en prejuicios más que en evidencias al valorar la credibilidad del relato del niño(a). De esta forma, resulta evidente la necesidad de que los actores involucrados en el proceso judicial, en especial aquellos vinculados a la toma de decisión, reciban capacitación por parte de especialistas, con el fin de comprender el funcionamiento infantil y sus implicancias en el proceso. El objetivo de esto, dice relación con generar las condiciones en el contexto judicial que posibiliten la obtención de un testimonio infantil lo más exacto posible.

En este contexto, para que el recuerdo de un suceso sea más exacto se hace necesario que la entrevista respecto a éste, se efectúe lo más pronto posible. A su vez, idealmente, se sugiere realizar una mínima cantidad de entrevistas, ya que entrevistas repetidas pueden incluir preguntas o términos que conduzcan a una distorsión del recuerdo, con lo cual el relato del niño(a), se hace cada vez menos fiable. De suma importancia es evitar preguntas victimizantes o sugestivas para el niño(a), dado que la capacidad de negarse activamente a las declaraciones del adulto, surge tardíamente en el desarrollo infantil.

En este sentido, se recomienda la utilización de preguntas abiertas en la indagación con el niño(a), sin embargo, dado que en el contexto judicial es relevante tanto la calidad como la cantidad de información, se hace necesario en un segundo momento recurrir al recuerdo guiado, que consiste en utilizar preguntas aclaratorias no inductivas para aumentar el monto de información recordada por el niño(a).

Los niño(a)s suelen participar en procesos judiciales, fundamentalmente vinculados a abuso sexual, accidentes de tránsito, maltrato infantil y en general, a situaciones de violencia, que pueden constituirse en

situaciones traumáticas para el niño/a. Por lo tanto, la memoria de estos sucesos podría adquirir las características de memoria traumática, de modo que los eventos que evoca el niño/a poseen una significancia emocional que dejan una impresión clara en la memoria, coherente, detallada y con bastante exactitud. De este modo, el niño(a) es capaz de evocar detalles centrales y amenazantes de los sucesos estresantes o traumáticos. Sin embargo, si el niño(a) no logra integrar en su memoria estos eventos, posiblemente resulte en el desarrollo de síntomas de Estrés postraumático o mecanismos disociativos, que inhiban dicho procesamiento o su capacidad de memoria. Esto puede implicar que incluso hechos impregnados vívidamente, puedan presentarse como olvidos vinculados a aspectos parciales de la situación traumática.

Sobre la base de los conocimientos aportados por la Psicología de la memoria, sabemos que tanto niño(a)s como adultos tienden a incluir en la memoria de guión los sucesos reiterados, por lo cual podemos pensar que cuando un niño(a) ha vivido repetidos episodios traumáticos le sea difícil distinguir claramente entre estos episodios, recordando elementos específicos de cada uno de ellos.

Si bien las conclusiones expuestas hacen referencia a la generalidad de los niño(a)s, cabe señalar que cada individuo posee características particulares, por lo cual es de suma relevancia realizar una evaluación de ese niño(a) y su desarrollo. Esto específicamente debido a la necesidad de establecer el modo de funcionamiento general, en tanto el criterio etéreo no siempre se corresponde con el desarrollo evolutivo presentado por un niño(a) en particular, pudiendo encontrarse por debajo o por sobre lo esperado para su edad.

Tomando en consideración que existen diferencias individuales y según grupo etéreo en las capacidades de testificar, podemos deducir que las capacidades de recordar hechos específicos están presentes en los niño(a)s, siendo necesario que los actores del proceso judicial estén capacitados en aquellas materias que les permitan potenciar la evocación de dichos recuerdos. De esta manera, una tarea pendiente para la Psicología jurídica consiste en divulgar estos conocimientos, con el fin de consensuar los criterios con respecto al testimonio infantil. Este artículo ha pretendido realizar un aporte en este sentido, por medio de la socialización de los hallazgos a este respecto.

v.- El diagnóstico evolutivo del desarrollo de la personalidad en evaluaciones de credibilidad.

La psicología del testimonio

El testimonio sobre un hecho relevante en una investigación va a estar determinado por las peculiares características de quien lo proporciona. Nos hemos propuesto hacer sucintamente, consideraciones sobre las características de personalidad del evaluado y su posible influencia en su testimonio.

El testimonio es uno de los medios de prueba más relevantes en las investigaciones de tipo penal, adquiriendo un mayor valor en la medida en que se encuentren ausentes otros medios de prueba o evidencias. Es a través de éste que se puede acceder de manera directa a lo más importante: el relato de los hechos que se investigan.

En este sentido, es el sujeto periciado, quien finalmente percibe y relata; de esta manera, el testimonio se ha considerado como un medio probatorio muy importante, en la medida que tiene como núcleo central al sujeto.

Para la adecuada evaluación de la credibilidad, deben considerarse algunas variables del desarrollo de personalidad dentro de la valoración de validez del testimonio. La evaluación de personalidad debe ceñirse a parámetros clínicos, y puede o no complementarse con algunas pruebas psicométricas y/o proyectivas. Tal evaluación debe realizarse libre de todo tipo de prejuicios e ideas preconcebidas, tales como: el sujeto inteligente siempre es más creíble, los hombres son más precisos en sus relatos y se interfieren menos por los afectos, los mayores se encuentran más calificados para dar un relato creíble, etc.

La investigación contemporánea en torno a la detección de la mentira, parte del supuesto de que quien vierte un relato falso tiene éxito sólo porque nadie dedica el tiempo y el esfuerzo suficiente para descubrirlo. Así, hablar de la mentira es hablar de dos actores: la persona que miente y la persona encargada de descubrirla.

Así, los trabajos en este campo se agrupan en dos grandes categorías según si refieren al sujeto emisor del mensaje falso o al receptor del mismo,

que deberá decidir si éste lo es o no. En el primero de los casos, se alude a las claves del engaño (fisiológicas, comportamentales, entre otras) que pueden estar presentes en la persona que miente. En el segundo, se atiende a los problemas de la detección, tales como los falsos positivos y/o falsos negativos, errores por idiosincrasia, error de Otelo, entre otros. Un perito suficientemente capacitado podrá evitar estos errores siguiendo la metodología de análisis de credibilidad y validez del testimonio. Por último, cabe incluir un tercer factor importante: las características propias de una declaración creíble, que la diferencian de una engañosa.

El procedimiento de análisis del testimonio sustentado en la hipótesis de Undeutsch, considera dos materias igualmente importantes: la entrevista y el análisis de la declaración obtenida en el marco de una evaluación forense.

88

Desarrollos posteriores han resaltado la relevancia de la evaluación psicológica en la *entrevista* forense del sujeto que proporciona un testimonio, basándose ésta en aspectos tales como:

- (a) análisis de las características de la declaración,
- (b) el análisis de las características individuales del testigo (desarrollo de la personalidad),
- (c) los posibles motivos del testigo para hacer una declaración y/o denuncia,
- (d) la sugestibilidad del sujeto periciado.

El análisis de las características individuales y de los motivos del testigo permite al perito psicólogo o psiquiatra hacer una evaluación global de la persona, que incluye los atributos emocionales e intelectuales generales del testigo, para lo cual pueden apoyarse en la información proporcionada por los instrumentos psicométricos y/o proyectivos.

39 “El error de Otelo toma su nombre de la tragedia de Shakespeare. Otelo acusa injustamente a su esposa Desdémona de adulterio. El miedo de Desdémona a no ser creída por Otelo la lleva a un arrebato emocional que el celoso Otelo identifica erróneamente con el comportamiento de una persona que miente. La confusión de Otelo le lleva a estrangular a Desdémona para, minutos más tarde, conocer su inocencia. Se comete un error de Otelo al considerar que una persona está mintiendo, cuando realmente está diciendo la verdad, sólo porque su comportamiento es muy alterado: identificando estrés con culpabilidad.” (Alonso-Quecuty, Campos, Hernández; 2000).

Respecto de este punto, antiguamente las evaluaciones se orientaban a determinar la “honradez general”, considerándola como un constructo que aportaba información respecto de la personalidad del testigo, pudiendo inferirse, desde las características psicológicas, la credibilidad del sujeto en un determinado caso.

En oposición a este enfoque, el análisis de las declaraciones pretende evaluar la credibilidad de un testimonio concreto, específico. Esto, dado que una persona habitualmente honesta puede tener motivos para engañar en un caso particular y una persona que usualmente engaña puede también ser sincera respecto a un tema determinado. Por tanto, en la evaluación pericial lo que interesa no es la credibilidad general de la persona, sino la credibilidad de la declaración en el caso concreto investigado.

En este sentido, el análisis de credibilidad de una declaración se realiza según criterios aplicados al contenido, los llamados criterios de realidad. El análisis de la calidad de una declaración mediante criterios de realidad se hace en función de la personalidad, habilidades cognitivas y verbales del individuo. Por tanto, complementando el análisis de la declaración del sujeto periciado, se incluye la valoración del desarrollo de su personalidad (características particulares del emisor), como un elemento a considerar en el de abordaje de la validez de su relato.

Alonso – Quecuty (1997), plantea que el examen psicológico de la declaración de un testigo y/o víctima, debe incluir:

- Las condiciones físicas del testigo
- Sus condiciones psicológicas (las generales y las propias del momento de la percepción)
- Sus (características) personalidad
- Su moralidad (antecedentes, condiciones sociales, educación)
- Contenido del testimonio: forma de respuestas, estado de ánimo, uniformidad, precisión, lenguaje utilizado.

Respecto de lo anterior, la importancia de evaluar a la persona en su totalidad y, en especial, su funcionamiento psicológico, radica en que su modo particular de ver el mundo será importante a la hora de comprender la forma en que habría apreciado y significado los hechos de los que da cuenta a través de sus dichos.

Undeutsch (1989), plantea que para realizar un análisis de credibilidad, resulta necesario efectuar evaluaciones a los sujetos que vierten el relato, atendiendo a dos niveles:

A los aspectos *cognitivos* de la persona, que redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).

Al *componente* motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

90

Ambos aspectos informan y justifican el por qué resulta pertinente el considerar aspectos del desarrollo de la personalidad de quienes relatan un hecho determinado, en el sentido que rescatan elementos propios del sujeto que se ponen en juego a la hora de emitir una declaración.

En la valoración de los aspectos cognitivos de la persona -asociados a la precisión y la exactitud con la que son vertidos los relatos- surge la necesidad de considerar la existencia de psicopatología, que por su cualidad, inhabilite o dificulte al sujeto de emitir una declaración ajustada a la realidad y al consenso. La inhabilitación desde un punto de vista psicológico estaría dada por una alteración del juicio de realidad (enmarcado dentro de un espectro psicopatológico definido por las clasificaciones internacionales de enfermedades mentales).

vi.- Las llamadas “falsas denuncias”: origen, contexto, indicadores

Históricamente, los diferentes grupos sociales han debido dilucidar situaciones ligadas a la transgresión de sus normas, que ha obligado al sistema de justicia imperante a recurrir a diferentes formas de probanza. El testimonio de un sujeto que debía dar cuenta de lo que observó o escuchó fue siempre considerada, y por lo tanto, el dilema de quien dice la verdad o quien la altera, ha sido abordado en diferentes épocas, utilizándose diferentes metodologías, desde las basadas en principios mágico-animistas, hasta a mediados del siglo pasado, las que se sustentaban en criterios más científicos (Álvarez y

Sarmiento, 2004).

La relevancia del testimonio en las decisiones judiciales sigue desempeñando un rol sustancial, que se incrementa en los casos asociados a delitos sexuales, donde la prueba material, muchas veces es inexistente (Mojardín, 1999), o en su presencia, ésta no permite aclarar el conjunto de materias que deberá resolver el tribunal competente. Los estudios de Undustsch (1982,1994; en Steller, 1994), apuntan en ese sentido, dando a conocer que del conjunto de declaraciones que fueron evaluadas como creíbles, en el 95% de los casos, sobre la base de dichas evaluaciones, los tribunales condenaron al acusado. Los hallazgos de Arntzen (1983, ídem), describen un 90%. En la misma dirección, apuntan los estudios de Hans y Vidmar (1986) quienes estimaron que en torno al 85% de los casos, las sentencias judiciales se habrían basado en testimonios que habrían sido significativos como parte del proceso de investigación.

91

En ese contexto, y dado, el principio de infalibilidad que busca lograr el sistema de administración de justicia, se han realizado esfuerzos para diferenciar los testimonios verídicos de los falsos, en cuyo proceso, se han realizado esfuerzos sustanciales desde la Psicología, especialmente en los últimos años. En este sentido, la Psicología del Testimonio ha contribuido a una mayor caracterización de las variables que inciden en el grado de sinceridad⁴¹ y veracidad⁴² de las declaraciones que se brindan, aspectos a los que se abocó inicialmente esta disciplina. Desde ésta línea de investigación, se han hecho alcances respecto de discrepancias en las declaraciones de testigos, que indicaban situaciones parcial o totalmente alejadas de la verdad de los hechos, sin intencionalidad, dando cuenta de la presencia de otros fenómenos que no dicen relación solamente con la mentira, sino con el error (Mira y López, 1986).

Asimismo, se han considerado las hipótesis asociadas al engaño desde la existencia de una declaración falsa en forma intencional, o aquellas asumidas a partir de la instrucción de un tercero (Aliste, M^a. A.; Escala, C.; Rutte, M^a. P., 2004), las que se constituirían en denuncias falsas propiamente tal. En este sentido, dada la diversidad de variables asociadas a la discrepancia que se

⁴¹ Entendida como la actitud psicológica a decir lo que se sabe y lo que se piensa (Álvarez y Sarmiento, 2004)

⁴² Entendida como la correspondencia exacta entre el estado subjetivo y la realidad objetiva (Álvarez y Sarmiento, 2004)

produce entre la realidad objetiva y aquella que se reproduce verbalmente, es necesario relevar el concepto de “intencionalidad” cuando se hace referencia estrictamente a la falsedad de una alegación, en la medida que un recuerdo inexacto, atribuible a dificultades en la recuperación de la información, podría ser entendido como falsa denuncia, no siéndolo estrictamente.

En este sentido, dada la inaccesibilidad de la realidad de manera objetiva, es impropio el referirse en términos categóricos respecto de la falsedad de una denuncia, sino sólo en forma consensual, desde un cuerpo de conocimientos, una ciencia o un sistema particular definido. Por ese motivo, en el caso de denuncias tramitadas desde el sistema judicial, estadísticamente se podría hacer referencia a casos que no han sido comprobados. Al respecto, se han realizado investigaciones que se basan en los fallos judiciales, que dan cuenta de la falta de probanza, como factor de análisis homologable a falsedad, sin embargo, no se contempla que en los dictámenes judiciales interfieren otros elementos que pueden afectar la resolución judicial, tales como, los procedimientos y evidencias materiales que integran la investigación criminalística.

Otras investigaciones se basan en los modelos de análisis de las declaraciones, que buscan identificar testimonios que se ajustan a criterios de análisis de contenidos de realidad. En estos casos, aquellos resultados que han sido considerados como insuficientes para cumplir con dichos criterios, han sido contemplados también en el ámbito de las denuncias definidas como falsas. Este enfoque de evaluación, propone una valoración de sus resultados en el sentido de apuntar hacia la credibilidad de un testimonio al cuantificarse o analizarse positivamente un número elevado de criterios, resultando menos clara la valoración de resultados que contengan un bajo número de ellos (Navarro, 2006). Otro elemento, referido por algunos autores, es que esta metodología tiene como objetivo validar testimonios verídicos, siendo menos eficiente para identificar declaraciones falsas (Navarro, 2006).

Desde esta discusión teórica, se constituye un marco de evaluación pertinente al momento de concluir respecto de la falsedad en torno a una denuncia, no obstante, dado que los testimonios tienen como base, procesos psicológicos mnémicos (de memoria), y la psicología es la ciencia que mejor explica dicho funcionamiento, se deben considerar las contribuciones que se

han hecho desde esta disciplina en la temática.

Cabe señalar, que las discusiones científicas en torno a dilucidar las variables asociadas al fenómeno de la falsedad, se encuentran ligadas a diversos factores y por lo mismo, su estudio se ha centrado en la investigación de ciertas temáticas específicas, agrupadas teóricamente en torno a cuatro conceptos: sugestibilidad, falsas memorias, alienación parental y el fenómeno de la retractación, los cuales, se desarrollarán a continuación.

Variables e indicadores asociados a las llamadas “falsas denuncias”

Las llamadas “falsas denuncias” han sido mencionadas como fuente de errores en la procuración y administración de justicia, con implicancias tanto en el ámbito público como privado. Por lo cual, se ha constituido en una temática de interés en el ámbito científico, identificándose en los falsos alegatos la participación tanto de factores individuales, socio-familiares como contextuales, que serán analizados sobre la base de los fenómenos psicológicos mencionados.

Se han descrito cifras porcentuales de alegatos falsos entre el 6% y el 8% (Conte, 1992; Faller 1990; Jones y McGraw, 1987, en Sanz 1999). Jones y McGraw (1987) mencionan la prevalencia de un 8% de testimonios falsos de víctimas, que se reduce a un 2% en casos de menores (Arce, R; Fariña, F. Jóluskin, G, 2002). En el ámbito nacional, a partir de un estudio descriptivo (Alambra & Miranda, 2003), que contempló una muestra de 154 casos⁴³ entre niño(a)s y adolescentes, presuntas víctimas de agresiones sexuales, dan cuenta de un 14% de testimonios evaluados que no cumplen los criterios de credibilidad. De éstos, en el 9%, se consideró resultados presentados como retractación y aquellos con la presencia de indicadores psicológicos asociados a experiencias de victimización, descendiendo a un 3,8%, los “propiaamente no veraces”.

La Psicología del Testimonio ha profundizado en esta temática y por lo mismo destacan los aportes provenientes desde la corriente Alemana y la de EE.UU., que en forma paralela avanzan en sentidos diferentes desde la década de los ochenta. La primera, se centró en la descripción de las declaraciones convincentes de testigos infantiles en casos reales y en contextos judiciales. A su vez, la segunda, se orientó al estudio de las falsas memorias en contextos

⁴³ Evaluación de credibilidad de sus relatos en el CAVAS Metropolitano, solicitados por el Ministerio Público, en el período comprendido entre Diciembre del año 2000 y Julio del año 2003.

experimentales, vale decir, se preocupó de los recuerdos falsos no intencionados, sugeridos y autosugeridos, logrando una caracterización de las falsas memorias⁴⁴.

La corriente de estudios anglosajona⁴⁵, postulaba que las representaciones de ambos tipos de memoria (memorias reales y falsas) podrían variar en un conjunto de rasgos o dimensiones, y que esta variación estaría determinada por el origen del recuerdo (Diges, 1997), pudiendo diferenciarse entre los registros mnémicos y la fuente de éstos. A su vez, se podría distinguir entre las memorias de origen interno y externo, cuyas representaciones de memoria reflejarían diferencias entre los procesos psicológicos implicados en la formación de cada una.

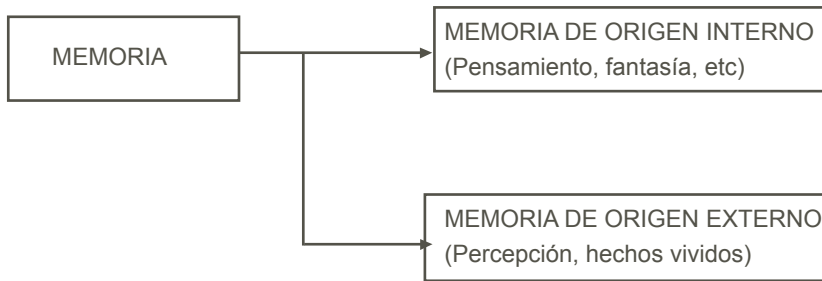


Diagrama 1.- Tipos de Memoria

44 Se entiende como falsas memorias “todo reporte memorístico de información en el que hay parcial o total diferencia con los hechos de interés” (Mojardín, 1999).

45 Dicha corriente tuvo su sustento teórico original en los planteamientos de Jonson y Raye (1981) y su modelo de Control de Realidad.

Desde esta teoría, las memorias de origen interno resultarían de la imaginación o del pensamiento, mientras que las de origen externo se generarían como resultado de procesos perceptivos (Diges, 1997). En general, desde dicho ámbito de investigación se delinearon las bases teóricas para plantear la posibilidad de que el evaluador pueda identificar si una memoria determinada corresponde a una experiencia real o es algo meramente imaginado. Esto es, que a partir de la valoración cualitativa de los rasgos diferenciales del relato, se pueda obtener elementos significativos que orientan respecto de reportes que no se sustentarían en hechos vividos realmente.

En ese sentido, respecto de la comparación que se ha hecho entre las falsas memorias con la conformación de recuerdos verdaderos (Brainerd y Reyna, 1995), se sostiene que ambos tipos de recuerdos no diferirían en cuanto a los mecanismos de base para su conformación. Las similitudes referidas se centrarían en:

- Su origen estaría asociado al tipo de información que se memoriza (de sentido común o compleja).
- Tipo de memoria registrada (táctil, auditiva, visual o en forma combinada).
- La variable temporal asociada a la recuperación (inmediatamente o tiempo después de sucedido el hecho).
- El procedimiento utilizado para la recuperación de la información (recuerdo libre o reconocimiento).

Los investigadores que se han abocado a estudiar el fenómeno ligado a los recuerdos falsos sugeridos, sustentaron que las descripciones de memoria basadas en sucesos percibidos (memoria de origen externo) contendrían más información sensorial, mientras que las descripciones de memoria basadas en la sugestión (memoria de origen interno) contendrían mayor referencia a procesos cognitivos idiosincráticos (Schooler, Gerhard y Loftus, 1986). Últimamente, además se ha señalado que ambos tipos de registros mnémicos pueden persistir en el tiempo (Reyna y Brainerd, 1995).

A su vez, los autores refieren que los registros de memoria contemplan una modalidad de almacenamiento dual, consistente en rasgos literales y de significados, que se realiza en forma simultánea, pero independientemente en la memoria. Los rasgos literales serían los primeros a los que el sujeto tendería a recurrir ante la necesidad de evocar dichos registros, pero los significados son más resistentes al olvido. Por ese motivo, cuando no sería posible acceder al primer tipo de registro descrito, se accedería al segundo.

Tanto niño(a)s como adultos preferirían resolver problemas basados en la memoria de significado, dada las cualidades presentadas, basadas en su estabilidad, lo que contribuye en la acuciosidad y flexibilidad del raciocinio, en desmedro de la fidedignidad que proporciona la memoria de tipo literal (Brainerd y Reyna, 1995). En este sentido, cobra relevancia considerar, el tipo de fijación o almacenamiento que ha realizado la persona (táctil, auditiva, etc.), ya que puede contribuir a la facilitación de su reporte verbal o la valoración de éste.

A partir de la fuente de origen, los falsos recuerdos sugeridos, se distinguen en dos tipos: espontáneos e implantados (Brainerd y Poole, 1998; Reyna y Lloyd, 1998, en Mojardín, 1999).

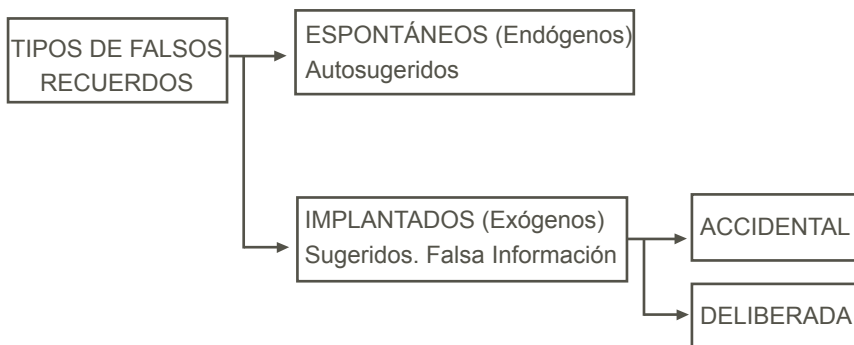


Diagrama 2.- Tipos de Falsos Recuerdos

En primer lugar, consideraremos los falsos recuerdos espontáneos, que se originarían a partir de mecanismos internos que implican una distorsión de la memoria (en general, cualquier mecanismo memorístico de elaboración de información), poniendo de relieve el tema de la sugestibilidad.

En un segundo momento, se abordaran los falsos recuerdos implantados que están vinculados a la participación de un tercero en el origen del recuerdo.

Antes, cabe señalar que se han descrito algunos supuestos asociados a la sugestibilidad, que es necesario tener presente al momento de referirse en torno al tema (Neufeld, C.; Domingos, L.; Milnitsky, L., 2000):

- No existe conciencia de dicho proceso
- Constituye un resultado de información presentada posterior al evento en cuestión.
- El efecto puede ser definido como una aceptación y consecuente incorporación de información posterior al evento ocurrido en la memoria original del mismo.
- Constituye un fenómeno mnémico y no de base social (por presión social o mentiras).
- La sugestibilidad sugerida puede o no alterar o sustituir la memoria inicial.

Los falsos recuerdos sugeridos espontáneos

Los estudios experimentales realizados sobre la sugestión inducida a través de información postsuceso engañosa o errónea entregada por un tercero, han revelado la existencia de diferencias en las características cualitativas entre las memorias reales y las sugeridas (Schooler, Gerhard y Loftus, 1986; Manzanero, 2001), distinguiéndose las siguientes:

Indicadores de memorias sugeridas:

- Mayor cantidad de palabras e inclusión de elementos irrelevantes, como las muletillas.
- Mayor cantidad de alusiones a los procesos mentales del sujeto con indicadores de “elaboración cognitiva del recuerdo” como resultado del proceso de incorporación de información falsa.
- Mayor cantidad de autorreferencias.
- Menor inclusión de detalles sensoriales. Este elemento, para los autores, parece ser uno de los rasgos que más fuertemente

se diferencia entre las dos formas de memorias, asociándose a que dicho registro mnémico sería más difícil de modificar, y por lo tanto, más resistente a información engañosa y complejo de inventar.

La información postsuceso engañosa o errónea entregada por un tercero ha sido estudiada en el ámbito judicial, especialmente durante los interrogatorios. A partir de observaciones sobre este proceso, se ha constatado que diferentes agentes operativos del sistema de justicia, en su afán de obtener mayor número de detalles en pro de la investigación, pueden involuntariamente provocar el reporte de falsos testimonios y, por lo mismo, contribuir a la elaboración de una falsa denuncia derivada de un reporte inexacto (Poole y Whhite, 1995; Titcomb, 1996).

98

Específicamente, esto se generaría al realizar preguntas sugerentes o que demandan una elaboración sobre la experiencia vivida. Asimismo, aspectos conductuales de dichos agentes, pueden provocar respuestas en quien testifica, en el sentido de generar una necesidad de complacer o satisfacer las expectativas del entrevistador, considerándose aspectos más intimidatorios o de valoración de la autoridad, que pueden llevar a brindar un reporte que no se condice con la realidad, es decir, una fuente de falsificación involuntaria de la información (Brainerd y Poole, 1998).

Además de las características del interrogatorio, se han descrito variables asociadas a la configuración de falsos recuerdos, específicamente relacionadas con variables temporales. En este sentido, habría mayor susceptibilidad a incorporar falsos recuerdos en la medida que pasa mayor cantidad de tiempo entre el momento del registro y la evocación. Por ese motivo, un interrogatorio o evaluación que se realiza mucho tiempo después de ocurrido el delito, estaría sujeto a un mayor riesgo de implantación de falsos recuerdos.

Otra variable interviniente que se ha descrito, en la producción y perpetuación de las falsas memorias, se refiere a la exposición a repetidos interrogatorios a los que deben enfrentarse los testigos en los procesos de investigación que llevan a cabo los sistemas de justicia (Neufeld, C.; Domingos, L.; Milnitsky, L., 2000).

Por otra parte, si bien hay sujetos que han vivenciado situaciones

traumáticas que son reexperimentadas de forma intrusiva, hay otros que presentan fallas en la memoria, provocándose el fenómeno del olvido. Asimismo, se ha hecho referencia a que la mayoría de las personas que han sido objeto de victimizaciones en la esfera sexual, recuerdan siempre fracciones de la agresión y al mismo tiempo olvidan parte de ellas, lo cual, podría contribuir a inexactitudes en sus reportes (Williams, 1994a, 1995b, 1995). Conjuntamente, investigaciones asociadas al proceso de recuperación de información, han observado que el proceso de evocación, ocurre tanto en recuerdos de sucesos reales como en falsos recuerdos, presentándose aparentemente ambos como psicológicamente reales (Schooler, 1994), aún cuando el perito posee los medios para hacer la discriminación entre ambos.

En este sentido, hay diversos autores que han cuestionado la legitimidad del recuerdo recuperado en etapas posteriores del ciclo vital, las que principalmente se asocian a contextos terapéuticos. Lo anterior, se fundamentaría en que estos recuerdos serían redefiniciones que implicarían una distorsión de la verdad, a través de elementos de la fantasía o de prejuicios ideológicos de base (Kitzinger, ART). Otro aspecto a destacar es que, si bien no es posible establecer la frecuencia de este fenómeno, si hay evidencias que apuntan a que un contexto facilitador tendrá que solapar los recuerdos falsos con acontecimientos reales (Cheit, 1994).

Otros hallazgos encontrados han constatado que no siempre la información postsuceso puede afectar el recuerdo de un acontecimiento original (CECI et al, 1987). De hecho, se ha observado que diversos sujetos han mostrado resistencia ante la presentación de información sugerida, lo cual va a depender de las características de ésta (Schooler et al, 1986). A raíz de lo anterior, se ha planteado que una información engañosa tendría mejor recepción si no discrepa sustancialmente de la información original (Loftus, 1979b; en Diges, 1997). Asimismo, influirían factores psicosociales que reducirían la posibilidad de sugestión, como la evaluación que realice el testigo respecto de las intenciones o intereses del entrevistador (Dood y Bradshaw, 1980; Erdelyi 1984; Weinber et al., 1983; CECI et al.).

Los falsos recuerdos sugeridos implantados

La implantación de falsos recuerdos puede generarse producto de la participación de un tercero, que en forma inconsciente o deliberada, proporcione información engañosa que elicite falsas memorias. En este contexto, el sujeto

puede internalizar la información o reproducirla conscientemente.

Si bien, la implantación de falsos recuerdos es posible tanto en niño(a)s como en adultos, éstos últimos, pueden ser más susceptible a la configuración de falsas memorias, dependiendo del tipo de información y mecanismo memorístico, es decir, “las circunstancias en las que se provee esa información, la familiaridad de las personas con el delito y la congruencia de la información proveída con el significado global de éste... aumentaría la probabilidad con la edad” (Mojardín, 1998; Stein, 1998). A pesar de lo anterior, se le ha atribuido a la población infantil mayor riesgo para la configuración de dicho fenómeno, debido a una representación de las características evolutivas en torno al déficit.

100

Respecto a lo anterior, se ha señalado que los niño(a)s, al encontrarse en proceso de maduración, presentarían una dificultad para distinguir entre la realidad y la fantasía; su tendencia a ésta misma, vulnerabilidad a la sugestión, limitaciones a nivel cognoscitivo, afectando su desempeño en el ámbito de su inteligencia y memoria (CECI y Taglia, 1987). En esta línea de argumentos, De Gregorio (2004), se refiere a la falta de experiencia del niño(a) (en comparación a la del adulto) lo que no le permitiría desarrollar asociaciones, y por ende, no intentaría comprobar la validez de los hechos de su realidad.

Basados en estos elementos, se ha atribuido al niño(a) una tendencia intencionada o ingenua a la falsedad en su declaración (CECI y Taglia, 1987). El mismo autor, señala que a partir de la falta de experiencia y de una adecuada interpretación de los fenómenos de la realidad, el niño(a) reemplaza los eslabones de asociación con productos de su fantasía. Asociado a la mentira también se ha insinuado que los niño(a)s, para llamar la atención de los adultos, podrían incurrir en lo que se ha denominado mitomanía infantil (Caro, 1974, Battistelli, 1984).

Como contraparte, basados en estudios desde la psicología experimental, **diversos autores han observado que los niño(a)s no difieren de los adultos en el grado de sugestionabilidad** (Cohen y Harnik, 1980; Marin y col., 1979). Es decir, no son fácilmente influenciados cuando se intenta que realicen una falsa alegación de abuso sexual (Saywitz, Goodman, Nicholas y Moan, 1991). También no ha sido posible determinar, con datos científicos, que los niño(a)s difieren de los adultos en su capacidad para distinguir entre sucesos percibidos directamente de aquellos imaginados

(Diges, 1997 y Alonso, 1994). En esa misma línea, a partir de los estudios de Bussey y Grimbeek (2000), los autores sostienen que los niño(a)s desde los 4 años de edad poseen capacidad para participar efectivamente en el sistema legal, dando cuenta que éstos tienen una comprensión suficiente de la mentira y de la verdad (en Tapias, A.; Aguirre O.; Mondaca, A.; Torres, A.; 2001; Sanz y Molina, 1999).

Con relación a la legitimidad del testimonio de los niño(a)s, una de las más amplias discusiones que se ha establecido está vinculada con la implantación de falsos recuerdos, que en forma voluntaria o no, se genera a partir de la participación de terceras personas. Vale decir, los adultos promoverían que los niño(a)s voluntariamente y conscientemente proporcionarían una declaración irreal, esto es, brindar un testimonio intencionalmente engañoso. Por otro lado, a partir de una situación inexistente, el niño(a) habría incorporado una información externa como si de verdad la hubiese vivenciado, esto implica que se habría producido una alteración del recuerdo a causa de variables ambientales, donde el sujeto en forma involuntaria habría incorporado información sugerida, asimilando dichos datos como parte de su experiencia real (Cantón y Cortés, 2000).

Cabe señalar, que si bien experimentalmente, se ha avanzado en dilucidar interrogantes respecto de las memorias sugeridas como se ha descrito inicialmente, existe menor información respecto de las memorias falsas que se crean sin sugestión explícita y aquellas que surgen fruto de la imaginación o de la invención deliberada (Diges, 1997). No obstante, este último aspecto ha sido motor de diversas discusiones, en el plano judicial, social y científico.

La relevancia del contexto de la denuncia

Un factor de riesgo preponderante en estos casos ha sido el contexto de disputa legal entre progenitores. Se ha considerado que este grupo se constituiría de alto riesgo para establecer la fiabilidad de sus relatos y con alta probabilidad de constituirse en protagonistas de falsos alegatos, toda vez que se verían expuestos a otras variables que incidirían en la imparcialidad de los procesos judiciales, específicamente, cuando coinciden con el conflicto de intereses de los progenitores en sus disputas por el ejercicio de algún derecho y/u obligación parental.

En este plano, también se ha cuestionado la labor de los profesionales, que actúan en el ámbito forense y que participan en la función de dilucidar dicha problemática, así como a las técnicas o metodología utilizadas, responsabilizándolos en algunos casos por la creación de falsas memorias en los niño(a)s atendidos, de los síntomas registrados en éstos y contribuir al llamado Síndrome de Alienación Parental (De Gregorio, 2004).

Si bien este síndrome, se ha asociado más específicamente, a un contexto de disputas conyugales, otros autores como Darnall (1998) ampliaron esta delimitación, señalando que este síndrome incluye cualquier comportamiento consciente o inconsciente, que pueda generar una perturbación en el vínculo del niño(a) con su otro progenitor.

Aguilar (2006) plantea una serie de criterios para identificar el síndrome de alineación parental, considerándose al progenitor que condiciona al niño(a) en contra del otro progenitor, como “alienador” y a la figura que se le atribuyen las características negativas como el “alienado”.

Los niño(a)s tratan a sus progenitores como a un desconocido cuya proximidad es vivenciada como una agresión directa, apareciendo su conducta como independiente al discurso del progenitor que inicia el proceso de perjuicios y desacreditación. El progenitor aludido presenta una reacción inicial de estupor dado que la actitud que el niño(a) presenta no es habitual.

El niño(a) elabora explicaciones triviales para avalar su rechazo al progenitor alienado. Cuando el psicólogo intenta profundizar en los argumentos que explicita el niño(a), sus respuestas caen en un diálogo circular que no concluye nunca.

En presencia del progenitor alienado se observa ausencia total del contacto ocular y el mantenimiento de una excesiva distancia física con esta figura.

Ausencia de ambivalencia en los sentimientos negativos que manifiesta hacia el progenitor alienado. En este sentido, el niño(a) exterioriza sólo vivencias negativas asociadas a esta figura, a diferencia de la actitud que presenta hacia el otro progenitor, en donde se observa, que cualquier afrenta hacia éste es experimentada de modo personal e inexcusable. Por esto, se configura un vínculo de carácter patológico, en donde el niño(a) adopta una

postura dogmática que no concibe críticas hacia esta figura.

El niño(a) manifiesta que sus decisiones y actos son su responsabilidad y por propia iniciativa, lo que ha sido denominado por Gardner (1992, en Aguilar, 2006), como el fenómeno del pensador independiente. Asimismo, el niño(a) señala que el discurso del otro progenitor no ha ejercido ninguna influencia en los afectos que expresa hacia el progenitor alienado, lo cual, es corroborado por el alienador. Por tanto, el psicólogo debe observar el nivel lingüístico que los examinados están utilizando, por ejemplo, complejidad semántica.

En este síndrome, el niño(a) vivencia el conflicto conyugal como consecuencia de argumentos lógicos, en el que es necesario adoptar una posición de defensa del progenitor alienador. Por lo mismo, en ausencia del progenitor, el niño(a) asume la responsabilidad de la defensa ante los otros, considerando cualquier comentario de otro sujeto como un argumento negativo hacia sí mismo.

Ausencia de culpabilidad en el niño(a) ante los sentimientos negativos manifestados hacia el progenitor alienado.

Se observa la presencia de vivencias que son adoptadas por el niño(a) aún cuando jamás éste hubiera estado presente cuando sucedieron, o bien, resultan incoherentes con su rango etario. Por esto, cuando el niño(a) es entrevistado, evidencia un relato incongruente y con menor cantidad de detalles. Conjuntamente, en presencia del progenitor alienador se observa un aumento del contacto visual y físico e interrupciones aclaratorias por parte de esta figura.

Extensión de los sentimientos negativos manifestados por el niño(a) hacia el entorno del progenitor alienado. Al indagar en los vínculos que el niño(a) habría mantenido con la familia extensa, se observa que previamente habría sostenido una relación afectiva y sin motivo aparente el niño(a) modifica su actitud.

En estos casos, las falsas denuncias de abuso sexual serían utilizadas muchas veces como estrategia para interferir o lograr una posición ventajosa en las disputas conyugales. Es por lo mismo, que se ha asociado el síndrome de alineación parental con el abuso sexual, específicamente, cuando el progenitor alienador presenta una denuncia por abuso sexual, al frustrarse

otros mecanismos que han intentado aislar al niño(a) y destruir el vínculo que sostiene con el otro progenitor. Por otra parte, muchos agresores sexuales han negado la acusación del niño(a) señalando que éste actúa por influencia del otro progenitor y que el niño(a) presentaría este síndrome.

Este mismo autor, propone un diagnóstico diferencial entre el síndrome de alineación parental y abuso sexual, que se grafica a seguir:

mismo Un progenitor programador sólo denuncia el daño ejercido hacia sus hijos.

Abuso Sexual	Síndrome de Alienación Parental
El niño(a) recuerda los hechos sin intervención de terceros	El niño(a) necesita apoyo de terceros para recordar lo vivenciado
El relato aparece como creíble, debido a la presencia de mayor cantidad y calidad de detalles	El relato carece de detalles e incluso puede presentar elementos contradictorios
Los conocimientos sexuales que manifiesta no son apropiados para su nivel de desarrollo	No presenta registros mnémicos sensoriales asociados a la situación relatada
Presencia de conductas sexualizadas	Ausencia
Frecuentemente aparecen indicadores físicos	Ausencia
Frecuentemente aparecen alteraciones funcionales	Ausencia
Frecuentemente presenta dificultades escolares	Ausencia
Alteraciones en el patrón de interacción habitual	Ausencia
Presencia de sentimientos de culpa, estigmatización, baja autoestima, ideación suicida, etc.	Ausencia
El niño(a) experimenta culpa o vergüenza por lo que declara	Sentimientos de culpa o vergüenza escasos o inexistentes
Denuncia previa a la separación	Denuncias son posteriores a la separación
El progenitor vislumbra la destrucción de vínculos que la denuncia provocará en el sistema familiar	El progenitor ignora o le resta importancia la destrucción de los vínculos familiares
El progenitor que denuncia generalmente lo acusa también de abusos a sí mismo	Un progenitor programador sólo denuncia el daño ejercido hacia sus hijos.

Otro aspecto que aparece asociado a variables de índole familiar, ligado a los falsos reportes, es el fenómeno de la Retracción . En el estudio de casos confirmados de agresiones de tipo sexual, ha sido posible identificar que la revelación de la vivencia constituye un proceso más que un acontecimiento aislado. En ese sentido, ha sido descrito a partir de un curso que pasa de la negación a la revelación vacilante, a la revelación activa y después a la revocación (Sorensen y Snaw, 1991; Freyd, 2003). Ésta última ha sido observada con una incidencia del 22% (idem).

Si bien una retractación puede ser de tipo positiva o negativa, ambas situaciones contemplan la presencia de dos versiones en sentido diferente, que exigen una valoración que permita distinguir un testimonio que contenga información fidedigna de aquél alegato falso.

Respecto de las retractaciones de tipo negativa se han observado variables asociadas a la ocurrencia de dicho fenómeno, describiéndose las siguientes (Rivera y Salvatierra, 2002):

- Vínculo familiar de la víctima con el agresor. Con más frecuencia se retractan los niño(a)s que habían sido agredidos sexualmente por figuras con los que existe un vínculo de tipo familiar o sustentan alguna función de cuidado o protección hacia ellos.
- Existe una dependencia económica de la madre o familia, respecto del presunto agresor.
- La madre o figura de apoyo presenta una actitud incrédula frente a la develación.
- La desconfianza de los padres, en estudios realizados sobre el tema, fue también identificada como fuente de falsos recuerdos en niño(a)s que se referían a experiencias de agresiones sexuales en su contra (Ceci y Brunck, 1996).
- El niño(a) ha sido objeto de victimización secundaria.

Estudios han revelado que los factores mencionados inciden significativamente en la modificación de los testimonios de niño(a)s que han sido víctimas de la ocurrencia de algún tipo de agresión sexual en su contra. Por ese motivo, dichas variables deben ser consideradas al momento de evaluar el testimonio posterior de un niño(a) que se presenta en un sentido contrario de sus dichos iniciales, cuando habría develado la ocurrencia de la agresión investigada.

Por otro lado, como los niño(a)s al momento de brindar un nuevo testimonio deben argumentar el cambio de versión, el contenido de su reporte puede revelar indicadores que pueden dar cuenta del falso testimonio. En ese sentido, de acuerdo a su nivel de desarrollo, ha sido posible observar lo siguiente (Rivera y Salvatierra, 2002):

4 a 6 años: dada la incapacidad evolutiva para elaborar argumentos de tipo causales, frecuentemente utilizan la fantasía para explicar su versión alternativa (ej.: “fue una broma”).

Niño(a)s de mayor edad: generan una justificación que incorpora elementos propios del mundo adulto.

Adolescentes: señalan haber mentido porque “habían iniciado su vida sexual y tenían miedo de que sus padres se enteraran”.

Dada las variables ambientales y familiares que inciden en una retractación en un momento determinado, y que, en el caso de retractaciones de tipo positiva se ha encontrado que un alto porcentaje (93%) de casos volvían a sus alegatos iniciales, se considera relevante considerar el proceso de develación como un proceso constituido por fases, como se ha señalado, a fin de que, tal como las tareas evolutivas, pueda resolverse favorablemente dicha situación (Sorensen & Snaw, 1991). En este contexto, cabe señalar las observaciones de Undeutsch, quien pone de relieve la dificultad de inventar una mentira y que ésta se mantenga en el tiempo, lo que ha sido observado en investigaciones que han valorado testimonios como increíbles (Centro Reina Sofía, 2003).

106

Ante la observancia de dicho fenómeno se propone la evaluación de ciertas variables que permitan dilucidar el origen de los contenidos de las versiones evaluadas, que contemple la indagación de aspectos motivacionales del testigo para una u otra versión; el contexto de develación (directa, espontánea, a partir de un tercero, etc.); fuente u origen de los contenidos entregados en sus declaraciones previas (principalmente relevante en testimonios de niño(a)s); ganancias secundarias (para una u otra versión); valoración de los costos personales y familiares asociados a la develación; posible instrumentalización de terceras personas; además de los indicadores propios utilizados en la metodología para análisis de relatos.

En suma, en términos generales cabe señalar que, para discriminar el origen de ciertos testimonios que se alejan de la realidad, se ha propuesto evaluar las circunstancias tanto subjetivas como externas que pudiesen haber configurado el error. Asimismo, establecer el grado de conciencia y participación del testigo en dicha creación, lo que en conjunto podría mostrar la existencia de una declaración falsa en contraposición a una asumida como verdadera (Seller, Vibert y Wellershaus, 1993, en Navarro, 2004).

vii.- Análisis y comentarios de algunas sentencias de los tribunales orales en lo penal

En este apartado se ha considerado relevante el incluir algunas sentencias dictadas por los Tribunales Orales en la Penal en casos de delitos sexuales, ya que se las considera ilustrativas de las posiciones que han tomado los jueces que los componen, y el modo en que las pericias psiquiátricas y psicológicas han tenido alguna injerencia en los fallos. De todos modos debemos señalar que en honor al espacio y a la capacidad de síntesis, sólo incorporaremos algunas de ellas, las que consideramos son concordantes con lo que se ha planteado en el cuerpo de este Manual; sin perjuicio que resulta evidente el aclarar que también existen sentencias que han valorado este particular medio de prueba de forma negativa o lo han desestimado.

107

Santiago, ocho de febrero de dos mil seis.

SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO
RUC N° 0500308099-6

DECIMO: Valoración de los medios de prueba. Que se ha dado crédito a lo afirmado por la menor afectada, ya que pese a haber entregado un relato breve de lo ocurrido ha impresionado a este Tribunal como veraz, creíble en lo esencial, concordante en sus declaraciones con otras piezas fundamentales del proceso...

La ofendida, a pesar de sus 7 años de edad, entregó un relato preciso, que aparece como absolutamente vivencial ya que no se observaron antecedentes que indicaran una memorización de su parte y lo único evidente era un cierto nerviosismo de su parte y algo de ansiedad por concluir rápido un trámite que debe resultarle fastidioso.

La credibilidad del relato de la menor ofendida se vio fortalecido por lo declarado, en torno a dicho preciso asunto, por el perito psicólogo C.G.P.C., quien en los resultados de su pericia de credibilidad de la menor sostuvo enfático que el relato de la menor “presenta indicadores de credibilidad, en términos generales es un relato bien estructurado, con un orden lógico, con detalles sensoriales, de memoria y recuerdo visual, con memoria auditiva, detalles superfluos e inusuales, descripción de estados mentales subjetivos de la niña en el momento, con correcciones espontáneas de detalles y otros, que

lo distancian de un relato aprendido”, a agregando luego que “la niña presenta un daño psicológico moderado a severo, ... todo lo cual es compatible con una experiencia de abuso sexual”.

Ajuicio del Tribunal no le resta credibilidad a los dichos de la menor la diversidad de elementos, antecedentes o detalles relevantes presentes en los relatos que ésta ha entregado en diversas instancias desde que ocurrieron lo hechos, ya que esta fue preocupación y pregunta aclaratoria específica formulada al perito que depuso en la causa, resultando coherente a este respecto la explicación del fenómeno de la “retractación” que se presenta asociado a la dinámica propia de los eventos abusivos al interior de un grupo familiar, retractación que puede consistir en la total negación de los eventos abusivos o en su mera morigeración o negación parcial de los mismos.

108

Las declaraciones de los peritos C.G.P.C. y S.A.A. han impresionado como proveniente de personas con suficiente experticia y experiencia en el ámbito específico que les correspondió ilustrar, logrando exponer los objetos de análisis, metodología empleada y conclusiones arribadas de un modo coherente. A este respecto parece injustificado el reproche que le formula la defensa, en orden a que el término más utilizado por éstos fue “posible”, ya que la responsabilidad científica obliga a no realizar afirmaciones enfáticas sobre materias que no son susceptibles de ser analizadas, y por tanto explicadas, bajo proposiciones dotadas de la exactitud propia de las ciencias físicas o matemáticas. El Tribunal no percibió aquellas reservas de los deponentes como una debilidad o inseguridad en torno a las conclusiones alcanzadas por éstos, sino como una limitación proveniente, mas bien, del carácter social de la ciencia desde la cual se formulan dichas conclusiones.

Comentario

En esta sentencia se han valorado distintos aspectos que concuerdan con aquellos a los que se ha dado énfasis en la mesa de credibilidad, a saber:

Se valora positivamente al SVA como metodología que es consistente con otras pruebas y declaraciones puestas a disposición del proceso del juicio oral. Dentro de esta, el CBCA le permite a los jueces comprender la forma en que se accede a la credibilidad de un relato y como se diferencia este de uno fantaseado o aprendido.

Se valora la experticia del perito con relación a temas evolutivos,

narrativos y de la dinámica psicológica del abuso, lo cual permite al Juez comprender y validar el fenómeno de la retractación y del abuso sexual. Y junto a ello comprender la existencia de variaciones en distintas declaraciones sin restar por ello credibilidad al relato (“no le resta credibilidad a los dichos de la menor la diversidad de elementos, antecedentes o detalles relevantes presentes en los relatos que ésta ha entregado en diversas instancias”).

Por otra parte, valora la presencia de indicadores de daño emocional, como consecuencia de la experiencia abusiva.

Finalmente, reconoce el carácter de ciencia social de la psicología y de los métodos utilizados, por lo que comprende que el grado de inexactitud de la ciencia no nace de una debilidad o inseguridad en torno a las conclusiones de los peritos, sino de una limitación proveniente del carácter mismo de la ciencia. Limitación que no le resta validez. Específicamente en este caso, referido a las categorías del CBCA.

Punta Arenas, veintiséis de septiembre del año dos mil seis.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS

R.U.C. 0500302987-7

Esta testigo de manera clara, precisa, categórica, lógica, coherente, exenta de motivo espurio, verosímil tanto objetiva como subjetivamente de momento que no existe antecedente alguno que hiciere dudar de la credibilidad de la misma, nos interiorizó de la forma como se desarrollaron los hechos materia de la acusación y que se dieron por asentados...

...Dichos asertos se ven refrendados por las expresiones de la perito psicólogo A.N.F., su madre Fresia L.R., su abuela materna Rita R.A. y por el funcionario policial T.M.C. de donde fluye que el relato de la menor es coherente, congruente y persistente en el tiempo.

En efecto, la deponente experta y avezada A.N.F., psicólogo nos señaló que en septiembre del año dos mil cinco evaluó a la menor de iniciales F.A.L. de cinco años de edad a esa fecha. De manera explícita, evidente, palmaria refiere que aplicó sobre ésta diversas pruebas psicológicas y dos entrevistas clínicas, entre otras test gráficos de figura humana, test de la familia kinética, figuras afectivas, CBCA, etc., entrevista a la madre y abuela de la menor.

Luego realiza una triangulación de la información de donde concluye que el relato de la menor es creíble, que la menor presenta una afectación emocional, dificultades en la esfera sexual que podría influir a futuro en las relaciones con sus padres y figuras significativas...

...El relato fue accidental, no aprendido. No se trata de una historia de fantasía, sino de una situación puntual que devela eventos que venían sucediendo desde hace algún tiempo. En la pericia el relato fue espontáneo al preguntársele porqué no vivía con su “tata nany” señaló que éste le efectuó tocaciones en la vagina con sus manos y pene. No refiere cuantas veces, pero sí que cuando puso su pene sobre su vagina le causó dolor...

...Presenta mucha sensibilidad al tema, tiende a llorar con facilidad frente al tema, aislamiento emocional, rechazo a sus padres, alejamiento de sus amigos, negación a conductas sexuales, alteración en materia sexual, erotización de conductas inapropiadas para su edad, no hay una evolución negativa todavía, pero sí lo puede haber a futuro. La deponente añade que no hay contradicción al triangular la información, tampoco incongruencia, incoherencia, transcurren varios meses y la menor siempre mantiene el mismo relato, en consecuencia este es veraz, creíble, no fantasioso...

En lo que refiere al relato de la perito, se trata del testimonio experto que, puede facilitar la interpretación de la evidencia que es presentada en juicio, al decir de las autoras P.C.B. y G.M.N., peritos externos de la Defensoría Penal Pública, en su obra Peritajes Psicológicos sobre los Delitos Sexuales, página 43 “los distintos testimonios que pueden ser utilizados por los psicólogos en juicio destacan como **evidencia sustantiva**, el que se utiliza para entregar elementos de juicio para que el tribunal decida en relación a si el abuso ha sido cometido en esa supuesta víctima y como **rehabilitación de la evidencia** referido a que en niño(a)s con historia de abusos se ven afectadas sus posibilidades de declaración creíble en el juicio; por tanto se utiliza en las apelaciones el testimonio de experto como una manera de rehabilitar la evidencia. Agregan, que los psicólogos que sirven la función de expertos representan a la disciplina y tienen la seria responsabilidad de proveer elementos que permitan a otros acceder a lo que se sabe con respecto al desarrollo psicológico, abuso sexual, memoria y sugestionabilidad. Añaden en la página 45 que “la mentira intencional parece ocurrir en un porcentaje bajo de casos; de hecho, dependiendo de la edad del niño(a) Everson y Boat (1989) y Jones y McGraw (1987, en Ceci & Hembrooke) la estiman entre un 2% hasta un 8% de los casos, con más

porcentajes de representación para los niño(a)s mayores”, circunstancia que avala la credibilidad del relato de la menor F.A.L.

Las mismas autoras, en obra citada, página 99, a propósito de las características generales de los **test gráficos**, entre otros por cierto, los de figura humana y de familia y de familia kinético, aplicados sobre la menor por la citada perito, “manifiestan que el lenguaje gráfico es más cercano al inconsciente y al Yo corporal; por lo tanto, es más confiable que el lenguaje verbal, ya que como es un logro más tardío está más sometido al control consciente. Es accesible a personas de baja escolaridad y/o con dificultades de expresión oral. Son muy útiles con niño(a)s pequeños, que no tienen buen lenguaje oral, pero sí capacidad de simbolización. Son sencillos de administrar, rápidos y económicos”.

De otro lado, el perito Psicólogo E.A.I., funcionario del Servicio Médico Legal, presentado por la Defensoría Penal Pública en causa RIT 43-2006, expresó que el CBCA **es confiable**, pero no está validado en Chile. Sin embargo, expresamos que al tenor del principio de libertad probatoria del artículo 295 del Código Procesal Penal y del estándar de convicción del artículo 340 del Código citado, en modo alguno es una prueba prohibida o ilícita. Solamente el Tribunal tiene que adquirir la convicción más allá de toda duda razonable. Por otro lado, dicho método no es un test, es un método de análisis de contenido y parece razonable y óptimo que peritos psicólogos que trabajan con una ciencia que no es exacta, se sirvan de elementos auxiliares, no determinantes, para complementar sus informes. Un punto importante y como los hacen ver los autores- Soto, Flores y Mesa- en su libro Notas sobre el Juicio Oral, es el hecho que es un absurdo que los conocimientos científicamente afianzados sean sólo los validados en Chile. La ciencia es universal Los jueces ante un explicación científica deben estar abiertos y atentos a los nuevos paradigmas de la ciencia y analizar si esa propuesta es aceptable, razonable y tiene coherencia y lógica.

Por lo demás el denominado CBCA, ocupa criterios que todos los operadores del derecho realizan en sus análisis de un relato o contenido; como es la coherencia, lógica, contexto, y detalles. Ahora bien. El citado perito psicólogo del Servicio Médico Legal agregó que el CBCA era confiable, principalmente en Colombia y, utilizado además, en algunos países de Europa como España. En efecto, las mencionadas autoras, en opus, página 30, expresan que “el CBCA es un componente nuclear del SVA (análisis de validez de las declaraciones de Steller y Koehnken) y el único que ha sido sujeto a pruebas empíricas. Los

testimonios basados en el uso de la metodología del SVA reciben una amplia aceptación en las Cortes tanto en América del Norte como en Europa.

Comentario

La presente sentencia valora el hecho de que los peritajes hayan podido ilustrar “la forma como se desarrollaron los hechos”, sin que ello sea sinónimo de que el Tribunal haya renunciado a formarse su propia opinión acerca de los mismos, y mucho menos el que haya delegado esa función en los peritos. Se entiende de lo anterior que el Tribunal se ilustró en la medida en que lo concluido por los peritos le hacía sentido, le facilitaba la “interpretación de la evidencia que es presentada en juicio”, y resultaba coherente con sus propios criterios (art. 297).

112

Por otra parte, se releva de la pericia el uso de distintas técnicas en el ámbito psicológico cuyos resultados al ser triangulados le dan coherencia y congruencia a una hipótesis, en este caso de la existencia de abuso sexual.

Finalmente, se valora el uso del SVA y de las técnicas proyectivas, en la medida en que a los peritos les sirvan de elementos auxiliares, no determinantes, para complementar sus informes. En referencia a la validación científica del procedimiento, los jueces refieren que ante una explicación científica deben estar abiertos y atentos a los nuevos paradigmas de la ciencia y analizar si esa propuesta es aceptable, razonable y tiene coherencia y lógica (Estándar de Daubert).

Santa Cruz, a veintidós de Agosto de dos mil seis.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ

RUC N° 0600105921-K

El testimonio de este menor fue expresado en términos convincentes y consistentes, considerando su minoría de edad, en cuanto a la acción abusiva de que fue objeto así como a la identificación del acusado, demostrando una afectación emocional evidente al momento de entregar su relato en la audiencia, resultando esta versión veraz y sostenida desde el momento que develó los hechos a su madre Elizabeth G.A. y hasta la audiencia de juicio oral, como ella misma confirmó...

Como se señaló, sus dichos fueron ratificados a través del relato que entregó su madre respecto de lo que el propio menor le contó, que fue similar a lo oído en la audiencia de él mismo, testimonio que a la vez explicó el contexto en el que se develaron los hechos. El relato del menor se vio además corroborado con la declaración de su hermano Enzo C.G., a quien le había contado la situación abusiva de que fue objeto.

El Ministerio Público aportó asimismo la declaración de C.O.V., quien señaló ser sicóloga de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional...

Respecto al relato propiamente tal, existían indicadores que le entregaban credibilidad, tales como una estructura lógica en la narración que entrega, existía una producción inestructurada en todo su relato, entregaba detalles, describía interacciones, reproducía conversaciones, aludía a su estado emocional y también al estado mental subjetivo de la persona imputada, entre otros criterios que le entregaban realidad. Se señalaba también el estado emocional del niño(a), el cual él refiere como reactivo a los hechos, en términos de presencia de un aumento de la ansiedad, de la angustia, de miedo, de vergüenza, de ideación suicida, de flash back respecto a la situación vivenciada, los cuales también fueron corroborados por su madre. Se indicaba que identificaba al autor de los hechos como Chamelo, que era una persona con la cual el no habría tenido mayor contacto.

Lo expuesto por la perito ciertamente permite dar credibilidad a lo expuesto por el menor, tanto porque ella participó en su entrevista y obtuvo un relato de los hechos similar al que estos sentenciadores pudimos presenciar en la audiencia, como porque desde su opinión profesional pudo encontrar elementos técnicos que en psicología son indicativos de la autenticidad de la versión entregada por el menor, como la presencia de una estructura lógica en la narración, una producción inestructurada, entregaba detalles, describía interacciones, reproducía conversaciones, aludía a su estado emocional y también al estado mental subjetivo de la persona imputada, entre otros criterios.

El Ministerio Público presentó a continuación la pericia practicada por la sicóloga C.T.S. ... La metodología de trabajo fue realizar una entrevista clínica pericial con la finalidad de estudiar el desarrollo evolutivo del adolescente además de ver indicadores de credibilidad del relato en cuanto a su forma

y contenido, se aplica la prueba HTP, la cual es una prueba proyectiva que estudia características de personalidad cognitiva del adolescente y conflicto de él, se realiza la entrevista mediante una sala de espejo de la cual, detrás del espejo hay otra psicóloga observando la pericia, además se hace un análisis de los antecedentes obtenidos del caso...

En cuanto a las conclusiones, el relato del adolescente presenta indicadores de credibilidad del relato por lo que cumpliría con verosimilitud, el relato de los hechos esta referido única y exclusivamente al Chamelo y en cuanto al daño presenta un trastorno adaptativo de tipo ansioso depresivo consecuente con los hechos, incremento de los niveles basales de agresividad y un trastorno en desarrollo sicosexual.

114

Es interesante observar en lo expuesto por la perito cómo a partir de un relato similar al expresado por el menor a sus familiares y repetido en la audiencia, puede ir interpretando y analizando psicológicamente lo que pasa por la cabeza del menor, reflejando sus miedos, deseos, ansiedad y angustia en los distintos momentos de la historia que narró, sentimientos que precisamente pudieron ser captados por estos jueces al escuchar del propio menor la misma historia. Y principalmente fue importante en la valoración que hizo el tribunal de sus dichos en cuanto sus conclusiones, entregadas desde su especial y valiosa experticia, permitieron explicar la afectación emocional presente en el menor al momento de recordar los hechos, el daño psicológico que presentaba y que llamó también la atención del Tribunal, traducida en su irritabilidad frente a la recordación del hecho y focalizado en la persona del acusado como causante del hecho pero también en su propia persona, al sentirse culpable de haber permitido que eso pasara, todo lo cual para esta profesional resultó indicativo de un trastorno adaptativo de tipo ansioso depresivo consecuente con los hechos. Este diagnóstico permitió reafirmar la conclusión del Tribunal de la constatación de un daño psicológico en el adolescente, daño cuya presencia puede ser atribuible como máxima de la experiencia a la vivencia de episodios traumáticos en su vida, como los materia de la acusación, lo que mayor credibilidad le da a su relato.

Respecto del informe pericial la defensa planteó que debía descartarse la opinión profesional de la psicóloga C.O., cuestionando la validez del peritaje supuestamente practicado por esta persona, para lo cual hizo comparecer como prueba de su parte a la perito psicóloga J.M.C.R., quien refirió que a petición del abogado Alejandro Z. practicó un contra peritaje a un informe

emitido por C. O., quien realizó un peritaje a la víctima en este caso. Explicó que un peritaje es un peritaje a un peritaje, y que como sicólogo jurídico ella utiliza para evaluar la credibilidad o la validez del relato de una víctima un instrumento denominado SVA, cuya traducción al español es evaluación de la realidad de las afirmaciones, y que está compuesto de tres partes.

La primera tiene que ver con cómo se obtiene el relato de la víctima, con condiciones ambientales y situacionales adecuadas para que sea válido. En este sentido una entrevista forense se realiza sólo con la víctima y el evaluador, sin terceros, siendo esto lo que diferencia una entrevista forense de cualquier otra toma de declaración que dentro del ámbito de la justicia se estila hacer. Y en esta entrevista el psicólogo perito le permite hacer una narración libre de los hechos a la víctima, sin interferencias del evaluador, y al final de todo realiza preguntas tanto directivas como focalizadas frente algunos aspectos de la narración que no hayan quedado claras. El segundo tiene que ver con la credibilidad del relato o narración de la víctima, y está compuesta de 19 indicadores, que fueron diseñados por un autor en los años 50, y que tienen como base la hipótesis de que las declaraciones de las víctimas de abuso sexual que vivenciaron un evento traumático relacionado con abuso sexual se diferencian de relatos de víctimas que no lo vivenciaron, o sea, hay una serie de indicadores que por lo general suelen estar presentes en víctimas de abuso sexual y no en otras víctimas. Estos 19 indicadores constituyen el CBCA, que es la segunda parte del SVA que señaló anteriormente. Y como tercer elemento está la lista de validez, que son indicadores que hacen mención al contexto en el cual surgió esta declaración de la víctima, y que tiene que ver con ganancias secundarias de la víctima, esto es, posibles sugerencias que puede haber tenido la víctima para informar en falso, para confundir realidad con fantasía por ejemplo, o que afecta la lógica o coherencia entre la declaración de la víctima en Fiscalía y la que realiza al perito evaluador. Son una serie de elementos externos que rodean la declaración.

Teniendo ello presente y respecto del informe al que tuvo acceso de la señorita C.O. y que analizó, pudo concluir que observó una serie de falencias o falta de rigurosidad en el procedimiento...

...Entonces hay un motivo muy importante que podría ser presuntamente si se investigase un motivo que le lleva a la víctima a declarar en falso, que podría ser señalado dentro de la lista de validez en el ítem ganancias secundarias, o la motivación para informar en falso, que no necesariamente tiene que ver

con el deseo conciente de culpabilizar a un autor equis, sino que tiene que ver con necesidades de poder cerrar todo este ciclo, esta experiencia traumática que la víctima vivió, tiene que ver con esta necesidad de encontrar un “otro” culpable que le permita lograr esa tranquilidad y esa estabilidad emocional. En ningún momento en el informe que analizó se hace mención a este elemento que cree que es fundamental, que puede incluso condicionar la objetividad de un relato. Por ello en su conclusión del informe determinó que adolece de cierta rigurosidad tanto en la obtención del relato de la víctima, de elementos del ítem lista de validez, que permitiría tener mayor certeza para señalar si el relato es o no creíble, ya que en esas circunstancias con los elementos que la psicóloga en cuestión reunió es bastante riesgoso señalar como creíble o no creíble o válido un relato.

116

Contraexaminada por la Fiscal indicó que el contraperitaje que realizó fue al peritaje practicado por C. O., pero la Fiscal le aclaró que C. O. no practicó un peritaje, sino declaró como testigo, que el peritaje lo hizo C. T., señalando que ella practicó su pericia a un informe preparado por la primera y que si bien conoció a última hora este último no se dio el tiempo de leerlo. Asimismo aclaró que en su contraperitaje no tuvo contacto con la víctima ni con su madre...

Sin embargo, estos últimos elementos aludidos en las preguntas de la fiscal ciertamente hicieron dudoso valorar relevantemente este “contraperitaje”, porque quedó en evidencia que el peritaje practicado a la víctima, ofrecido en el auto de apertura y expuesto en la audiencia, fue el practicado por la psicóloga C. T. antes referida, habiendo declarado la psicóloga C. O. sólo como testigo –experto por supuesto- de la entrevista en que participó al menor, resultando válido su testimonio en cuanto testigo de oídas de lo expuesto por éste, en términos similares al relato conocido de boca de él mismo en el juicio, y siendo útil también en cuanto opinó desde su profesión de los elementos que en su criterio lo hacían creíble, sin perjuicio que la valoración del Tribunal de lo por ella expuesto no fue aislado, sino vinculándolo con lo que afirmó la perito C.T. y con los otros elementos que este Tribunal pudo percibir directamente, en virtud de la intermediación de la audiencia.

Por otro lado, pareció relevante que si bien la perito de la defensa podía razonablemente plantear observaciones en cuanto a la metodología de la entrevista practicada al menor para validar su relato, metodología que le parecía la única válida a aplicar de acuerdo con su conocimiento y experiencia, ciertamente no es obligatoria, en el sentido que los métodos para obtener un

relato y evaluarlo pueden ser muchos pero lo importante es cómo se valore la información obtenida, valoración que corresponde hacer exclusivamente al Tribunal, cuyas conclusiones ya se han adelantado, y especialmente si se considera que ella fue la única de los nombrados –C. O., C. T. y el Tribunal– que no tuvo contacto directo con la víctima o con su madre para analizar directamente sus versiones.

Con todo, la opinión de la perito Cárdenas no pareció contradictoria con la información obtenida del peritaje practicado por la perito C. T., en cuanto a que esta efectivamente analizó la posible concurrencia de ganancias secundarias o de influencia de terceros en el relato del menor, referidas al deseo del menor de conocer lo ocurrido con su hermano y a los temores de que haya tenido que ver en su suicidio el acusado, descartando que estos pensamientos del menor y la actitud de su madre hayan podido determinar un relato falaz respecto de los hechos concretos que fueron materia de la acusación.

Lo expuesto por las sicólogas C. O. y C. T. fue valorado positivamente en pos de la decisión de condena, porque pudieron justificar por qué concluyeron que el relato de la víctima era creíble y coherente con la experiencia narrada, descartando ganancias secundarias del ofendido por el daño asociado al hecho, y porque obtuvieron una versión de los hechos sustancialmente similar a la que expresó en la audiencia el menor, todo lo cual, en virtud del principio de la inmediación que nos inviste, lleva a este Tribunal, necesariamente, a concluir la veracidad del relato oído en el juicio.

...En resumen, la descripción del hecho por el ofendido fue en concepto del Tribunal razonablemente precisa, siendo en general su relato lógico, acorde con el lenguaje y conocimientos que son esperables para su edad y condiciones, amplio en detalles, coherente consigo mismo y con el resto de la prueba rendida por la Fiscalía, apareciendo reforzado por su persistencia en el tiempo, pudiéndose enmarcar adecuadamente los hechos que él señala en el tiempo y circunstancias que indicaron diversos testigos, impresionando como veraz, como además de la apreciación de estos sentenciadores sostuvieron las sicólogas señaladas, contribuyendo además a incrementar la credibilidad de la víctima la suma de coincidencias y explicaciones que ella dio que resultaron coherentes con lo manifestado por otros testigos respecto de la dinámica de cómo se develaron los hechos.

Todo esto hizo que su versión de los hechos fuera estimada verosímil y creíble,

por lo que sirvió de base al establecimiento del hecho de que fue víctima, pese a que sólo su relato era la fuente de información de las conductas desplegadas por el hechor y de otros detalles sustanciales, no habiendo justificado la defensa una tesis alternativa que diera razones sólidas de por qué no debía creerse a la víctima, que permitieran al Tribunal articular una duda razonable que obstara a la condena.

En efecto, la sindicación que realiza el menor C.R.C.G. aparece directa e inequívoca desde que le refirió los hechos a su madre, apareciendo sin ambigüedades ni dudas como dirigida en forma exclusiva contra el acusado, pese a la reiterada victimización que implica la recordación de los hechos, siendo corroborada con los dichos de la sicóloga C. O., quien escuchó el relato del ofendido en la Fiscalía y manifestó que a ella le pareció creíble, y con la pericia específica acerca de su credibilidad practicada en su persona por la sicóloga C. T., especialista en criminalística y en psicodiagnóstico como refirió en la audiencia, quien desde su particular experticia e impresionando como razonablemente bien fundada y segura de sus afirmaciones, sostuvo que el menor señaló siempre a un mismo sujeto como el autor de los abusos de que fue víctima, Sebastián M. a quien él identifica como “el Chamelo”, imputación que al igual que el resto de su relato le pareció cumplir con diversos criterios de credibilidad, no advirtiendo tampoco indicadores de influencia de terceros ni ganancias secundarias que pudieran distorsionar su versión, misma apreciación que pudo formarse el Tribunal al analizar el relato del menor brindado en la audiencia.

Por otro lado, tanto de lo expuesto por el ofendido como por las referidas sicólogas C. O. y C. T., parece no haber tenido éste motivo alguno para idear o fantasear la ocurrencia de estos hechos ni menos la imputación contra el acusado, habiendo esta última descartado esto debido a que había un correlato analógico de ansiedad y daño asociado directamente a los hechos referidos; pareciendo más bien que la sola revelación de estos hechos y el conocimiento que la familia ha tenido de lo ocurrido, más perjuicios que beneficios le ha traído al menor y a su entorno familiar más cercano. De esta forma quedó desvirtuada cualquier sombra de duda respecto de posibles motivos secundarios que haya tenido la denuncia de estos hechos, esto es, distintos del natural sentimiento de justicia que emerge en las personas que se sienten víctimas de un delito, sentimiento que la víctima y familiares afirmaron tener en el juicio.

Comentario

La verdad es que respecto de este sentencia no habría mucho que comentar, toda vez que la misma se hace cargo y explica muchos de los puntos abordados por el presente Manual, a saber:

- La posibilidad de que un menor de edad entregue un relato convincente y consistente.
- La valoración de la afectación emocional del menor, al cual le confieren veracidad, también apoyados por la valoración de la credibilidad que hace la perito psicóloga de los dichos del menor.
- Destacan la importancia de un segundo perito que sirva de control y apoyo al perito que realiza la pericia (esto debe ser en los casos en que así pueda ser, lo cual no le resta méritos a una pericia que no puede contar con esa disponibilidad de medios humanos).
- El Tribunal valora positivamente las condiciones óptimas en que debe desarrollarse la pericia, y que de alguna forma le dan un valor diferencial frente a otro tipo de procedimientos propios de la investigación.

Capítulo 3
La Evaluación Pericial Psicológica

III.- LA EVALUACIÓN PERICIAL PSICOLÓGICA

i.- La ética en la evaluación pericial

Antes de comenzar a abordar este tema, es necesario definir algunos conceptos a fin de establecer un lenguaje común, y permitimos ver el alcance de nuestra propuesta.

En las lenguas romances se empezó a utilizar “profesión” como aquel grupo humano caracterizado por tener un cuerpo coherente de conocimiento específico, que use una teoría unificadora y aceptada ampliamente por sus miembros. Le permite tener capacidades y técnicas particulares basadas en esos conocimientos. Lo anterior, termina en la generación de expectativas respecto de ese grupo en torno a la confiabilidad moral.

123

Moral y Ética

La “moral” se refiere a la rama filosófica que se ocupa de la justificación racional de los actos humanos, orientado a la praxis o experimentado por los individuos dentro de las tradiciones específicas de cada grupo social, mediante una reflexión sistemática y metódica sobre el sentido, validez y licitud de los actos humanos según cada cultura particular.

La ética trasciende este enfoque sociológico o antropológico de la moral, abocándose a encontrar los valores y principios universales que eliminen la arbitrariedad, y llevando finalmente al individuo a ser cada día más ser humano. En ese sentido, la ética se aboca a “encontrar las convergencias axiológicas racionalmente justificables para cada ser humano, aun cuando estas convergencias sean muy reducidas”.

Marco Conceptual de la Ética: definiciones básicas

Es frecuente la denominación confusa de diversos niveles de análisis de la ética y de la moral, por lo que, a fin de evitar esta dificultad, lo distinguiremos de acuerdo a lo que plantea Beauchamp y Childrees.

UN VALOR ÉTICO se refiere a aquella forma que aspira el ser humano, su objeto más deseado: aquel valor ético irrenunciable (pese a la variedad de teorías existentes) que se estimará para esta reflexión, lo constituye el hecho

de tomar a la persona humana como fin y nunca como medio. Esto es, la dignidad humana.

UN PRINCIPIO MORAL es una guía para concretizar el valor ético, la cual no indica el comportamiento específico que se espera. Fundamentalmente definen tres principios fundamentales inseparables y a veces, indiferenciables (según la moral del grupo social), y estos corresponden a: la autonomía, la beneficencia y la justicia, de las cuales nos referiremos más adelante. Cabe señalar que el código de ética de la APA y del Colegio de psicólogos de Chile, mencionan otros principios asignados exclusivamente para esta profesión.

LAS NORMAS MORALES nos permiten comprender que actos nos orientan a cumplir con los principios, y por ende, con el valor ético. Son prescripciones, que para nuestro caso profesional, se referirán principalmente a la veracidad, la fidelidad de acuerdos y promesas, y la (cuestionada) confidencialidad. La comparación de lo que sucede en la realidad, se denominará juicio ético.

124

JUICIO ÉTICO: es la valoración concreta que realiza un sujeto, o grupo o sociedad respecto de los deberes éticos que están llamados a cumplir. Esto se traduce en un juicio valorativo respecto de si se aplican o no los principios antes mencionados, el cual es ejercido mediante la “prudencia”, de quienes poseen vasta experiencia y conocimiento al respecto.

Es así, como a fin de ir en pro de la dignidad humana, trazamos caminos que orientaran nuestro actuar; lo traducimos en comportamientos donde quienes posean la experiencia y conocimiento de las implicancias, metodología, reglas y objeto de nuestro actuar, poseerán la atribución de efectuar un juicio ético.

Este camino requiere que, al enfrentarnos a situaciones complejas que aparenten ser un dilema al poner a prueba la claridad de nuestras normas morales, podamos establecer la prevalencia del principio moral a la base. Para ello, abordaremos ahora los principios morales básicos:

PRINCIPIO DE LA BENEFICENCIA: Simplemente (aparentemente) corresponde al deber de hacer el bien a otros y/o beneficiar, con la implicancia del principio de no hacer el mal o evitar perjudicar. Se puede observar este principio en tres niveles:

- hacer el bien, al menos no causando mal o provocando un daño
- hacer el bien ayudando a solucionar determinadas necesidades humanas
- hacer el bien a la totalidad de la persona

Es importante destacar la posibilidad de confundir este principio con el paternalismo: actitud que considera “justificado obrar contra o sin el consentimiento del paciente, para maximizar el bien y evitar el perjuicio de la propia persona o de terceros”. Esto nos lleva incluso a plantear la posibilidad que una acción paternalista se justifique moralmente, tema que no profundizaremos en este momento pero que estaríamos en condiciones de poder solucionar finalmente. (sin olvidar que en esta cultura tenemos la norma moral de la lealtad: ¿con el entrevistado, la familia, la víctima, la parte que solicita el peritaje, el tribunal, la sociedad?).

PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA: Se refiere a la capacidad de cada persona para gobernarse a sí mismo por una norma que él mismo acepta como tal, sin coerción externa. Para algunos autores este principio se refiere a que nada interfiera en la decisión personal, y para otros, en extenderlo al imperativo categórico de Kant el cual se puede sintetizar en imaginar que todo el mundo actuase igual que uno en esta circunstancia.⁴⁹

Este principio deriva en una obligación social y propia de la intervención en salud: garantizar a todas las personas el derecho a consentir antes que se tome cualquier tipo de acción respecto de ellos.

PRINCIPIO DE LA JUSTICIA: se refiere a la igual consideración y respeto por todos los seres humanos, evitando por ende la discriminación. En este sentido, sería éticamente justificable la aceptación de las diferencias si éstas son humanamente posibles y favorecen al grupo menos favorecido.

⁴⁹ Expresión utilizada por Manuel Kant para referirse a aquel mandato universal y necesario que la voluntad racional se da a sí misma y que determina el carácter moral de nuestras acciones. Se trata de un principio a priori, que obliga a actuar por puro respeto al deber y no para alcanzar unos fines. El imperativo categórico es formal, esto es, nada nos dice sobre qué debemos hacer ante una situación concreta, sino que expresa cómo debemos obrar para que nuestras acciones puedan ser calificadas de morales. Kant formuló las siguientes versiones de este principio moral:

“Obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal.”

“Obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza”.

“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio”.

“Obra como si por medio de tus máximas fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de fines”.

En la práctica de la psicología se destaca, la imparcialidad, incluyendo a este elemento la alta calidad de los todos los procesos y servicios que presta el profesional, independiente del tipo de cliente. Implica asimismo, la valoración personal del profesional respecto de las propias potencialidades, habilidades, conocimientos adecuados y experticia para asumir su práctica.

PRINCIPIO DE FIDELIDAD Y RESPONSABILIDAD: principio que ha sido específicamente señalado en el Código de Ética de Psicólogos de la Asociación Psicológica Americana (en adelante APA), mencionado como principio B. Esto, en tanto es un principio que se fundamenta en la relación de confianza entre el psicólogo y el paciente o cliente, donde las responsabilidades profesionales y científicas fundamentan el quehacer del profesional, en un acuerdo tácito hacia el otro y la sociedad.

126

Se implica en este quehacer, un comportamiento acorde a los estándares profesionales de la conducta, asumiendo la responsabilidad de sus intervenciones así como del adecuado manejo de situaciones que pudieran implicar conflicto de intereses. Involucra finalmente la aceptación de las limitaciones que cada caso amerita, así como de las del propio profesional, sean técnicas, morales, o afectivas.

PRINCIPIO DE LA INTEGRIDAD: principio que ha sido específicamente señalado en la profesión del psicólogo, incorporado en el Código de ética de psicólogos de la APA, mencionado como principio C.

Se refiere a la rigurosidad, honradez y verdad en la práctica de la profesión, basándose en imperativos morales establecidos para todo ciudadano, tales como: no robar, no mentir ni distorsionar los hechos; cumplir con las promesas y acuerdos que se establecen, con prudencia y asumiendo que la trasgresión de cualquier principio enfrentado a otro de igual ponderación, implica necesariamente un detrimento o daño que debe ser asumido por quien lo vulnera.

De la inseparabilidad de los principios

Como ya mencionamos con anterioridad, se presenta obvia la inseparabilidad de los principios, en tanto si se diera prioridad o sólo se considerara el principio de autonomía, nuestro actuar obedecería a una ética individualista y libertarista; si fuera la justicia, desarrollaríamos una ética colectivista y totalitarista; finalmente, si fuera beneficencia, concluiríamos

en una ética paternalista o verticalista. Una regla oportuna para solucionar algunas disyuntivas, puede ser el considerar si en realidad nos enfrentamos a un conflicto entre un principio y una norma, donde podría resultar en aparente sencillez, darle prioridad al principio sobre la norma.

El problema surge cuando se enfrentan principios: para ello, definiremos algunas circunstancias en el quehacer pericial donde entran en conflicto diversos principios, analizándolos y abordándolos desde la perspectiva del psicólogo forense, en el contexto de un sujeto que realiza una pericia, y en un medio judicial.

Analisis de las principales disyuntivas éticas del psicólogo forense

127

A continuación se desarrollan breves aproximaciones acerca de las variables más sensibles de los informes periciales psicológicos, que bajo una perspectiva ética podrían aportar en la eficiencia y eficacia profesional. Es preciso recordar que estas sugerencias aluden principalmente al contexto de evaluación pericial en víctimas y testigos menores de 18 años de edad, sin perjuicio que existan muchos criterios que son aplicables por extensión, a la evaluación pericial psicológica propiamente tal. Con esta aclaración, se pretende establecer que podrían existir algunos elementos diferenciales en la evaluación pericial con un imputado, dado el paradigma que éste ocupa.

Estas inquietudes han sido escogidas por la Mesa de Credibilidad, valorando la importancia, dificultad y frecuencia de cada uno de los siguientes cuestionamientos:

1.- RESPECTO DE LA CALIDAD Y CANTIDAD DE LA INFORMACION INCORPORADA AL INFORME PERICIAL

¿Cuánta información debe consignarse en el informe pericial?

La calidad y la cantidad de información incorporada al informe debieran decir relación con atender a la pregunta psicológica específica.

En este sentido, la existencia de antecedentes ya sea biográficos, contextuales,

políticos o religiosos que son informados por la víctima, testigo o imputado durante la evaluación pericial, que pudiendo presentar importancia para el peritado, deben consignarse única y exclusivamente si el perito puede establecer ante un tribunal y en base al conocimiento que su ciencia le otorga, la relación que fundamenta la incorporación de este dato, en la línea de contextualizar y/o dar mayor consistencia a las conclusiones.

Lo anterior se establece a partir del “principio cooperativo de la comunicación”, el cual se destina a aportar la cantidad de información necesaria y suficiente para que el receptor comprenda el contenido que el emisor intenta expresar . Es necesario precisar que esta no es una “selección arbitraria” del contenido que se da cuenta, sino que obedece a los objetivos periciales consignados en la pregunta psicolegal, así como a la metodología en la elaboración del informe técnico, el que debe considerar la exclusión de aspectos que representen una distorsión en la comprensión final por parte de terceros no conocedores de la ciencia, arte u oficio. Esto surge de la integración entre comunicación, filosofía, lenguaje y pragmática, recordándonos que es el contexto determina la interpretación del significado de los signos.

128

A continuación se citan algunos elementos que típicamente serán objeto de duda en la incorporación como dato en un informe pericial, así como en su señalamiento en la audiencia de juicio oral:

- Inconsistencias en detalles accesorios entre declaraciones previas y las actuales, que a juicio del experto, podrían obedecer a contaminación del material consolidado en la memoria por influencia de terceros, o de las permanentes declaraciones a las cuales se ha visto enfrentado el o la menor. Esto, descartando elementos que hagan referencia a fabulación, o por el contrario, a un cuestionamiento global del relato que aporta la víctima.
- En el caso de adolescentes, la valoración pericial respecto de confusión en la identidad sexual, o la asunción de una condición sexual diferente, en circunstancias que la pregunta psicojurídica se orienta a la credibilidad del relato, por lo que el perito estimaría no responsable ni prudente hacer un señalamiento del elemento que no reviste importancia pericial.

- El aparente insignificante y escaso consumo de sustancias o cualquier otro elemento que podría haber alterado la volición, percepción y afecto, de la víctima, quien se habría expuesto a sus efectos momentos previos o durante el delito. Es necesario recordar que esta aprensión no tiene justificación por parte del profesional, pues el informar al tribunal dicho elemento obedece a las exigencias del oficio del perito y del conocimiento de las implicancias en los procesos judiciales.
- Ante una violación o abuso sexual extrafamiliar por conocidos, o descartándose elementos de efracción o de síndrome de adaptación al abuso, el dato referido a la atracción física que la víctima habría sentido previamente hacia su agresor. El perito debiera ser capaz de explicar ante un tribunal acerca de los procesos afectivos y cognitivos que predispondrían a la victimización.
- Cualquier elemento que vincule como testigo al menos, a figuras de autoridad o de responsabilidad social, como señala el código penal.

Desde la ética, el principio de beneficencia y no maleficencia hace referencia a un comportamiento solidario con quien se trabaja tomando los resguardos necesarios a fin de no ocasionar ningún daño. Esto es referido a las acciones y omisiones, lo que desde el principio de no-maleficencia, se evita la confusión, estigmatización o perjuicio por parte de terceros, y el menoscabo del cumplimiento del objetivo inicial de la práctica pericial.

Este principio encontraría asidero en tanto el perito incorpore aquellos resultados de las evaluaciones que presenten un sustento metodológico que se ciña a: las máximas de la lógica y a los conocimientos científicamente afianzados, donde toda aquella información que no sea sustentable bajo este prisma, a fin de evitar una infructífera victimización secundaria, debiera no consignarse.

Debe recordarse asimismo, que la omisión de toda información que, a juicio del experto pudiera ser de relevancia para el tribunal por las implicancias jurídicas que conllevarían, debe consignarse, fundamentándose sólidamente respecto de la escasa influencia que este factor implica en la conclusión del perito.

Finalmente, y atendiendo a la cantidad de la información, actualmente se debate acerca de la pertinencia en incorporar de manera textual, el relato que realiza la víctima de delitos sexuales. Cabe preguntar acerca del objetivo de dicho acápite, en tanto el lector, ajeno al ambiente en el cual se realiza el relato y desconocedor de la metodología que se utiliza, queda desprovisto de aquellos indicadores emocionales y no verbales que se omiten en la transcripción de un relato, pudiendo ocasionar distorsiones de gravedad en la interpretación del mismo.

2.- APROXIMACION A LA OBJETIVIDAD DE LA INFORMACIÓN INCORPORADA AL INFORME PERICIAL Y SU USO POSTERIOR.

¿Cuál es el límite de la objetividad en el informe pericial?

¿Cuales son las restricciones de toda la información que puedo recabar y que ya recabé?

130

Los altos estándares de profesionalismo que esta especialidad implica, nos lleva a la consideración del desempeño del perito en un marco de objetividad e imparcialidad, tanto en lo referido al respeto del evaluado como al sistema de justicia, en tanto

- es un setting forense, no terapéutico
- secreto profesional no procede
- se incorpora el consentimiento informado.

Todos estos elementos deben tenerse presente, considerando que nuestro cliente no es quien directamente solicita la pericia, así como tampoco lo es la persona que se enfrenta a la prueba pericial, en tanto el psicólogo forense es un auxiliar del sistema de administración de Justicia. Es a este sistema o entidad a quien el deber de fidelidad debe ligarse, combinando la responsabilidad tanto a quien se somete al proceso judicial, como frente a quien la administra.

Respecto del primer aspecto señalado, el setting forense, nuestro enfoque alude a que, si bien la empatía es una condición necesaria para la pericia, es una herramienta que mal abordada podría generar situaciones de alta complejidad al profesional. Nos referimos particularmente a aquellos casos en que la víctima se halle particularmente vulnerable, desamparada, provenga de otra región y no posea redes ni sociales ni familiares que favorezcan su permanencia en la región, y que finalmente el o la perito aprecien que necesita

apoyo psicológico o psiquiátrico.

En la situación antes planteada, es conveniente recordar el objetivo de nuestro trabajo, informar y comunicarse con el profesional de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la fiscalía que nos demanda la pericia, informando nuestro parecer. Este comportamiento permite al profesional la delegación justa y conveniente de información, a la institución que sí presenta competencias en esos aspectos, en una primera instancia, y en segunda, el desapego emocional y liberación de la responsabilización que pudiera sentir el o la perito, aspectos que, podrían reflejarse al menos de modo inconsciente, en el análisis y en la elaboración del informe pericial.

Es así como la objetividad e imparcialidad muchas veces podrían verse comprometidas, por lo que se hace necesario la supervisión y análisis de caso con otros profesionales a fin de contrarrestar nuestras hipótesis, buscar nuevas alternativas de análisis y una alternativa crítica en la redacción y contenido del informe pericial que evacuamos.

131

Respondiendo al segundo punto mencionado, el secreto profesional, es importante señalar que éste procede única y exclusivamente respecto de los siguientes aspectos: la información que no sea de competencia para responder la pregunta que motiva la pericia, y/o que implique una vulneración de la privacidad en aspectos del peritado (y su familia) al no decir relación con la causa investigada y finalmente, la información que se revela a terceros, una vez que se ha tomado conocimiento de la causa y se empieza el proceso de la pericia.

Este elemento obedece al conflicto que podría surgir en tanto el profesional se desempeñe como docente en el área, y a modo ilustrativo, ejemplifica una situación particular con información de casos reales. Nuestra sugerencia no se orienta a restringir dicha acción, sino más bien a encuadrarla de tal manera que quienes reciben la información, no obtengan datos sociales, demográficos, o especificaciones que permitan identificar al peritado.

Este conflicto de la confidencialidad es posible visualizarlo en tanto entrarían en conflicto los principios de ética que se detallaron anteriormente, según sea el caso de los alumnos que reciben la información “más completa”(principio de beneficencia); el derecho del (la) peritado(a) a que se reserven datos de su vida privada que no orientarían la comprensión del

tribunal (principio de fidelidad y responsabilidad); el hecho que probablemente no comentaríamos el caso a nadie si tuviéramos acceso a información privilegiada, en el caso de un amigo o pariente nuestro, (principio de justicia); en el caso de comentar a terceros aspectos que sólo se nos confiaron en un setting investigativo y con fines judiciales, vulnerándose así la autonomía. Todos ellos son ejemplos acerca de la compleja situación que implica el dominio de información que se nos confía de manera exclusiva y con fines judiciales.

Vicente Ibáñez, un autor español de reconocida trayectoria en la Psicología Forense, nos recomienda incluir al pie de página del documento, una alusión a su carácter confidencial y que la información contenida en el informe sólo es válida para el contexto judicial –y momento- en la que se emite, por lo que la extensión de las conclusiones y del contenido hacia otros objetivos, queda invalidada.

132

En torno al tercer punto referido al consentimiento informado, éste corresponde a la explicación a una persona con sus facultades mentales conservadas, acerca de la naturaleza del procedimiento pericial al que se somete, para solicitarle su aprobación al respecto. La presentación de la información debe ser comprensible y sin sesgo, invitando a la colaboración, sin coerción.

El concepto del Consentimiento Informado dice relación al proceso de entrega de información, por parte del profesional a quien se somete a la persona para que ésta pueda tomar una decisión responsable. Se trata de un derecho humano de cualquier persona que se somete a una evaluación, (tratamiento médico) o procedimiento judicial. Pertenece a un sistema de resguardo de la información que la víctima, testigo (o imputado) nos confieren en un marco de respeto y exposición. El consentimiento informado en este sentido, no es un documento que resguarde los intereses del psicólogo forense respecto de la autenticidad de la información o del método en que se obtuvieron antecedentes, sino un elemento que aporta un respeto a la autonomía del peritado, en torno al ejercicio de la libre voluntad de aportar antecedentes al perito.

Desde el análisis ético que corresponde, consideramos que dichos comportamientos encontrarían sustento en los principios éticos de fidelidad, responsabilidad y justicia.

La fidelidad y responsabilidad dicen relación con el deber moral

que representa el ejercicio de la profesión, atendido a responder con base científica a las preguntas que plantea la sociedad, considerando la cultura de la comunidad específica de la cual proviene el peritado.

El principio de justicia se manifiesta a través de dos vertientes:

- respecto de la imparcialidad, como norma moral orientada a la contribución en la búsqueda de la verdad por el sistema de justicia
- respecto del sujeto a quien se aplica: la víctima, testigo o imputado a ser evaluado.

Según la APA, este principio consiste en “igualar la calidad de los procesos, los procedimientos, y los servicios que son conducidos por los psicólogos”. Este elemento debería plasmarse en base a la consideración de los límites de su capacidad, y las limitaciones que la psicología forense implica.

3.- LENGUAJE APROPIADO EN LOS INFORMES PERICIALES

¿Debe adaptarse el uso de tecnicismos en “desmedro” de la “credibilidad del perito” o se debe utilizar un lenguaje “común”?

Sin perjuicio que los otros elementos constituyen las principales características y requisitos en la confección de informes periciales, el lenguaje apropiado es, sin duda la principal herramienta que fundamenta la labor de cualquier pericia: informar al tribunal respecto de la ciencia, arte u oficio acerca de conocimientos técnicos que el juez no está obligado a conocer, a fin de contribuir en la búsqueda de la verdad.

Dada la significancia de esta variable, su complejidad se aprecia en tanto se configuran como principios involucrados: beneficencia y no maleficencia, junto a fidelidad y responsabilidad ya descritos brevemente.

En este sentido, la consideración de las características técnicas del receptor del informe pericial, quien no necesariamente debiera conocer el significado de: “análisis de la narrativa”, “pulsión”, “rasgo v/s estructura”, “proyección”, “tipo aperceptivo”, “concordancia ideoafectiva”, nos hace aconsejable, en virtud a la empatía por quien recibe el informe y en concordancia a nuestra primera misión de comunicarnos efectivamente mediante un lenguaje entendible al ámbito jurídico, el uso restringido de tecnicismos, los

cuales, al ser incorporados en el informe, sería favorable y en muchos casos imprescindible, la traducción del término y/o su ejemplificación ya sea textual o narrada. Recordar para ello el principio cooperativo de Grice, mencionado con anterioridad.

Dicho de otro modo, si bien la mención de dichos términos puede ser valorado como un aporte, recomendamos considerarse la incorporación permanente de acotaciones o comentarios que permitan al lector y/o al oyente una cabal comprensión del indicador, fenómeno psíquico, semiológico o diagnóstico al cual se hace referencia.

Específicamente, la beneficencia –hacer el bien- ejercería influencia en tanto el profesional responde a fin de aportar elementos en la investigación de un delito, debiendo poseer un lenguaje que no sólo salvaguarde sus apremios en la exposición y no menos legítimos temores de ser creíble, debiendo optar por una expresión eficaz, y que favorezca la convicción del tribunal, obedeciendo al principio de no maleficencia, es decir, de no hacer daño.

134

Finalmente, la fidelidad y responsabilidad se evidencian en el tipo de lenguaje que usamos, en tanto se asume el compromiso de las intervenciones, y se efectúa un adecuado manejo de la situación, la que podría implicar conflicto de intereses (como todas las disyuntivas éticas a las que se somete el perito). Involucra finalmente la aceptación de las limitaciones que implica la elección del tipo de lenguaje escogido.

4.- RESPECTO DE LA REDACCION Y LAS INTERFERENCIAS DEL SESGO PERSONAL

¿Debo consignar sugerencias o indicaciones de la identidad o responsabilidad legal del imputado en las conclusiones del informe pericial?

A fin de abordar este aspecto controversial y de esencia subjetivo, es fundamental conocer las referencias que hace la APA relativo a la integridad de los psicólogos: está orientada a “promover exactitud, honradez, y verdad en la ciencia (...); (evitando) la mala representación intencional del hecho”, entre otros lineamientos.

Considerando que el actuar del profesional se basa en la buena

fe, y en respeto al principio universal de la dignidad: cuando se considere la probable mala interpretación del hecho o de las valoraciones periciales, una respuesta favorable a dicho inconveniente podría sortearse al considerar la opinión de colegas expertos en la materia y rescatar el recurso de la supervisión profesional.

En este punto es necesario profundizar la necesidad de considerar la valorable apreciación de un equipo pericial acerca del caso, o contar con la opinión y/o supervisión de otros peritos que, no sólo por su experiencia, sino también por su distancia con el caso que nos ocupa, podrían aportar una visión menos comprometida y objetiva del enfoque que se realiza.

5.- DE LOS CONCEPTOS DE PERICIA, METAPERICIA Y ASESORÍA EXPERTA

135

¿Qué implicancias presenta el declarar acerca de una causa no periciada por uno, o del peritaje de otro profesional de la psicología?

Uno de los objetivos de la reforma procesal penal ha sido transparentar los procesos y mejorar los estándares de aplicación de la ley, para lo cual todo el sistema judicial se ha movilizó a fin de colaborar en una justicia más equitativa y que represente los derechos de las víctimas, testigos e imputados. En este movimiento, la psicología, así como todas las otras disciplinas que contribuyen al esclarecimiento de los hechos mediante informes periciales, han debido aumentar la exigencia en sus procedimientos al ser una experiencia de más exposición y de responsabilidad social compartida.

El rol del psicólogo, específicamente en el ámbito forense, se constituye como examinador, a través de una pericia psicológica cuyo objeto es la valoración de la conducta, estado emocional o características intelectuales en una víctima, testigo o imputado; vale decir, del funcionamiento psicológico de dicha persona en relación a los aspectos del delito investigado, y su metodología, como es ya sabido, corresponde a la entrevista psicológica forense junto a la aplicación de técnicas y metodologías que permitan valorar lo solicitado. Finalmente, las conclusiones deben dar cuenta de los aspectos psicológicos encontrados, según los objetivos de la pericia y la metodología señalada.

Una vez establecido el objetivo central de nuestro trabajo, (el cual,

específicamente en este acápite lo restringiremos exclusivamente al análisis de la credibilidad de las declaraciones en niños(as) víctimas de delitos sexuales) podemos aproximarnos hacia otras prácticas en materia de pericias. Estas serían:

- *Metapericia*, que se refiere a la denominada valoración pericial de la idoneidad técnica de una pericia ya efectuada, lo que es más conocido como pericia sobre pericia.
- *Asesoría experta*, consistente en la opinión que emite una persona conocedora de un área de conocimiento en particular, pero que desconoce la materia de autos, por lo que no es pericia.
- *Pericia ciega*, aquella que se pronuncia respecto de los hechos investigados a partir de la revisión de otra pericia.

136

Si bien, quienes estamos de acuerdo con el avance del conocimiento y el desarrollo de nuevas técnicas de investigación, podemos reconocer el valor que podría llegar a tener la práctica de dichos informes bajo ciertos parámetros de forma y fondo, consideramos el riesgo de perder el sentido final del trabajo pericial. Es así, como sugerimos intentar comprender cual es la pregunta que fundamenta la solicitud actual.

En ese sentido, ante la pregunta psicojurídica de la credibilidad del testimonio, la cuestionada metapericia presentaría (por definición), imposibilidad de arribar a conclusiones que respondan a dicho requerimiento, en tanto su valoración se refiere a la metodología aplicada. Luego, surge a ese nivel de análisis una yuxtaposición de roles con los magistrados: son ellos los llamados a valorar el rigor técnico y de credibilidad de una pericia ya sea durante la audiencia de preparación de juicio oral para apreciar la pertinencia de una pericia, o durante el juicio oral, y no entre profesionales que llevarían a un contexto judicial y referido a una causa específica, materia de debate técnico y ajeno al conocimiento del derecho.

Un segundo elemento de confusión en la metapericia (y como veremos mas adelante, en la pericia ciega también), se refiere a la distinción entre el elemento ofrecido que corresponde a la carpeta de investigación, o informe pericial del profesional que habría tenido contacto directo con el menor, frente al objeto de la pericia, que se circunscribe en este caso al análisis psicológico

de la credibilidad del relato de una víctima. Dado ello, tampoco procedería la emisión de un informe pericial al respecto.

Respecto de la pericia ciega, considerando que es un requisito fundamental la observación directa del comportamiento verbal y no verbal de quien emite el relato, se plantea la duda acerca de la adecuación ética del segundo análisis orientado a determinar si el dictamen del perito es refutable o no. En este sentido, el apego a los principios de la ética ya mencionados anteriormente, orientarían a los profesionales que la efectúen, a informar de las latas limitaciones que presentarían nuestras conclusiones, de acuerdo a los elementos ofrecidos. Esto es: la experticia se vertería sobre un elemento ofrecido que es la carpeta, o la declaración transcrita (dubitada) del menor por un tercero que desconocemos, lo que NO constituiría el objeto de la pericia, esto es, la declaración del menor acerca de los hechos referidos a una probable agresión sexual. Esta distinción es crucial para comprender los alcances y limitaciones de dicha pericia ciega.

Finalmente, si bien es importante elevar los estándares, también es cierto que los niño(a)s no deben ser victimizados nuevamente, más allá de los intereses corporativos, recordando los principios de protección del menor así como lo señalado por los acuerdos internacionales.

ii.- La entrevista forense en abuso sexual a niño(a)s y adolescentes

Considerando que una fuerte proporción de niño(a)s o adolescentes que han sufrido abusos sexuales únicos o reiterados, no presentan un correlato físico que demuestre lesiones confirmatorias, el examen pericial por profesional psicólogo o psiquiatra cobra especial relevancia en la orientación al Fiscal y los Jueces que siguen la causa.

Mucho se ha descrito respecto a la multiplicidad de factores que influyen en la declaración de un niño(a), en su modo de expresarse, del impacto de la divulgación en el ambiente directo de la víctima (hogar, familia extendida, colegio, grupo de referencia, etc.) y del costo personal tanto para el niño(a) como para su familia en el largo deambular entre procedimientos involucrados en el curso del proceso judicial. Finalmente, es casi de regla, que el proceso de elaboración del abuso se agregue además, su revictimización en el proceso de investigación y prueba de los hechos.

Es así como es necesario promover un método de investigación que evite la interrogación reiterada del niño(a), entregando al mismo tiempo el máximo

de antecedentes a la judicatura.

Más allá del posible cuestionamiento acerca de la competencia de un niño(a) en la entrega de testimonios fidedignos, y del vacío legal que pudiese interferir en su respaldo antes de cumplidos los 18 años de edad, existen algunas propuestas con base científica, con desarrollo actual en diversos países del mundo que apuntan a que es posible expresarse en torno al testimonio infantil en los aspectos de:

- Credibilidad del testimonio.
- Exactitud del testimonio (validez testimonial).
- Abordaje al impacto del abuso sexual en el desarrollo evolutivo (medida del daño).

138

Condiciones Generales y Específicas

Para realizar el peritaje se requieren algunas condiciones generales y específicas, a mencionar algunas:

- Relacionadas al lugar de la pericia.
- Relacionadas a las condiciones periciales.
- Relacionadas al entrevistador.
- Relacionadas al niño(a) o adolescente víctima.
- Relacionadas a los familiares de la víctima.
- Relacionadas a procedimientos y elaboración del informe pericial.

Relacionadas al lugar de la pericia

Se requiere Sala de amplitud razonable, ambientada para recepción de niño(a)s y jóvenes, considerando diferencias y facilidades para niño(a)s discapacitados.

El ambiente debe ser privado, silencioso (alejado de ruidos y que minimice los distractores), que promueva la seguridad y asegure el adecuado manejo de la información aportada. Esto, dirigido a obtener familiaridad e iniciar rapport .

Un ambiente estable, informal, acogedor, sin interrupciones pueden

facilitar un procesamiento óptimo de la información. Debe ser privado.

Relacionadas a las condiciones periciales

El tiempo que transcurre entre la denuncia y el peritaje debe ser el menor posible, considerando que el niño(a) evoca con mayor riqueza de detalles, el recuerdo del abuso del que fue objeto, mientras más cercano esté a la vivencia.

El mínimo de retraso entre la denuncia y la entrevista pericial favorece la obtención del máximo de información sobre el posible abuso sexual; aún cuando en nuestra saturada realidad nacional, las pericias habitualmente son realizadas los meses posteriores a la ocurrencia del hecho.

Se contaría con una narración del niño(a) poco modificada por factores ambientales (incluyendo terceros), minimizando su sugestionabilidad frente a información capciosa. Esto es particularmente importante en los niño(a)s preescolares.

139

La grabación de la entrevista pericial en audio o vídeo es recomendable, por sus ventajas: reduce al mínimo el número de veces que el niño(a) tiene que declarar, estimula a los entrevistadores a utilizar técnicas apropiadas y les permite revisar sus resultados (por ejemplo poder comprobar que no se han utilizado preguntas tendenciosas o sugestivas, que modifican en la validez del testimonio).

Considerando la Reforma Procesal Penal y la implementación de juicios orales, el registro en audio o vídeo es un instrumento valioso en el proceso judicial ya que conserva las reacciones emocionales, correcciones o adiciones espontáneos del niño(a).

La entrevista pericial se realiza con el niño(a) y el adulto a cargo, por separado. En preescolares la entrevista no debería exceder a una hora, y en niño(a)s mayores hasta dos horas. El tiempo total para la lectura de expediente y antecedentes, entrevista al niño(a) junto al adulto, al adulto a solas, el niño(a) a solas, la revisión del registro (audio o vídeo), segunda firma (revisión por otro experto), y la redacción del informe suele demorar varias horas por evaluación. Esto, sin considerar la asistencia al juicio oral en caso que se produjese.

Se recomienda que las condiciones de examen deben además considerar lo siguiente:

La entrevista del niño(a) es aconsejable que se realice en sala equipada con espejo unidireccional, al otro lado de la cual, se instala una cabina de observación y un equipo de grabación. Se debe previamente informar al niño(a) que está siendo grabado y que sólo determinadas personas podrían tener acceso a ella y que tiene la finalidad de reducir el número de entrevistas. En caso de duda diagnóstica, se realizaría una segunda entrevista por el mismo examinador.

El informe final será ratificado en segunda firma, por otro perito de la institución, quien se ubicará en la cabina tras el espejo.

140

En manejo administrativo debe considerar las prácticas de resguardo de la información conocidas en la institución.

Relacionadas con el entrevistador

El profesional a cargo de la pericia debe ser un psiquiatra o psicólogo de niño(a)s y de adolescentes, capacitado en el abordaje profesional en abuso sexual.

El entrevistador debe ser acogedor, neutral y evitar tener o emitir juicios de valor durante la entrevista. Es necesario tomar conciencia acerca de posibles prejuicios o ideas preconcebidas frente al caso. El lenguaje no verbal del entrevistador puede influir en el niño(a), reforzando o inhibiendo respuestas.

El entrevistador no debe mostrarse frente al niño(a) como figura de autoridad, como tampoco en actitud de excesiva cercanía o amistad.

El entrevistador obtendrá una declaración del niño(a) de una manera lo más objetiva posible, afectivamente apropiada y ajustada al requerimiento legal.

En una pericia puede participar más de un profesional, sin embargo

debe ser uno solo el que tenga contacto directo con el niño(a), con el fin de que éste no perciba que su testimonio está en duda. Estudios avalan que este modo aporta mayor información correcta por parte del niño(a) periciado.

Relacionado al niño(a) o adolescente víctima

Desde una perspectiva evolutiva, el niño(a) o adolescente requiere un desarrollo de habilidades cognitivas que le permitan la expresión de emociones y de recuerdos de eventos vitales. Se requiere la presencia de pensamiento simbólico, que permita al niño(a) reconstruir y expresar una vivencia además de comprender las instrucciones.

Se requiere que el niño(a) posea las capacidades de atención, memoria y control de la fuente de información, así como los conceptos de verdad y mentira. Es esperable que un niño(a) de desarrollo evolutivo normal tenga adquiridas estas habilidades aproximadamente desde los 3 años de edad. Sin embargo más allá de las capacidades del niño(a), la calidad de su declaración depende en mayor medida de la capacidad que tenga el profesional perito de realizar la entrevista, a través de un lenguaje comprensible para el niño(a), ya sea verbal, a través de juego o representaciones gráficas.

Relacionadas a los familiares de la víctima

En la mayoría de los casos, los niños(as) llegan a la entrevista acompañados de uno o varios adultos, progenitores o cuidadores.

En la entrevista al adulto, se considera importante recabar información acerca de la biografía del niño(a) y de su desarrollo evolutivo. Será relevante preguntar por antecedentes perinatales, del temperamento, desarrollo psicomotor, modo de enfrentar las distintas etapas del desarrollo y eventos vitales posiblemente significativos. El desarrollo cognitivo expresado en su desempeño escolar, modo de aprendizaje, etc.

Consignar elementos de la dinámica familiar, confrontando con nuestra propia impresión y de acuerdo a lo descrito en el expediente judicial.

Consignar en nuestro escrito, si lo expresado por el adulto puede

estar influyendo en lo expuesto por el niño(a).

Estudios han demostrado que en los casos de alegaciones falsas, en que existe una ganancia posible a través de inculpar a alguien específicamente, se encuentran motivaciones en relación a tuición del niño(a), régimen de visitas, etc. (padres separados, divorciados).

El adulto será entrevistado a solas, sin la presencia del niño(a). En caso de preescolares o escolares del primer ciclo básico, se sugiere entrevistar al adulto antes del niño(a) y en el caso de adolescentes hacerlo después.

Relacionadas a procedimientos y elaboración del informe pericial

142

Antes de realizar el examen del niño(a) deben conocerse los antecedentes judiciales expuestos en la orden judicial, expediente judicial, información escolar calificada, información de Hogar de menores de donde proviene el niño(a), etc. Estos antecedentes serán leídos en privado por el profesional antes de las entrevistas necesarias con el niño(a) y adulto a cargo.

Cabe destacar que la información debe ser manejada de un modo confidencial considerando etapa del proceso judicial de sumario que implica la cautela de la información a las partes.

Estudios han demostrado que el conocer información específica de la causa, disminuye la posibilidad de que el perito realice preguntas dirigidas inapropiadas o tendenciosas.

Entrevista al niño(a)

Se entrevista al niño(a) durante una o dos horas según sea necesario, con distintos modos de abordaje (verbal, juego, dibujo, etc.) La secuencia de actividades se basará en una entrevista cognitiva, se sugiere la de de Fisher y Geiselman (USA, 1992), en 5 etapas.

Introducción a la entrevista

Etapa centrada en el establecimiento de vínculo de confianza o rapport (ver nota al pie N° 35) entre entrevistador y niño. Un mayor rapport podrá ayudar a que el niño supere la renuencia a ser entrevistado provocada por el miedo, la vergüenza o la desconfianza. Un buen vínculo entre perito y el niño o niña también podría facilitar la revelación de algún intento de aleccionamiento por parte de un adulto.

El modo de iniciar el vínculo con el niño tendrá que ver con un contacto no amenazante con él a través de actividades o conversación de su interés.

En este período el profesional se identificará y explicará su función, además expondrá las bases de la entrevista. Debe decirse al niño, de un modo adecuado a su etapa evolutiva, que estará durante un tiempo determinado en este espacio realizando diversas actividades que serán videadas o grabadas en registro de audio. Del mismo modo, mencionarle en los casos que así sea, que habrá otro profesional detrás del espejo unidireccional.

En esta etapa, en forma frecuente se ha incorporado la evaluación verdad-mentira, aspecto que ya ha sido abordado en este documento. Dicho procedimiento se ha enmarcado en la necesidad de obtener información válida que facilite el proceso investigativo y la toma de decisión en éste. Al respecto, en el ámbito forense se ha tendido a incorporar diferentes estrategias y técnicas que permitan evaluar la capacidad que los niños presenten para discernir entre los conceptos verdad-mentira (Garrido y Martín, 2006), privilegiándose el uso de diferentes protocolos que han sido diseñados con el objetivo de elicitare reportes certeros (Huffman, 1999).

Una técnica frecuentemente sugerida consiste en preguntar al niño si distingue entre mentir y decir la verdad (N.E Walter & Hunt, 1997, en Huffman, 1999) a fin de, por un lado, permitir demostrar la competencia del niño o su fiabilidad como testigo y, por otro, para aumentar la probabilidad de decir la verdad durante la entrevista. En general, estas propuestas consisten en la emisión de sentencias en las cuales el niño/a nos responda si el contenido es "verdad o mentira", justificando la razón; también se considera la diferenciación a partir de las consecuencias que cada una de ellas tienen en la vida cotidiana del niño/a.

Asimismo, se recomienda que dentro del encuadre que se le realiza posterior a la DVM, se plantea al niño/a que en ese espacio sólo se hablará de la verdad, con la libertad que frente a las preguntas o afirmaciones que el entrevistador efectúe frente al relato, el niño/a puede corregir, decir “no sé”, o “no me acuerdo”. De esta manera la actitud del entrevistador facilita la libre y espontánea narración de los hechos, sin coartarlo a través de preguntas que el entrevistado pueda interpretar como cuestionadoras o selectivamente alentadoras respecto de alguna orientación particular que el niño/a este efectuando.

Otra forma de abordar el conocimiento y comprensión del niño sobre estos conceptos (verdad – mentira) es a través de pruebas que utilicen preguntas simples y concretas y que incentiven al niño a expresarse de la misma forma. Como un buen ejemplo es el utilizado en el estudio de Sayweitz y Lyon en 1997 en el que incluso niños preescolares con retraso en el área del lenguaje logran responder correctamente en un porcentaje significativo.

144

La prueba consiste en presentarle al niño una lámina que represente 2 niños y un objeto sobre una mesa situada entre ellos. El objeto era una manzana. Se le decía al niño que el de la derecha decía que el objeto era un plátano y el de la izquierda decía que era manzana. A continuación se le preguntaba que niño era el que decía la verdad y cual decía una mentira.

De este modo concreto se aborda la capacidad del niño de comprender el concepto y sentar la instrucción.

Si bien la aplicación de dichas pruebas en el ámbito forense es frecuente, existen escasas investigaciones que muestren, en términos conclusivos su grado de efectividad, encontrándose aún escasos estudios que proporcionen información en torno a su utilidad (Polle y Lamb,1998). No obstante, el uso masivo de dicha técnica ha motivado el desarrollo de estudios relativamente recientes que proporcionan información relevante en esta materia.

En ese sentido, se destacan los resultados encontrados por Huffman (1999), quien releva la necesidad de considerar dicha evaluación en el proceso de entrevista forense. Dicho autor, a partir de un estudio comparativo entre diferentes formas de proceder (la no discusión, la discusión estándar y una discusión larga), observó que la discusión amplia sobre verdad y mentira

contribuyó a la obtención posterior de información en forma más precisa, en contraste con la segunda que aparece inefectiva para aumentar la precisión durante la entrevista acerca tanto de los eventos vividos y sugeridos, como de los no vividos; no presentando algún tipo de diferencia cuando ésta es comparada con entrevistas donde no se incorpora algún tipo de discusión al respecto, resultados que aparecen coincidentes con estudios posteriores (Talwzr et al., 2002; en Garrido y Martín, 2006). Al mismo tiempo, el autor, advierte en torno a los alcances de dichos resultados, en la medida que constituye un primer paso en el estudio de dicha temática.

Otro estudio desarrollado por Talwzr (et al., 2002; en Garrido y Martín, 2006) que buscó comparar dicho procedimiento con la incorporación de la promesa de decir la verdad y la veracidad de las declaraciones infantiles, encontró que resulta más conveniente incorporar que los niños prometan decir la verdad.

Respecto a la incorporación de las pruebas sobre verdad y mentira y sobre el juramento, algunos autores como Lyon, Saywitz, Kaplan y Dorado (2001), han hecho recomendaciones en torno a incorporar situaciones que contemplen casos hipotéticos que permitan que el niño no se sitúe en un contexto en que vislumbre consecuencias negativas ligadas a su caso particular.

Cabe destacar que en relación a los riesgos asociados a la aplicación de la discusión verdad-mentira (DVM) hacen referencia al efecto que podría tener en los niños, la percepción de sentirse cuestionados por parte del evaluador, pudiendo verse amplificada alguna vivencia previa similar originada en su entorno socio-familiar, y lo tanto repercutir en los contenidos de su testimonio, aspecto que debiera tenerse en cuenta cuando se aplique dicha técnica.

Por otra parte, en diversas publicaciones se han mencionado algunas consideraciones específicas en torno a la aplicabilidad de la prueba y al alcance de sus resultados que requerirían tenerse presente al momento de la evaluación.

Al respecto se hace referencia a que si la DVM puede o no aumentar la exactitud, depende de los variados mecanismos subyacentes, responsables de producir declaraciones inexactas en niños. Vale decir, los niños/as pueden

hacer declaraciones inexactas o erróneas debido a presiones sociales, fallas en la memoria, u otros factores cognitivos (CECI & Bruck, 1993).

Por otra parte, se ha planteado que los niños que logran distinguir con mayor claridad lo malo de mentir, serían los que más mienten y, que desde el punto de vista evolutivo, los niños más pequeños (3 años) serían los que menos mienten, encontrando dicho hallazgo coincidencia con las investigaciones realizadas sobre guardar el secreto (Garrido y Martín, 2006).

Por último, se ha planteado como hipótesis que la efectividad de la prueba de discusión verdad-mentira en modalidad extensa encontrada, podría estar asociada más al desarrollo de un mejor rapport entre el niño y el entrevistador que a la aplicación de la prueba misma (Huffman, 1999), aspecto que no ha sido posible esclarecer, pero que permite reforzar la relevancia de dicho proceso.

146

En ese sentido, el rapport es un proceso que puede ir completándose a lo largo de la entrevista, esencialmente al considerar que el entrevistador, siendo neutral, no interferirá en el proceso natural de elaboración del vivenciar del niño, ni hará intervenciones culpabilizadoras, capciosas o que expresen duda.

Narración libre

En esta etapa se le pide al niño(a) que haga un relato de algún acontecimiento no amenazante que lo motive, ejemplo, su último cumpleaños, un capítulo de su programa favorito de T.V., un cuento infantil etc. Esto da al perito una noción de su capacidad espontánea de narrar un evento, permitiendo valorar en parte su desarrollo cognitivo (fluidez del lenguaje, semántica, sintaxis y contenidos del lenguaje como parte de su desarrollo evolutivo global) al mismo tiempo que permite entregar instrucción de cómo sería esperable que haga una narración (indicar que no omita detalles aunque le puedan parecer poco relevantes, que se refiere a situaciones ambientales, que el desarrollo del relato sea de principio a fin etc.).

Una técnica posible para aumentar el recuerdo, es a través de la RECONSTRUCCIÓN de circunstancias a través de imágenes mentales, por ejemplo pedirle que cierre los ojos y que describa un suceso no amenazante del mismo modo que lo descrito anteriormente.

Este será un modo de entrenar al niño(a) en la expresión de riqueza de detalles, sin la necesidad de pedirle de nuevo que cierre los ojos durante el relato de una experiencia amenazante (Ej: abuso sexual). Otra técnica posible para facilitar el recuerdo, es la sugerencia de RECORDAR EN DISTINTO ORDEN, que repase lo que ocurrió antes y después etc. Otra es el CAMBIO DE PERSPECTIVA, es de decir el ponerse en el rol de otro para referirse a lo sucedido. Estas dos últimas técnicas, sin duda no pueden utilizarse en niño(a) que no hayan logrado el pensamiento reversible, operacional.

Se puede lograr aproximación al motivo del peritaje a través de preguntas abiertas que aludan a su presencia en la entrevista de examen. Preguntas como: “Otros niño(a)s han venido aquí porque ha pasado algo en su familia.... ¿habrá algo de eso que podamos hablar aquí?”. O bien, ¿sabes tu porqué estas aquí?. También es recomendable otro procedimiento, como el que el niño(a) refiera espontáneamente el abuso a través del relato de sus miedos o preocupaciones.

Evitar hacer preguntas como “¿te habrá pasado algo malo?” que dan la connotación de juicio de valor del adulto. Asimismo evitar palabras como “abuso”, “daño”, “violación”, etc.

El entrevistador no debe inducir al niño(a), mencionando a algún individuo o acción concreta durante este período de la entrevista.

Durante el período de narración libre, no debe interrumpirse al niño(a) aún cuando lo que exprese no sea atingente. Por el contrario, cuando se detenga animarlo a continuar su relato, a través de preguntas abiertas.

Estadio Probatorio

En ésta etapa se harán preguntas específicas, dirigidas o clarificadoras de la información entregada anteriormente.

En este momento indagar acerca de los conceptos utilizados por el niño(a) acerca de partes del cuerpo, genitales, o situaciones explicadas en jerga o de modo informal.

Clarificar quienes son las personas a las que alude el niño(a), a veces

solo mencionadas por su rol ejemplo “tío” “mami” (significando madre por abuela).

En caso de existir relato sobre una experiencia de delito sexual es necesario conocer, a través de preguntas cerradas o específicas, el nombre del agresor y su relación con él, la duración, la frecuencia, lugares y circunstancias del abuso, las personas implicadas y quien lo animó para que lo revelara, y las estrategias utilizadas por el perpetrador y actos específicos de abuso, las razones y secuencias de la revelación y la comprensión del niño(a) de la situación provocada por la revelación y sus consecuencias.

En este período de la entrevista se indagan directamente a través de preguntas más dirigidas pero no tendenciosas, acerca de la posibilidad de tocamientos genitales sobre el niño(a), también acerca de tocaciones extragenitales molestos para el niño(a) (zonas privadas). Si el niño(a) lo niega, no se le cuestionan o contradicen sus afirmaciones. Tampoco se fuerza la expresión verbal de posible abuso si el niño(a) no da elementos de sospecha.

148

Cuando existe recuerdo, se le pide al niño(a) que explique las condiciones de la primera vez que se aproximó el perpetrador y también de la última y los momentos particularmente relevantes en éstos.

Tomar elementos que pudiesen haber sido enunciados en período de narración libre y pedirle que los desarrolle, ejemplo: la posible existencia de testigos, de otras víctimas, de otros perpetradores, la obligación de secreto y amenazas posibles.

El uso de muñecos anatómicos es muy polémico en diversos estudios. En general no se recomienda. Asimismo, el juego sexualizado del niño(a) con muñecos anatómicos sin una descripción verbal o vivencial del niño(a) no se considera prueba de abuso.

Etapas de revisión

Esta etapa de la entrevista es especialmente crítica tanto para el niño(a) o niña, como para la elaboración del peritaje.

Debe hacerse una cuidadosa devolución al niño(a) de sus dichos intentando solo utilizar sus mismas palabras y conceptos, con el fin de que

el niño(a) corrija o complete lo que fue expuesto. Si bien ya en la etapa previa (estadio probatorio) el niño(a) puede tener la posibilidad de intervenir en el mismo sentido, en esta etapa se recogen antecedentes que pudiesen completar la ilación de datos y comprensión de la información. Para lograr esto, el entrevistador debió haber estado muy atento a lo expresado verbalmente por el niño(a), (tomando apuntes de frases literales cuando necesario) y alerta a su momento de entregar información, asociaciones que hace, uso del lenguaje, concordancia o no de lo ideo-afectivo etc. (examen mental completo). Se perderá confianza del niño(a) de resumir asuntos de modo diferente a lo que ha dicho. Es preferible pedir que vuelva sobre los temas no comprendidos antes de resumir algo que el niño(a) no ha dicho, dado que esto pudiese falsear información. (Un alto porcentaje de niño(a)s puede mostrarse congraciativo con lo expresado por adulto y no corregir lo equivocado, por inhibición o confusión).

Es así, como el recuerdo libre puede verse distorsionado por comentarios y/o preguntas conteniendo información no entregada por el niño(a) que lleve a elaborar un informe con información falsa.

Este período tiene por función permitir al entrevistador organizar la información que deberá plasmar en el informe pericial. Es la oportunidad para tomar conciencia de las falencias posibles de la entrevista principalmente en el cuestionamiento del vivenciar del niño(a) o niña. Debe recordarse aquí que lo central es recoger los elementos que permitan orientar al juez acerca de la veracidad de los dichos del niño(a) y la constatación de un posible compromiso (daño, impacto, perturbación) en su desarrollo psicológico o desencadenamiento de psicopatología. Es así como la mera recopilación de información sin la estricta observación de los otros elementos periciales, resulta inficioso como peritaje especializado.

Cierre de la entrevista

Esta etapa tiene por finalidad que el niño(a) o niña, no deje la situación de entrevista en estado emocional de excesiva angustia. Los últimos minutos deben dedicarse a la preparación del niño(a) para retomar su vida cotidiana, tomando al mismo tiempo distancia progresiva con lo recientemente expuesto.

iii.- Elaboracion del informe pericial

El informe tiene un modo de redacción que corresponde a un esquema sobre el que se deben plasmar algunos antecedentes específicos. En este esquema deben quedar explicitados los elementos de la investigación pericial.

- Antecedentes generales y datos de la causa.
- Metodología empleada.
- Conducta observada y/o examen mental del evaluado.
- Antecedentes personales del evaluado.
- Resultados de las operaciones practicadas
- Conclusiones.

150

Es en las conclusiones del peritaje donde deben plasmarse los aspectos necesarios para la opinión experta, que han sido ya justificados claramente a lo largo del examen realizado.

Es así como, el peritaje psicológico o psiquiátrico debe pronunciarse acerca de:

1. Competencia del niño(a) como testigo.
2. Credibilidad del testimonio.
3. Exactitud o validez del testimonio.
4. Evaluación del daño.
5. Consideraciones especiales.

La competencia del niño(a) para entregar declaración o testimonio.

En la práctica esto se realiza a través de la evaluación del desarrollo evolutivo, tanto en sus aspectos cognitivos (características del lenguaje: expresión, comprensión, uso gramatical, contenidos; distinción entre realidad y fantasía: características del pensamiento, nivel de razonamiento, nivel intelectual, comprensión de su entorno, visión de mundo, escolaridad), y aspectos propios de su desarrollo emocional (afectividad, contacto, temperamento etc.), desarrollo social (habilidades, áreas de dificultad, crianza, socialización, etc.), desarrollo psicosexual (previo a abuso posible), desarrollo moral, etc.

Un niño o niña, es conceptualmente competente para dar testimonio (y secundariamente puede considerarse apto para peritaje fidedigno) o para

presentación en juicio oral, cuando:

- Tiene adecuada capacidad narrativa (espontánea o entrenable).
- Cuando su sugestibilidad es escasa.
- La medida de sugestibilidad tiene que ver la distinción entre realidad y fantasía y la comprensión de los conceptos verdad y mentira en un sentido simbólico.
- Un niño(a) de alta sugestibilidad será más vulnerable a las presiones de adultos, a las interpretaciones que los adultos dan a los hechos y a las preguntas realizadas tendenciosamente.
- Debe considerarse que la sugestibilidad en un niño(a) también puede ser secundaria a asuntos motivacionales y no solo cognitivas, por lo tanto la sugestibilidad no es un rasgo constante y debe ser evaluado en cada niño(a), específicamente en torno al tema del abuso sexual posible.

Cabe destacar que no es la credibilidad general de la persona lo que se evalúa sino la credibilidad de la declaración en el caso concreto investigado.

Es engañoso mencionar que se requiere un número determinado de criterios para considerar creíble un testimonio, dado que no todos los criterios tienen el mismo valor. Por tanto, es el conjunto de ellos lo que dará la opinión clínica-forense. En todo caso cada criterio perteneciente a las distintas categorías, tendrá un puntaje asignado, cuya sumatoria permitirá evaluar la credibilidad o veracidad del testimonio del menor.

Sin duda que el análisis del testimonio será evaluado en el contexto de una evaluación del desarrollo del niño(a) y de sus características de personalidad.

Pueden requerirse para esta contextualización, exámenes psicométricos u otras formas de diagnósticos. El test de Rorschach realizado por un experto, puede hacer aportes valorados como indicadores de abuso sexual. Estos han sido ampliamente estudiados por algunos investigadores.

iv.- Evaluación del daño emocional

Haciendo una similitud con la dimensión del daño físico luego de un evento que implique lesiones, que permite además proponer un pronóstico médico legal, en los casos de abuso, además de un posible examen físico

sugerente o de certeza (sexología forense), debemos dimensionar la posible perturbación psicológica producida por el abuso sexual.

Para orientar el diagnóstico a categorías conocidas por otros profesionales, en un lenguaje común el diagnóstico clínico-forense debe ser expresado según criterios de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-IO) de la Organización Mundial de la Salud o del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV-R).

En términos legales, una aproximación hacia el diagnóstico de perturbación psicológica en el desarrollo evolutivo, secundaria al abuso sexual, es una medida del daño moral (además del delito contra la indemnidad sexual en los menores de 14 años o de la libertad sexual contra los menores entre 14 y 18 años).

152

Dentro de los hallazgos clínico-forenses que permiten orientar hacia perturbación psicológica por abuso sexual, algunos autores proponen los llamados indicadores psicológicos de abuso sexual infantil. Asimismo otros autores señalan que no existirían indicadores patognomónicos (exclusivos) de abuso sexual en niño(a)s y niñas. Desde la mirada clínico-forense, los indicadores más específicos en torno al abuso sexual, son aquellos que afectan el desarrollo psicosexual tanto en la inhibición de la sexualidad normal (respecto a etapa evolutiva) como en la exacerbación de ella. Las conductas sexualizadas son de naturaleza variadas (erotización o acercamiento inapropiado a otros pares, masturbación excesiva, preocupación sexual, exhibicionismo y agresión sexual u otros), pero por lo general se trata de conductas que no corresponden a las habituales o “normales” para la edad del menor, o bien derechamente por sus características se las puede presuponer como necesariamente aprendidas por un episodio que implique contacto sexual con un mayor de edad. Evidentemente, lo anterior será valorado con el contexto de la denuncia o del relato del menor, y con los demás antecedentes con que cuente el perito.

Otros indicadores secundarios e inespecíficos serían: humor depresivo, ansiedad estado, conductas o ideas suicidas o de riesgo psicosocial, deterioro en la autoestima, autoimagen desvalorizada (sensación de desmedro físico, de estigma, perturbación en la corporalidad) y cambio en la expresión de competencias sociales (agresividad, retraimiento).

Considerando la individualidad de cada víctima, existen sin duda

otras manifestaciones psicológicas o psicopatológicas distintas a las ya mencionadas. Sobre esta base, algunos autores mencionan que el registro afectivo del abuso real, no siempre se expresa en el momento de examen. De hecho, Finkelhor plantea que hasta el 30% de los niño(a)s pudiese no manifestar síntomas clínicos al momento del examen.

El curso del trastorno o perturbación psicológica también es individual por lo que su pronóstico solo es posible a partir de un seguimiento clínico u observación prolongada en el tiempo. En cuanto a la competencia de una pericia, el impacto en el desarrollo evolutivo de un abuso sexual real se considerará grave, por cuanto la expresión de la perturbación puede darse tanto en forma inmediata como a largo plazo, o en otro período evolutivo. Por tanto, el diagnóstico forense es solo una descripción transversal de características psicológicas y de síntomas y signos psicopatológicos, que se asocian a un desarrollo evolutivo que debe ser analizado en su totalidad, para contextualizar este diagnóstico y asociarlo a posible pronóstico.

Consideraciones especiales

La Ley de Delitos Sexuales, con sus modificaciones del año 1999 y del 2004, contempla además aspectos que deben ser considerados en la conceptualización de las conclusiones del peritaje psicológico o psiquiátrico, esto es, el tipo legal (violación, estupro, etc.) y las condiciones del posible delito sexual (presencia de trastorno mental en la víctima, ya sea de mayor entidad, menor entidad, privación de sentido ,etc.) que tengan relevancia forense a la luz de la legislación vigente. Esto es de relevancia procesal en la investigación judicial para determinar el grado de participación de la víctima. Si bien al perito solo le competen las acciones propias de su ciencia o arte, el lenguaje apropiado y el conocimiento de conceptos jurídicos básicos en delitos sexuales favorecen el diálogo entre lo pericial y lo judicial.

Pauta⁵³ informe pericial psicológico o psiquiátrico⁵⁴

1. Datos de identificación

Nombre Completo	:
Edad (años y meses)	:
Fecha Nacimiento	:
Nivel Educativo: Básica (in)completa, media (in)completa	
Delito y RUC	:
Fecha(s) entrevista(s)	:
Lugar de entrevista	:
Nombre del Evaluador(es)	:

155

2. Motivo y objeto de evaluación

Quién solicita el informe y qué se quiere evaluar. (ej. “A solicitud de la fiscalía local de xxxxx, se requiere pronunciamiento respecto del posible daño emocional a consecuencia del delito, credibilidad del relato, personalidad de la víctima, Inteligencia, habilidades cognitivas, etc.”).

3. Metodología Empleada

a. Cuántas entrevistas se hicieron, a qué personas y qué objetivos se perseguía con esto.

- i. En casos de evaluación de credibilidad de relato, es necesario la realización de entrevista(s) semi-estructurada(s).

53 La presente pauta se basa en el modelo elaborado por Anker y Maffioletti (2005), y pretende tener un carácter meramente orientativo respecto de los principales apartados que debiera contener el informe pericial de acuerdo a lo establecido por el artículo 315 del CPP.

54 Tratar de evitar nombres como “Informe Clínico” o “Informe Integrado” o “Informe Psicosocial”, ya que se han prestado para confusiones, y para que se cuestione el ámbito que dio origen a la evaluación, que en estos casos es pericial.

b. Si en alguna entrevista se aplica algún test psicológico, escala o cuestionario, se expone cual y con qué finalidad.

i. También hay que explicitar aquellos antecedentes relevantes de la investigación que se tuvieron a la mano al momento de hacer la evaluación (consignar hasta que fecha).

c. Como sugerencia establecer si la evaluación fue sancionada por criterio de experto o supervisada.

4. Conducta observada y/o examen mental

a. Descripción de la conducta del evaluado ante: la situación de examinación, el examinador, hechos generales de su biografía y ante el hecho puntual que origina la entrevista.

b. En el examen mental se debe revisar la organización de la vida psíquica del sujeto, considerando: el aspecto general del evaluado, su lenguaje, pensamiento, afectividad (estado de ánimo o humor), orientación (espacial y temporal), conciencia.

156

5. Antecedentes relevantes

a. De la causa: se hace descripción en términos hipotéticos de lo que habría sucedido, por los antecedentes del parte policial, declaraciones, etc.

b. Biográficos, familiares, psicosociales o médicos: sólo los que sean necesarios para el análisis concreto del caso y su vinculación con el objetivo de la pericia.

6. Resultados de la evaluación

a. Funcionamiento Psicológico y/o Daño Emocional

a. Intelectual o cognitivo.

b. Emocional o afectivo.

c. Conductual y/o relacional

d. Adaptación social

b. Credibilidad de relato (si es que es solicitado)

a. Utilizar sistema SVA (Entrevista + CBCA + Listado de Validez).

b. Análisis de los criterios CBCA, indicando y justificando su presencia o ausencia, la cual debe ser vinculada a extractos del relato obtenido.

c. Referencia a la aplicación del listado de validez. En especial a la valoración de la sugestibilidad y/o interferencia de terceros,

la motivación (ganancias secundarias), el contexto de la denuncia, y la (in)consistencia con las demás evidencias de la investigación.

7. Síntesis y conclusiones

- a. Se sugiere enumerar las conclusiones (letras o números).
- b. Intentar dar conclusiones breves y concisas, que respondan a la demanda y objetivos de la pericia, y sean congruentes con los procedimientos utilizados.
- c. Evitar calificar jurídicamente los hechos.
- d. No concluir nada de lo cual no se tenga convicción, que implique dudas o incertidumbre, y que no pueda ser presentado y defendido en Juicio Oral.
- e. Emitir recomendaciones o sugerencias sólo si dice relación con evidenciar la gravedad del daño, realizando una prognosis a través de la implementación de un tratamiento especializado (art. 69 CP).

Nombre y Firma del Profesional

Ciudad y fecha de despacho del informe.

Bibliografía



BIBLIOGRAFÍA

- American Psychiatric Association (APA), Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV), Barcelona, Masson, 1995.
- Álvarez, H. y Sarmiento, A. (1997). Sobre Psicología del Testimonio y los Juicios por Jurados, Ediciones del Eclipse, Buenos Aires,
- Aguilar, J. (2006). Síndrome de Alineación Parental. Almuzara: España.
- Aliste, M^a.A; Luz, C.; Rutte, M^a P. (2004). Prácticas eficaces para disminuir la incidencia de variables sugestivas del testimonio infantil en víctimas de delitos sexuales. En Escaff, E. y Maffioletti, F. (eds.) Psicología Jurídica: Aproximaciones desde la experiencia. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Alonso-Quecuty, M.L. Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. En Revista Papeles del Psicólogo, del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. N° 73. Junio de 1999.
- Alonso-Quecuty, M., Campos, L. y Hernández-Fernaud, E. Mentiras y Mentirosos: el conocimiento de las claves de detección por jueces y legos. I° Congreso Hispano-Portugés de Psicología, Santiago de Compostela, 2000.
- Arata CM. To tell or not to tell: Current functioning of child sexual abuse survivors who disclosed their victimization. En revista Child Maltreatment, Vol. 3, pp. 63-71, 1998.
- Arce, R., Fariña, F. y Jolluskin, G. (2002). El trastorno de estrés postraumático como método empírico de simulación de engaño en casos de abusos sexuales. Editorial Interpsiquis.
- Arntzen (1983). En Raskin D. Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclée de Brouwer. 1994.
- Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Cuadernos de Psicología Jurídica N° 1, presentaciones del Primer Encuentro Nacional de

Jurídica, Francisco Maffioletti (editor), Santiago de Chile, agosto de 2004.
www.asociacionpsicologiajuridica.cl

- Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Cuadernos de Psicología Jurídica N° 2, Francisco Maffioletti (editor), Santiago de Chile, agosto de 2005.
- Asociación Chilena de Psicología Jurídica, Cuadernos de Psicología Jurídica N° 3, Francisco Maffioletti y María Paz Rutte (eds.), Santiago de Chile, agosto de 2006.
- Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, Anales del IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, 2001.
- Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, Anales del V Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Santiago de Chile, 2003.
- Bauer, P. y Mandler, J. Recordar qué ocurrió después: recuerdos de secuencias de sucesos en niño(a)s muy pequeños. En Fivush, R. y Hudson, J. (eds). Conocimiento y recuerdo en la infancia. Capítulo 2. Madrid: Visor distribuciones. 1996.
- Berwart, H. y Zegers, B. Psicología del Escolar. Santiago: Editorial Universitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile. 1980.
- Bruck, M. y Ceci, S.J. The Suggestibility of Children's Memory. *Annual Review of Psychology*, Vol. 50, pp. 419-439, 1999.
- Cantón Duarte, J. y Cortés Arboleda, M. R. Malos Tratos y Abuso Sexual Infantil, 2ª Edición. Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1998.
- Cantón Duarte, J. y Cortés Arboleda, M. R. Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil. Ediciones Pirámides, Madrid, 2000.
- Capella, C.; Contreras, L.; y Vergara, P. (2005). Análisis del Testimonio Infantil desde una Perspectiva Evolutiva. En Escaff, E. y Maffioletti, F. (eds). *Psicología Jurídica: Aproximaciones desde la experiencia*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

- Capella, C.; Contreras, L.; Guzmán, L.; Miranda, J.; Nuñez, L.; Vergara, P. (2003). Una Aproximación Clínica a las Producciones Gráficas de Niño(a)s(as) Víctimas de Agresión Sexual. En Anales del V Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, Santiago de Chile.
- Carnes, C. N., Nelson-Gardell, D. y Wilson, C. Addressing Challenges and Controversies in Child Sexual Abuse Interviewing: The Forensic Evaluation Protocol and Research Project. En revista Journal of Aggression, Maltreatment and Trauma, Vol 2(2), pp. 82-103, 1999.
- Carrasco, J. J. y Maza, J.M. Manual de Psiquiatría Legal y Forense. Editorial La Ley. Madrid, 2003.
- CAVAS Metropolitano. Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS Metropolitano. 16 Años de Experiencia. Policía de Investigaciones de Chile – SENAME, Santiago de Chile, 2004.
- Clemente, M. (coord). Fundamentos de Psicología Jurídica. Madrid, Ediciones Pirámide, 1998.
- Clemente, M. y Ríos, J. (coord.). Guía Jurídica del Psicólogo. Compendio básico de legislación para el psicólogo jurídico. Madrid, Ediciones Pirámide, 1995.
- Clifford, B. R. Methodological Issues in the Study of Children's Testimony. University of East London (United Kingdom). School of Psychology. Chapter in Book, pp. 331-344, 2002.
- Contreras, L. y Maffioletti, F. Valoración psicojurídica de la veracidad de testimonio en casos de abuso sexual infantil, Revista PRAXIS de la Escuela de Psicología de la Universidad Diego Portales, Nº 4, 2002.
- Cueto, M.A. y Carbajo, E. Modelo de Informe Psicológico-Pericial en casos de Abuso Sexual Infantil. En Revista de Terapia Sexual y de Pareja, Vol. 4, pp. 58-75, 1999.
- De Gregorio Bustamente, Alvaro. Abuso sexual infantil: denuncias falsas y erróneas. 1º edición, Buenos Aires: Omar Favale Ediciones jurídicas, 2004.

- De Paúl Velasco, Pilar. Capítulo: Evaluación de la Credibilidad de Testimonio en supuesto de Abuso Sexual a Menores. En Abuso Sexual Infantil, evaluación de la credibilidad del testimonio, estudio de 100 casos. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2004.
- De Paúl Ochotorena, J. y Arruabarrena, M. I. Manual de Protección Infantil, 2ª Edición, Barcelona, Ed. Masson, 2001.
- Delgado, S. (director) Esbec, E., Rodríguez, F. y González, J.L. (coords.) Psiquiatría Legal y Forense. Vol. I y II. Editorial Colex, Madrid, 1994.
- Diges, M., y Alonso-Quecuty, M. L. Psicología Forense Experimental. Valencia, Promolibro, 1993.
- Diges, M. Los Falsos Recuerdos: Sugestión y Memoria. Editorial Paidós, Barcelona, 1997.
- Duce. M., Gonzáles, F., Jiménez, Mª A., Riego, C. y Vargas, J.E. La Reforma de la Justicia Penal. Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 38, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1998.
- Echeburúa E. y Guerricaechevarría C. Abuso Sexual en la Infancia Víctimas y Agresores un Enfoque Clínico. 2000.
- Esbec, E. y Gómez-Jarabo, G. (2000). Psicología Forense y Tratamiento Jurídico-Legal de la discapacidad. Editorial Edisofer, España.
- Escaff, E. y Maffioletti, F. (Eds). Psicología Jurídica, aproximaciones desde la experiencia, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004.
- Escaff, E. y Maffioletti, F. (Eds). Psicología Jurídica, aproximaciones desde la experiencia, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2005.
- Escaff, E. y Maffioletti, F. (Eds). Psicología Jurídica, aproximaciones desde la experiencia, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2006.
- Farrar, M.J. y Goodman, G. Diferencias evolutivas en la relación entre la memoria de guión y la memoria episódica: ¿Existen realmente?. En Fivush, R. & Hudson, J. (eds). Conocimiento y recuerdo en la infancia (cap. 3). Madrid: Visor Distribuciones. 1996.

- Freyd, J. J. *Abusos Sexuales en la Infancia: la lógica del olvido*. Ediciones Morata. 2003.
- Fivush, R. y Hamond, N. La memoria autobiográfica durante los años de preescolar: hacia una reconceptualización de la amnesia de la infancia. En Fivush, R. & Hudson, J. (eds). *Conocimiento y recuerdo en la infancia* (cap. 9). Madrid: Visor distribuciones. 1996.
- Goodman, G., Rudy, L., Bottoms, B. y Aman, C.. Inquietudes y memoria de los niño(a)s: Cuestiones de validez ecológica en el estudio del testimonio ocular infantil. En Fivush, R. y Hudson, J. (eds). *Conocimiento y recuerdo en la infancia* (cap. 10). Madrid: Visor distribuciones. 1996.
- Gore-Felton, C.; Koopman, C.; Thoresen, C.; Arnow, B.; et al. Psychologists' Beliefs and Clinical Characteristics: Judging the Veracity of Childhood Sexual Abuse Memory. *Professional Psychology: Research and Practice*, Vol. 31(4), pp. 372-377, 2000.
- Guzmán, N. (2006). *La Verdad en el Proceso Penal, una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Hans y Vidmar (1986). En Arce, R., Fariña, F. y Jolluskin, G. El trastorno de estrés postraumático como método empírico de simulación de engaño en casos de abusos sexuales. *Interpsiquis*. 2002.
- Hershkowitz, I. A Case Study of Child Sexual False Allegation. Haifa Univ. En revista *Child Abuse and Neglect*, Vol. 25(10), pp. 1397-1411, 2001.
- Honts, Charles Robert. Assessing children's credibility: Scientific and legal issues, *Law Review*, Number 4, Volume 70, 1994.
- Ibabe, I. Vulnerabilidad de la memoria de los testigos. Aplicaciones forenses de la investigación básica. 2004. En I Congreso de Psicología Jurídica en red. Madrid: Colegio oficial de psicólogos. [versión electrónica]
- Inda Ortiz de Zárate, F. J. Testimonio, Psicología y Ley. En Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, san sebastián, N° 15, pp. 215-248, 2001.
- Jiménez Gómez, F. (coord.). *Evaluación Psicológica Forense 1*. Salamanca, Amarú Ediciones, 2001.

- Juárez López, J. La Credibilidad del Testimonio Infantil ante Supuestos de Abuso Sexual: indicadores psicosociales. Tesis doctoral: Universitat de Girona. 2002.
 - Kitzinger, J. Creating discourses of “false memory”: media coverage and production dynamics. En Reavey P. y Warner S. (edit.) *Challenging The Tyranny of Truth*. Chapter 6. Routledge, London, 2002.
 - Köhnken, Günter (2006). ¿Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual?. En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (eds.) *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica*. Editorial Lit Verlag, Berlin.
 - Lamb, M.E., Sternberg, K.J., Esplin, P.W., Hershkowitz, I. et al. Criteria-based content analysis: A field validation study. En revista *Child Abuse and Neglect*, Vol. 21, pp.255-264, 1997.
 - Lamb et al. Assessing the credibility of children’s allegations of sexual abuse: A survey of recent research. En revista *Learning and Individual Differences*, Vol. 92, pp. 175-194, 1997.
 - Larraín, Soledad y Traversa, M^a Teresa (Eds). *Maltrato Infantil y Abuso sexual en Chile: Capítulo III, lo que muestran las cifras*. 2001.
 - Loftus, E. (s.f.). *Creando falsos recuerdos*. [en línea]. Extraído el 20 de Junio de 2004, de <http://www.geocities.com/torosaurio/escept/fms.html>
 - Maffioletti, F. y Rutte, M^a Paz. Evaluación Pericial Psicológica a Imputados, un aporte desde la psicología forense a la Reforma Procesal Penal, Cuadernos de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile, N^o 14, 2004.
 - Maffioletti, F. y Salinas M^a Isabel. Manual. Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil. Servicio Nacional de Menores - Universidad Diego Portales, Gobierno de Chile, 2005.
 - Mandler, J. El recuerdo y su expresión verbal. En Fivush, R. y Hudson, J. (eds). *Conocimiento y recuerdo en la infancia* (cap. 13). Madrid: Visor distribuciones. 1996.
-

- Manzanero, A. Recuerdos Reales y Recuerdos Sugeridos: características diferenciales. En Anales del IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, 2001.
- Masip, J. y Garrido, E. La Evaluación de la Credibilidad del Testimonio en Contextos Judiciales a partir de Indicadores Conductuales, pp.93-131. En Anuario de Psicología Jurídica, Colegio Oficial de Psicólogos de España, Madrid, 2000.
- McCauley, M.R.; Parker, J.F. When Will a Child be Believed? The Impact of the Victim's Age and Juror's Gender on Children's Credibility and Verdict in a Sexual-Abuse Case. En revista Child Abuse and Neglect, Vol. 25(4), pp. 523-539, 2001.
- Miotto, Norma. Abuso Sexual de Menores Complejidad Diagnóstica, pp. 31-65. En Anales IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, 2001.
- Miotto, Norma. Psicología del Testimonio. Enfoque Pericial Psicológico-Forense. pp. 387-395. En Anales 1º Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Santiago de Chile, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica, 1995.
- Mira y Lopez, E. Manual de Psicología Jurídica (5ª Ed.). Buenos Aires. Editorial El Ateneo. 1961.
- Mojardín, A. Creación de Falsos recuerdos durante la obtención de Pruebas Testimoniales, Revista Jurídica, Segunda Época, Nº 35, Abril de 1999.
- Muñoz Sabate, L; Bayés, R. y Munne, F. Introducción a la Psicología Jurídica. México, Trillas, 1980.
- Navarro, C. Evaluación de Credibilidad Discursiva de Niño(a)s, Niñas y Adolescentes Víctimas de Agresiones Sexuales. Tesis para optar al Grado de Magíster en Psicología. Universidad de Chile, 2006.
- Offe, H. El dictamen sobre la credibilidad de las declaraciones de los testigos. En: Anuario de Psicología Jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. España. 2000.

- Orbach, Y., Hershkowitz, I., Lamb, M., Sternberg, K., Esplin, P. Assessing the value of structured protocols for forensic interviews of alleged child abuse victims. En revista *Child Abuse and Neglect*, Vol. 24, pp. 733-752, 2000.
 - Organización Mundial de la Salud (OMS), *Trastornos Mentales y del Comportamiento (CIE-10)*, Madrid, Meditor, 1992.
 - Papalia, D. & Wendkos Olds, S. *Psicología*. México: Mc Graw Hill. 1987.
 - Papalia, D. y Wendkos, S. *Desarrollo Humano (6ª ed)*. Bogotá: Mc Graw Hill. 1997.
 - Piaget, J. *Seis Estudios de Psicología (6ª ed)*. Barcelona: Editorial Seix Barral. 1973.
 - Piaget, J. y Inhelder, B. *Psicología del Niño(a) (6ª ed)*. Madrid: Ediciones Morata. 1975.
 - Poole, D.A. y Lindsay, D.S. *Children's Suggestibility in the Forensic Context*. Central Michigan Univ., Mount Pleasant. Chapter in Book, pp. 355-381, 2002.
 - Raskin D. *Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales*. Editorial Desclée de Brouwer. 1994.
 - Ratner, H.H., Smith, B. y Padgett, R. Organización de sucesos y recuerdos de sucesos en los niño(a)s. En Fivush, R. y Hudson, J. (eds). *Conocimiento y recuerdo en la infancia (cap. 4)*. Madrid: Visor distribuciones. 1996.
 - República de Chile. *Código Procesal Penal*. Actualizado al 11 de enero de 2006.
 - República de Chile. *Código Penal, apartado de delitos sexuales*. Actualizado al 14 de enero de 2004.
 - Roediger, H.L. y Gallo, D.A. *Processes Affecting Accuracy and Distortion in Memory: An Overview*. Washington Univ. Chapter in Book, pp. 3-28, 2002.
-

- Ruíz-Vargas. J.M. Psicología de la memoria. Madrid: Alianza Editorial. 1995.
 - Salgado, R., Chía, E., Fernández, H., Navarro, J. y Valdés, A. Protocolo Para la Evaluación Psicológica Pericial de Delitos Sexuales Contra Niño(a)s, Niñas y Adolescentes. Servicio Nacional de Menores, LOM Ediciones, 2005.
 - Sanz, D. y Molina A. Violencia y Abuso en la Familia. Edit. Lumen Hymanitas, Argentina, 1999.
 - Servicio Nacional de Menores. Estudio Peritajes Sicológicos en Abuso Sexual Infantil. Serie estudios y seminarios. 2004. http://www.sename.cl/interior/publicaciones/f_subportada.html
 - Servicio Médico Legal. Pericias Médico Legales en Delitos Sexuales. Dra. Alicia Espinoza (coord.), 2002.
 - Sjöberg R.L. y Lindblad F. Limited disclosure of child sexual abuse in children whose experiences were documented by videotape. En: Am. J. Psychiatry, Vol. 159, pp. 312-314, 2002.
 - Steller, M. y Koehnken, G. Análisis de Declaraciones Basado en Criterios. En Raskin, D. (comp.). Métodos Psicológicos en la Investigación y Pruebas Criminales. Editorial Desclée de Brouwer, 1994.
 - Summit, Roland (M.D.) The Chile Sexual Abuse Accommodation Syndrome. En revista Child Abuse and Neglect, Vol. 7, pp 177-193, 1983.
 - Tapias, A., Aguirre, O., Moncada, A. y Torres, A. Validación de la técnica “análisis de contenido basado en criterios” para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la unidad local de atención al menor (ulam) del instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses, en Bogotá. (2001) En <http://www.psicologiajuridica.org/psj19.html> [recuperado el 06 de febrero de 2007].
- Undeutsch, U. Beurteilung Der Glaubhaftigkeit Von Zeugenaussagen. Handbuch der Psychologie, Vol. II: Forensische psychologie (pp. 26-181). Göttingen : Verlag für Psychologie, 1967.
-

- Urra, J. y Vázquez, B. (comps.). Manual de Psicología Forense. Madrid, Siglo XXI Editores, 1993.
 - Urra, J. (comp.). Tratado de Psicología Forense. Madrid, Siglo XXI Editores, 2002.
 - Vázquez, B. La Violencia Familiar y la Agresión Sexual como objeto de la Pericia Psicológica. En Urra, J. y Vázquez, B., Manual de Psicología Forense. Siglo XXI Editores, Madrid, 1993.
 - Vázquez B. (coord.). Abuso Sexual Infantil, Evaluación de la Credibilidad del Testimonio. Estudio de 100 Casos. Centro Reina Sofía, 2003.
 - Vázquez, B. Manual de Psicología Forense. Editorial Síntesis, Madrid, 2005.
 - Vrij, A. Criteria-Based Content Analysis: a Qualitative Review of the First 37 Studies. En *Revista Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 11, N° 1, pp. 3-41, 2005.
 - Vrij, A. *Detecting Lies and Deceit: the psychology of lying and the implications for professional practice*. Wiley, 2000.
 - Wakefield, H.& Underwager, R. Recovered Memories of Alleged Sexual Abuse : Lawsuits Against Parents. *Behavioral Sciences and the Law*, Vol.10, 483-507, 1992.
 - Walter, N.E. Forensic Interviews of Children: The Components of Scientific Validity and Legal Admissibility. *Michigan State Univ. Law and Contemporary Problems*, Vol. 65(1), pp. 149-178, 2002.
-

Anexos

171



CODIGO PENAL

Libro II, Título VII

Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual⁵⁶

§ 5. De la violación

Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y un día a 15 años).

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de **fuerza o intimidación**.

2º Cuando la **víctima se halla privada de sentido**, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la **enajenación o trastorno mental de la víctima**.⁵⁷

Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años), aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.⁵⁸

§ 6. Del estupro y otros delitos sexuales

Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años), el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una **persona menor de edad**

⁵⁶ Epígrafe modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004. Nótese que esta ley altera la terminología consagrada en el Código para referirse a los simples delitos, al hablar de delitos a secas, por influjo de la ley española.

⁵⁷ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

⁵⁸ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual⁵⁹.

174

Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de 61 días a 3 años).

Art. 365 bis⁶⁰. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y un día a 15 años), si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años), si la víctima fuere menor de catorce años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años), si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

Art. 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años), cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

59 Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

60 Artículo agregado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años⁶¹.

Art. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo⁶² (3 años y un día a 10 años).

Art. 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella⁶³.

Art. 366 quater. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciare espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años).

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363⁶⁴.

Art. 366 quinquies⁶⁵. El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

61 Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

62 Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

63 Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

64 Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

65 Artículo agregado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004

Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

Art. 367. El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años) y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.⁶⁶

176

Art. 367 bis. El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años) y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior (5 años y un día a 20 años) en los siguientes casos:

1. Si la víctima es menor de edad.
2. Si se ejerce violencia o intimidación.
3. Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
5. Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
6. Si existe habitualidad en la conducta del agente.⁶⁷

Art. 367 ter⁶⁸.El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las

⁶⁶ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

⁶⁷ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

⁶⁸ Artículo agregado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004

circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo (3 años y un día a 5 años).

§ 7. Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores

Art. 368. Si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible. Exceptúanse los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza.

177

Art. 368 bis . Cuando, en la comisión de los delitos señalados en los artículos 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter o 374 bis se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo éste menos que saberlo, podrá decretarse en la sentencia su clausura definitiva.

Asimismo, durante el proceso judicial respectivo, podrá decretarse, como medida cautelar, la clausura temporal de dichos establecimientos o locales.

Art. 369. No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal.

Si la persona ofendida no pudiere libremente hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere representante legal, o si, teniéndolo, estuviere imposibilitado o implicado en el delito, podrá procederse de oficio por el Ministerio Público, que también estará facultado para deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona que tome conocimiento del hecho podrá denunciarlo.

⁶⁹ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

Con todo, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal.

En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de aquel con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª. Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2° o 3° del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª. Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados .

Art. 369 bis. En los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica.

Art. 369 ter . Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciera imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos

y las entregas vigiladas se registrarán por las disposiciones de la Ley N° 19.366 .

Art. 370. Además de la indemnización que corresponda conforme a las reglas generales, el condenado por los delitos previstos en los artículos 361 a 366 bis será obligado a dar alimentos cuando proceda de acuerdo a las normas del Código Civil.

Art. 370 bis. El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

Art. 371. Los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

Art. 372. Los comprendidos en el artículo anterior y cualesquiera otros condenados por la comisión de los delitos previstos en los dos párrafos precedentes en contra de un menor de edad, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal. Esta sujeción consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual. El incumplimiento de esta obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 N° 1 de este Código.

Asimismo, el tribunal condenará a las personas comprendidas en el artículo precedente a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios

o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados⁷³

Art. 372 bis. El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado⁷⁴.

Art. 372 ter. En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

180

§ 8. De los ultrajes públicos a las buenas costumbres

Art. 373. Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años).

Art. 374. El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo (61 días a 540 días) o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

En las mismas penas (61 días a 540 días) incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que los hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta.

La sentencia condenatoria por este delito ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o de las grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que sean objeto de comiso .

⁷³ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004

⁷⁴ Artículo modificado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004..

Art. 374 bis .El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años).

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

Art. 374 ter .Las conductas de comercialización, distribución y exhibición señaladas en el artículo anterior, se entenderán cometidas en Chile cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional.

§ 9. Del incesto

Art. 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años).

73 Inciso agregado por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

76 Artículo agregado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

77 Artículo agregado por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

(publicado en el Diario Oficial el 12 de diciembre de 2000,
actualizado al 14 de noviembre de 2005).

Párrafo 4°

Disposiciones generales sobre la prueba

Art. 295. Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

Art. 297. Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

Párrafo 5°

Testigos

Art. 298. Deber de comparecer y declarar. Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial; de declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración.

Para la citación de los testigos regirán las normas previstas en el Párrafo 4° del Título II del Libro Primero.

En casos urgentes, los testigos podrán ser citados por cualquier medio, haciéndose constar el motivo de la urgencia. Con todo, en estos casos no

procederá la aplicación de los apercibimientos previstos en el artículo 33 sino una vez practicada la citación con las formalidades legales.

Art. 299. Renuencia a comparecer o a declarar. Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33. Además, podrá imponérsele el pago de las costas provocadas por su inasistencia.

El testigo que se negare sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Art. 300. Excepciones a la obligación de comparecencia. No estarán obligados a concurrir al llamamiento judicial de que tratan los artículos precedentes, y podrán declarar en la forma señalada en el artículo 301:

184

a) El Presidente de la República y los ex Presidentes; los Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional;

b) Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile;

c) Los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, y

d) Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallaren en imposibilidad de hacerlo.

Con todo, si las personas enumeradas en las letras a), b) y d) renunciaren a su derecho a no comparecer, deberán prestar declaración conforme a las reglas generales. También deberán hacerlo si, habiendo efectuado el llamamiento un tribunal de juicio oral en lo penal, la unanimidad de los miembros de la sala, por razones fundadas, estimare necesaria su concurrencia ante el tribunal.

Art. 301. Declaración de personas exceptuadas. Las personas comprendidas en las letras a), b) y d) del artículo anterior serán interrogadas en el lugar en que ejercieren sus funciones o en su domicilio. A tal efecto, propondrán oportunamente la fecha y el lugar correspondientes. Si así no lo hicieren, los fijará el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales. A la audiencia ante el tribunal tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal podrá calificar las preguntas que se dirigieren

al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente.

Las personas comprendidas en la letra c) del artículo precedente declararán por informe, si consintieren a ello voluntariamente. Al efecto se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo.

Art. 302. Facultad de no declarar por motivos personales. No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante interviniere en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.

Las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración. El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración. Tratándose de las personas mencionadas en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.

Art. 303. Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto.

Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

Art. 304. Deber de comparecencia en ambos casos. Los testigos comprendidos en los dos artículos precedentes deberán comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren. El tribunal podrá considerar como suficiente el

juramento o promesa que los mencionados testigos prestaren acerca de la veracidad del hecho fundante de la facultad invocada.

Los testigos comprendidos en los dos artículos precedentes estarán obligados a declarar respecto de los demás imputados con quienes no estuvieren vinculados de alguna de las maneras allí descritas, a menos que su declaración pudiere comprometer a aquéllos con quienes existiere dicha relación.

Art. 305. Principio de no autoincriminación. Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero.

186

Art. 306. Juramento o promesa. Todo testigo, antes de comenzar su declaración, prestará juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos.

No se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años, ni a aquellos de quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados. Se hará constar en el registro la omisión del juramento o promesa y las causas de ello.

El tribunal, si lo estimare necesario, instruirá al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

Art. 307. Individualización del testigo. La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.

Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena que establece el inciso

segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, tratándose de quien proporcionare la información. En caso que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales.

Art. 308. Protección a los testigos. El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.

De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

Art. 309. Declaración de testigos. En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas.

Art. 310. Testigos menores de edad. El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Art. 311. Testigos sordos o mudos. Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones.

Si no fuere posible proceder de esa manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que pudieren entenderse con él por signos o que comprendieren a los sordomudos. Estas personas prestarán previamente el juramento o promesa prescritos en el artículo 306.

Art. 312. Derechos del testigo. El testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho a que la persona que lo presentare le indemnice la pérdida que le ocasionare su comparecencia para prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación, si procediere.

Se entenderá renunciado este derecho si no se ejerciere en el plazo de veinte días, contado desde la fecha en que se prestare la declaración.

En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

Tratándose de testigos presentados por el ministerio público, o por intervinientes que gozaren de privilegio de pobreza, la indemnización será pagada anticipadamente por el Fisco y con este fin, tales intervinientes deberán expresar en sus escritos de acusación o contestación el nombre de los testigos a quien debiere efectuarse el pago y el monto aproximado a que el mismo alcanzará.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de la resolución que recayere acerca de las costas de la causa.

Art. 313. Efectos de la comparecencia respecto de otras obligaciones similares. La comparecencia del testigo a la audiencia a la que debiere concurrir, constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

Informe de peritos

Art. 314. Procedencia del informe de peritos. El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito .

Procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesare el perito.

Art. 315. Contenido del informe de peritos. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;
- b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y
- c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquéllas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe .

Art. 316. Admisibilidad del informe y remuneración de los peritos. El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el juez de garantía podrá limitar el

78 Inciso modificado por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

79 Inciso agregado por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

número de informes o de peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos mencionados en este artículo corresponderán a la parte que los presentare.

Excepcionalmente, el juez de garantía podrá relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considerare que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el juez de garantía regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza, y el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo fiscal .

Art. 317. Incapacidad para ser perito. No podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconociere la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

Art. 318. Improcedencia de inhabilitación de los peritos. Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

Art. 319. Declaración de peritos. La declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos.

Si el perito se negare a prestar declaración, se le aplicará lo dispuesto para los testigos en el artículo 299, inciso segundo.

Art. 320. Instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos. Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta.

Art. 321. Auxiliares del ministerio público como peritos. El ministerio público podrá presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieran a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones.

Art. 322. Terceros involucrados en el procedimiento. En caso necesario, los peritos y otros terceros que debieren intervenir en el procedimiento para efectos probatorios podrán pedir al ministerio público que adopte medidas tendientes a que se les brinde la protección prevista para los testigos.

.....

Art. 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

CÓDIGO PROCESAL PENAL

(publicado en el Diario Oficial el 12 de diciembre de 2000,
actualizado al 14 de noviembre de 2005)

Párrafo 6°

La víctima

Art. 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

OFICIO FN N° ___007 /

ANT.: Instructivo General N° 25 de 24.11.00; Of. N° 80 de 05.02.03 que modifica, refunde y sistematiza instructivo general N° 25 y Of. N° 404 de 21.08.03 sobre criterios de actuación en suspensiones condicionales de procedimientos en delitos sexuales.

MAT.: Amplía criterios de actuación en investigación de delitos sexuales.

SANTIAGO, enero 12 de 2004

**DE : FISCAL NACIONAL DEL
MINISTERIO PÚBLICO**

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DEL PAÍS

195

Las instrucciones en materia de investigación de delitos sexuales han sido objeto de oficios anteriores, en especial el oficio N° 80 de 5 de febrero de 2003 mediante el cual se modifica, refunde y sistematiza el instructivo general N° 25.

En atención a la existencia de estas instrucciones, en el presente oficio sólo se hará referencia a los problemas que se han detectado en la persecución penal con posterioridad a ellos, enfatizando algunos aspectos de las instrucciones asentadas con anterioridad. También, si bien parte de estas indicaciones ya han sido puestas en práctica por los fiscales especializados, se precisa tenerlas presente en aquellos lugares donde aún no se han implementado.

Asimismo, se señalarán algunos criterios de actuación para la coordinación de la labor de los fiscales especializados, abogados asesores y la Unidad Especializada en la investigación de esta clase de delitos en atención a la reciente creación de la misma.

I.- La investigación de delitos sexuales se debe radicar en los fiscales que cuentan con dicha especialización.

a) Si durante el desempeño del turno, en la fiscalía no se cuenta con la presencia de un fiscal especializado en la investigación de delitos sexuales, se deben realizar a la brevedad sólo las diligencias más urgentes, poniendo en

conocimiento de las mismas al fiscal que cuenta con dicha especialización. De éstas, se debe procurar que quien tome la declaración a la víctima sea el fiscal especializado.

b) Aquellas fiscalías que cuenten con más de un fiscal especializado deben procurar organizarse de tal manera que los fiscales del turno ordinario puedan contar con su coordinación cuando se requiera la intervención de organismos especializados en la investigación de un delito sexual.

c) Con respecto a la declaración de la víctima se debe coordinar el trabajo con la policía, de tal manera, que si ésta efectúa la denuncia, en el parte policial se consignen las circunstancias del hecho, pero que no proceda la policía a tomar una declaración adicional a la víctima, reservándola para que ésta se efectúe en presencia del fiscal .

196

d) En situaciones de extrema gravedad como muerte de la víctima, de alta conmoción pública o que se tengan sospechas que el victimario cuenta con redes de protección o actúa en el seno de una organización delictual, se debe poner en conocimiento de la noticia criminal de inmediato al fiscal especializado.

e) En las situaciones de ordinaria ocurrencia, en el menor lapso posible se hará el traspaso de la investigación con todos sus antecedentes al fiscal especializado, quien asumirá la causa en definitiva.

f) Si en la respectiva fiscalía no se cuenta con un fiscal de la especialidad, o por motivos justificados se hace inviable la prescripción anterior, se recabará el apoyo para la investigación del hecho de algún fiscal especializado en la investigación de delitos sexuales de la región, del abogado asesor del área y la unidad especializada, de tal manera que el fiscal a cargo de la investigación cuente con todas las herramientas necesarias en su labor. Ello sin perjuicio de la asesoría permanente que pueda solicitar a la Unidad el propio fiscal especializado.

g) En todo caso, se tenderá en la medida de lo posible, a que el fiscal especializado no asignado, acompañe al fiscal en la sustanciación del respectivo juicio oral, si éste se realiza.

II. De los exámenes corporales.

La realización de exámenes corporales a la víctima es una de las primeras actuaciones que se deben decretar por parte del fiscal, incluso antes de tomarle la declaración, con el objeto de constatar los elementos que permitan acreditar el hecho punible que se investiga, antes que desaparezcan sus rastros o huellas.

Para estos efectos se dispondrá:

a) Que la víctima sea acompañada en las dependencias del Servicio Médico Legal o del Hospital o centro asistencial respectivo, por un funcionario de la policía especializada o en su defecto por un profesional de la Unidad de Víctimas y Testigos. Se debe recordar que en las instrucciones dadas a la policía para la investigación de esta clase de delitos (Instructivo N °19), se ha dispuesto que las víctimas sean acompañadas por un funcionario policial a las dependencias donde se les procederá a efectuar las tomas de las muestras respectivas, cuestión por la que se debe instar.

197

b) En atención a las características de estos delitos y en especial a este primer apoyo a la víctima, el fiscal privilegiará siempre el trabajo con los servicios especializados en la investigación de delitos sexuales de una o ambas policías.

c) El fiscal a cargo del caso debe definir a la brevedad con qué organismo va a trabajar en la investigación del hecho punible, como asimismo a qué servicio va a solicitar determinados exámenes para evitar duplicación de análisis inconducentes o pérdida de las respectivas muestras. Para cumplir con este objetivo es preferible que el fiscal solicite la diligencia a una sola institución.

d) Para los efectos de la práctica del examen propiamente tal, se solicitará el consentimiento de la víctima explicándole el contenido del Art. 197 del C .P. P. En caso de negarse a su realización, se debe solicitar la autorización al juez de garantía respectivo, dando aviso de inmediato a la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos para que proceda en su intervención. En todo caso, el fiscal a cargo de la investigación intentará persuadir primero a ésta para que preste su consentimiento, evitando tener que recurrir a la vía compulsiva. De estimarlo necesario, recabará el apoyo de la Unidad de Víctimas y Testigos en este cometido.

e) En cuanto a exámenes corporales que se deban realizar al imputado, el fiscal solicitará el consentimiento de éste explicando el tipo de examen que se efectuará, los efectos del mismo para la investigación, de tal manera que comprenda el significado del acto para el cual presta su consentimiento. De estas circunstancias se dejará constancia pormenorizada en la carpeta de investigación.

f) Los exámenes corporales que se efectuarán a sospechosos de haber participado en la comisión del hecho punible, irán precedidos de la lectura del Art. 93 del C.P.P. Debe dejarse constancia en el acta de consentimiento de esta circunstancia.

III. De los exámenes psicológicos

198

Mediante Oficio N° 80 de 05.02.03 que modifica, sistematiza y refunde Instrucción General N° 25, la práctica de exámenes psicológicos o psiquiátricos ha dejado de ser imperativa.

En este sentido se ha estimado pertinente señalar algunos criterios que puedan orientar a los fiscales sobre la conveniencia de su solicitud:

a) En general, se puede afirmar que en esta clase de delitos lo deseable sería contar con informe psicológico sobre extensión del daño causado a las víctimas.

b) En los casos de delitos sexuales cometidos en el seno de la familia, la necesidad de recurrir a exámenes de veracidad del relato y de daño a la víctima es más frecuente que en los atentados cometidos fuera de este contexto. Asimismo, se requieren con frecuencia intervención de profesionales especializados que permitan prevenir el fenómeno de la retractación.

c) En los casos de delitos sexuales cuyas víctimas son menores de edad, especialmente si no se cuentan con elementos además de su testimonio para la acreditación del hecho punible, se hace también necesario contar con un informe psicológico sobre extensión del daño causado a las víctimas.

d) En los casos de delitos en los que el hecho punible no ha dejado

d) En los casos de delitos en los que el hecho punible no ha dejado evidencias físicas de su comisión o aquellos en que la conductas no importan acceso carnal como los abusos sexuales, la evaluación del daño producido al sujeto pasivo es un elemento fundamental que da cuenta de la ocurrencia del hecho.

e) En los delitos cuya comisión haya provocado un impacto en la víctima, un informe de daño emocional se presenta como una herramienta que avala la aplicación del Art. 69 del C.Penal en la determinación de la pena.

IV. Sobre la Calificación Jurídica de la Conducta.

La persecución de los delitos sexuales entraña dificultades adicionales si lo comparamos con otra clase de ilícitos. Además de la escasez de evidencia, se agrega no sólo la tremenda conmoción en la vida del sujeto pasivo de este tipo de atentados, sino también el impacto en la vida social y en la percepción que la comunidad tiene sobre la eficiencia del sistema penal.

199

Teniendo en consideración los múltiples factores que hay en juego y la necesidad de conciliar la eficacia de la investigación con la calidad de las decisiones jurídicas, se ha estimado necesario hacer las siguientes consideraciones:

a) Los fiscales deben ser especialmente rigurosos con la calificación jurídica de las conductas constitutivas de los distintos tipos penales de delitos sexuales.

b) En este contexto, los fiscales no deben aceptar resolver un caso aplicando el procedimiento abreviado si esto conlleva una calificación jurídica de la conducta diferente a su apreciación original, si la nueva calificación no está justificada en el resultado de nuevos antecedentes allegados a la investigación.

c) De esta manera, se debe evitar que una conducta de violación aparezca calificada como estupro o abuso sexual con el solo propósito de rebajar la pena o para que el imputado acepte la responsabilidad en los hechos.

d) Asimismo, si los hechos consignados en la acusación señalan que ha habido acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, concurriendo algunas de las circunstancias del Art. 361 la calificación jurídica de la

f) En cuanto a calificar una serie de conductas típicas como un delito continuado en lugar de la reiteración, se debe tener presente que la figura del delito continuado es excepcional y que aún cuando se presenten los requisitos mayoritariamente admitidos por la doctrina penal para su configuración, su invocación no es obligatoria para el fiscal que acusa.

Más aún, señalamos que en materia de delitos sexuales, el criterio de excepcionalidad del delito continuado debe reforzarse y hacer eco de los requisitos señalados por la jurisprudencia para su procedencia, vale decir, optar por aquel sólo cuando no sea posible establecer la época y circunstancias de la comisión de cada acto en particular o alguno de ellos quede afectado por las reglas de la prescripción penal o de competencia.

200

Se debe recordar que en materia de delito continuado la pena para éste, según doctrina y jurisprudencia dominante, es la asignada al delito como si se tratase de uno solo.

g) En caso de abusos sexuales de mayores de edad, en que el sujeto activo obre de súbito, provocando perplejidad en el sujeto pasivo, si no es posible invocar la incapacidad para oponer resistencia o la relevancia del hecho, el fiscal de la causa puede recurrir a la falta Art. 495 N° 5 del C. Penal y proceder de acuerdo a la reglas establecidas para éstas.

Como se puede advertir de las afirmaciones efectuadas, si bien la investigación de delitos sexuales es altamente permeable a la crítica social y de los medios de comunicación, los fiscales no pueden perder de vista que la función pública que desempeñan trasciende la contingencia. Por la alta sensibilidad de los bienes afectados en la comisión de delitos sexuales, deben velar porque sus decisiones estén bien fundamentadas y aplicar acuciosamente los preceptos legales.

V. Vigencia de los criterios de actuación en las suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales (OF. N° 404 de 21.08.03).

Se recuerda a todos los fiscales que se encuentran vigentes los criterios de actuación bastante restrictivos en materia de suspensión del procedimiento que se contienen en el oficio mencionado.

Asimismo, también debe tenerse presente que tratándose de delitos sexuales, se ha estimado que no proceden los acuerdos reparatorios en esta materia por no existir bienes jurídicos de disponibilidad patrimonial (OF. 80 de 05.02.03). Por lo mismo, tampoco procede disfrazar un acuerdo reparatorio bajo las formas de una suspensión condicional del procedimiento.

201

Agradeceré a Uds. distribuir este instructivo general a los fiscales adjuntos y a los asesores jurídicos de las fiscalías regionales, promoviendo su discusión para su debida comprensión y aplicación. Las observaciones que sean pertinentes deberán enviarse para su consideración, al Fiscal Nacional.

Saluda atentamente a UDS,.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO**

PÚBLICO

GPR/MEST/crz

OFICIO FN. N° 148 /

ANT. : No hay.

MAT.: Instruye sobre situación de Niño(a)s, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos en la Reforma Procesal Penal.

SANTIAGO, marzo 27 de 2003

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DEL PAÍS

203

Introducción

La Reforma Procesal Penal incorpora a la víctima de delito como un sujeito interviniente en el proceso penal, encontrándose legitimada por su propia condición para participar en el proceso en que se ventila el hecho que la ha perjudicado. Junto con ello, asigna al Ministerio Público el deber de protección de la víctima, y al Juez de Garantía el rol de garante de los derechos de la víctima durante el proceso penal.

Este cambio fundamental del lugar de la víctima en relación con el proceso penal opera en una época de transformación del paradigma jurídico de la niñez y la adolescencia. Con la Convención sobre los Derechos del Niño(a) (en adelante, CDN), aprobada por los Estados parte en 1989 y promulgada en Chile, como ley de la República, en 1990, se establece un nuevo modelo que consiste en reconocer al niño(a), niña y adolescente la condición de sujeto pleno de derechos, esto es, "los niño(a)s son sujetos de derechos en el sentido de que como seres individuales tienen la titularidad de ellos. Los derechos del niño(a) no son derechos de colectividades o grupos, sino derechos subjetivos imputados a ellos como personas humanas." .

81 Modificado por los oficios FN 404/2003 y FN 776/2005.

82 Decreto Supremo N.º 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

83 Emilio García Méndez, "La Convención Internacional sobre Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos" en Infancia. De los derechos y de la justicia, Editores del Puerto, p. 65: "Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones".

83 Miguel Cillero, "Los Derechos del Niño: de la proclamación a la protección efectiva" en Justicia y Derechos del Niño, N.º 3, UNICEF, p. 55.

Por su parte, la ley 19.806 introduce una serie de modificaciones a la antigua ley 16.618, que se inspiran en la CDN. Básicamente, dicha ley separa el estatuto aplicable a los menores imputados de haber cometido un delito (arts. 16, 28 y 29) del que rige a los menores amenazados o vulnerados en sus derechos (arts. 16 bis y 30).

Es en este contexto de transformación del paradigma de la niñez y la adolescencia donde se sitúan las siguientes orientaciones e instrucciones generales para la aplicación de las normas del CPP que establecen y regulan la participación de la víctima en el proceso penal y las disposiciones de la ley 16.618, cuando se trate de niño(a)s, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

I. NIÑO(A)S Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS PROCESALES INTERVINIENTES

204

1.- Los niño(a)s, niñas y adolescentes son sujetos titulares de todos y cada uno de los derechos y garantías reconocidos por la CPR y los tratados internacionales sobre derechos humanos -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y la CDN-. El niño(a) o niña víctima de un delito tiene, además de tales derechos, reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional a toda persona y, en especial, a todo niño(a) o niña, los derechos que reconoce el CPP a la víctima de un delito.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual se enmarca el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niño(a)s son titulares de derechos y no sólo objeto de protección...

...En los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niño(a)s se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo a las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niño(a)s y

que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.” .

2.- El niño(a) o niña víctima de un delito, en tanto sujeto pleno de derechos, tiene la calidad de sujeto procesal interviniente en el nuevo proceso penal y, por ende, se le debe asegurar el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que el CPP otorga a la víctima. Correlativamente, el Ministerio Público debe otorgarle una protección especial a sus derechos y el Tribunal, por su parte, debe garantizar especialmente la vigencia de sus derechos en el proceso penal.

Por lo tanto, la duda que puede plantearse no dice relación con la condición de sujeto procesal interviniente y de titular de los derechos que el CPP concede a la víctima del delito, sino que con la forma de intervención del niño(a) o niña víctima de un delito en el nuevo proceso penal y el modo de ejercicio de sus derechos. En concreto, la duda se presenta con la forma de aplicar los arts. 108 y 109 del CPP a la víctima cuando ésta es niño(a), niña o adolescente.

3.- Para dilucidar lo anterior, necesariamente deben aplicarse los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño(a), consagrados en la CDN. El principio de autonomía progresiva obliga a permitir al niño(a) o niña el ejercicio autónomo de sus derechos, en la medida que evoluciona en su desarrollo como individuo, esto es, garantiza el derecho del niño(a) o niña que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afecten (art. 12 CDN) . Por su parte, el principio de interés superior del niño(a) es concebido como una garantía , esto es, un derecho que asegura el ejercicio de otros derechos (art. 3º CDN) y, por ende, frente a alternativas de interpretación de una norma, obliga a optar por aquella que permita en mayor medida la realización de los derechos del niño(a) o niña, lo que en este caso se concreta en buscar una interpretación de las normas del CPP que permita la realización del principio de autonomía progresiva.

86 Art. 12.1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

87 Miguel Cillero, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), pp. 77-78.

88 Art. 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes

De este modo, al existir dos posibles interpretaciones del art. 108 del CPP: una primera que entiende incluido el niño(a) o niña, por su condición de tal, en el supuesto del inciso 2º del art. 108, y una segunda que considera al niño(a) o niña comprendido en el inciso 1º del mismo artículo, el principio de interés superior del niño(a) obliga a optar por la segunda interpretación, toda vez que ésta permite una mayor realización del principio de autonomía progresiva y del derecho a ser oído, en tanto que la primera interpretación anula completamente la posibilidad de que aquél ejerza por sí mismo sus derechos. En consecuencia, no resulta aplicable el art. 108 inc. 2º por la sola condición de niño(a) o niña que puede tener una víctima de delito.

El Informe del Comité de los Derechos del Niño(a) de Ginebra, en su último examen sobre el informe emitido por el Estado de Chile en cumplimiento de lo establecido por el art. 44 de la CDN, señala:

206

“30. Teniendo presentes los arts. 12 y 17 de la Convención, el Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas para que se tengan en cuenta las opiniones de los niño(a)s, de conformidad con el concepto de evolución de sus facultades, en todos los asuntos que les atañan, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos, e integre este principio en la nueva legislación y en las políticas y programas que afectan a los niño(a)s, incluida la política nacional. El Comité alienta al Estado Parte a que solicite la cooperación técnica del UNICEF, entre otros organismos.”⁸⁹

Respecto de este punto, Delia del Gatto Reyes, Directora Nacional del Servicio Nacional de Menores ha apuntado que:

“En relación a la materia que nos ocupa, cabe señalar que este principio (autonomía progresiva) encuentra aplicación en el contexto de la Reforma Procesal Penal, pues obliga a reconocer al niño(a), niña y adolescente víctima de delito su calidad de sujeto procesal. Ello obliga a buscar los mecanismos y ajustar las prácticas para que estos sujetos de derecho puedan ejercer, conforme a su autonomía progresiva, los derechos que la ley confiere a toda víctima.

de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

⁸⁹Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del art. 44 de la Convención. Informe del Comité Sobre los Derechos del Niño de Ginebra. 29º período de sesiones, 3 de abril de 2002, párrafo

Lo contrario, equivaldría a introducir una desigualdad jurídica que se traduce en la indefensión de los niño(a)s, niñas y adolescentes frente al sistema, en circunstancias que el Estado se encuentra obligado a darles una protección especial, sobre todo en el ámbito que supone una afectación grave a sus derechos.” (Niño(a)s, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos en el Nuevo Proceso Penal, en Boletín Jurídico Nos 2-3 del Ministerio de Justicia, diciembre de 2002, pág. 204).

Ahora bien, es menester tener presente que el art. 1º de la CDN entiende por niño(a) todo ser humano menor de dieciocho años de edad⁹⁰. Por su parte, el art. 12 de la CDN obliga a garantizar al niño(a) o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan. La evaluación en orden a determinar si un niño(a) o niña se encuentra o no en condiciones de formarse un juicio propio, no puede quedar entregada al caso particular, puesto que, por la influencia de la antigua doctrina de la situación irregular, aún imperante en nuestro país, ello probablemente implicaría que en la mayoría de los casos las autoridades estimarían que no se encuentran en dichas condiciones.

207

De ahí entonces que sea necesario fijar un criterio general al respecto. En este sentido, es dable tener en cuenta la distinción que se hace, tanto en doctrina como en derecho comparado, entre niño(a) o niña y adolescente, para efectos del ejercicio autónomo de los derechos procesales de los cuales son titulares.

Esta distinción tiene un claro sentido garantista, pues impide que los adolescentes sean privados de la facultad de ejercer personalmente sus derechos en el proceso penal, pero no obsta a que se escuche la opinión de los niño(a)s o niñas que puedan formarse un juicio propio.

Criterio de Actuación:

Para estos efectos, esta Fiscalía Nacional, como criterio general, estima como edad límite entre niñez y adolescencia los 14 años y, por tanto, deberá considerarse niño(a) o niña a la persona que tiene menos de 14 años de edad

⁹⁰ Art. 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

⁹¹ El art. 2º del Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8.069), del Brasil, establece: “Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad”.

y adolescente a la que tiene entre 14 y 18 años de edad. La definición de este límite tiene bases científicas en los estudios sobre el ciclo vital del ser humano⁹², aunque en definitiva es inevitablemente convencional.⁹³

4.- En virtud de lo anterior, es dable establecer que los niño(a)s o niñas pueden intervenir y ejercer sus derechos por medio de sus padres o cuidadores, sin perjuicio de ser igualmente escuchados cuando puedan formarse un juicio propio. Por su parte, los adolescentes pueden intervenir y ejercer sus derechos por sí mismos, directamente, sin perjuicio de la orientación que deben darles sus padres o cuidadores (art. 5 CDN: principio de convivencia familiar⁹⁴). Correlativamente, los deberes impuestos al Ministerio Público y al Tribunal respecto de las víctimas, han de cumplirse con los padres o cuidadores en el caso de menores de 14 años de edad y con los propios adolescentes cuando tengan entre 14 y 18 años de edad.

208

Criterio de Actuación:

Los fiscales, ayudantes de fiscal y demás funcionarios del Ministerio Público, cumplirán sus obligaciones para con las víctimas de delito, con la participación personal de éstas, en el caso de tratarse de adolescentes, y con la participación de sus padres o cuidadores, en el caso de niño(a)s o niñas.

Al respecto, el profesor Miguel Cillero nos señala: Ser niño(a) no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica...

92 Ver, al respecto, Niños y adolescentes víctimas de delitos en el nuevo proceso penal, Documento conjunto MINISTERIO PÚBLICO-SENAME, Capítulo II.

93 En este sentido, cabe aclarar que se trata de una distinción fundada. La diferencia entre niño o niña y adolescente es constatable desde la perspectiva de la psicología evolutiva. Por otra parte, este límite se propone para efectos de establecer un sistema de responsabilidad penal de adolescentes, en el proyecto de ley enviado al Parlamento de la República.

94 Art. 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño(a) tiene “derecho” a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que los niño(a)s y niñas carecen de autonomía...

...El niño(a) como sujeto de derecho debe gozar de todos los derechos que se reconocen en la Constitución de los Estados, los tratados internacionales y las leyes internas. Asimismo, deberá adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.”⁹⁵

5.- Ahora bien, en los casos en que el delito sea cometido por los padres o cuidadores del niño(a), niña o adolescente (en general, delitos cometidos el interior de la familia), en la medida que éste carezca de representación u orientación por parte de un adulto, el fiscal deberá solicitar al Juez de Garantía que designe un curador ad litem para que, según sea el caso, actúe por los niño(a)s o niñas, con el deber de escucharlos previamente cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, u oriente a los adolescentes en el ejercicio de sus derechos, todo lo anterior si fuere considerado necesario para garantizar la vigencia de los derechos del niño(a), niña o adolescente (art. 5 CDN; art. 6° inc. 1° CPP; art. 14 letra a) COT).

Criterio de Actuación:

En caso de solicitar la designación de un curador ad litem, el fiscal propondrá el nombramiento de algún familiar o tercero con quien el niño(a), niña o adolescente mantenga especiales vínculos de confianza y, en su defecto, de un profesional de Sename. El fiscal deberá tener especial preocupación en que el curador ad litem: asuma un rol protector; no haya contribuido de alguna manera a la comisión del delito del que fue víctima el niño(a), niña o adolescente, por acción u omisión; no aparezca justificando la actitud de los padres o responsables; ni presente actitudes refractarias hacia la necesidad de proteger al niño(a), niña o adolescente.). Esta evaluación podrá ser efectuada por la Unidad, a solicitud del fiscal.

95 Cillero Bruñol Miguel: Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios. En Derecho a Tener Derecho, tomo 4, UNICEF, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Montevideo, Uruguay. Págs. 30 y sgtes.

En estos casos, el curador ad litem debe designarse en aplicación del principio de convivencia familiar, para que pueda representar al niño(a) o niña u orientar al adolescente, según el caso, permitiendo así el ejercicio efectivo de los derechos de éstos. De esta manera, se compensa la situación de desigualdad producida por la comisión de un delito por parte de los propios padres o cuidadores del niño(a), niña o adolescente. Del mismo modo, la designación de este curador satisface los derechos a la protección de derechos y al debido proceso, reconocidos especialmente a favor de niño(a)s y niñas, en el primer caso y a favor de todo ser humano, en el segundo, en virtud lo dispuesto por los artículos 8 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹⁶

210

6.- En cuanto al procedimiento para la designación de un curador ad litem, debería consistir en una audiencia ante el Juez de Garantía, por lo general luego de judicializada la investigación, solicitada por el Fiscal, en la que los intervinientes discutan acerca de la procedencia de tal designación, para la posterior resolución del Juez y aceptación por parte del designado (art. 5 CDN; art. 6º inc. 1º CPP; art. 14 letra a) COT; arts. 494, inc. 2º y 495 CC).

En los casos excepcionales en que, debido a que la evaluación del fiscal, deba solicitarse audiencia para designación de curador ad litem como primera intervención del tribunal, el fiscal deberá contar con antecedentes que permitan a lo menos sospechar fundadamente de la participación del padre, madre o guardador que sea representante legal del niño(a) o niña en la comisión o encubrimiento del delito.

Nuestro legislador procesal civil exige que se cumpla el trámite de audiencia del defensor “respectivo” para la designación de un curador ad litem (art. 852 CPC). Este requisito, a nuestro juicio es inaplicable en materia procesal penal, en cuanto signifique exigir la participación del defensor público auxiliar de la administración de la justicia y no del Fiscal, como resulta aparente en virtud de la regulación orgánica de las funciones de aquél (art. 366 número 1º COT), ya que el legislador procesal penal ha previsto cuales son los organismos del Estado que se encuentran a cargo de velar por los derechos de los intervinientes, y en especial de las víctimas, al interior del Código Procesal

⁹⁶ Al respecto, ver cita intercalada en el N° 1 de la presente Instrucción General

Penal. Tales organismos no son otros que el Juez de Garantía y el Fiscal (art. 6° inc. 1° CPP; art. 14 letra a) COT) cuya regulación, por aplicación del principio de especialidad, debe regir con preferencia a las normas generales sobre la labor de los defensores públicos.

Junto con ello, existen razones de texto referidas a que la remisión que nuestro legislador procesal penal efectúa en el art. 52 CPP al Código de Procedimiento Civil es sólo referida al Libro I de dicho cuerpo normativo y no al Libro IV, en que se efectúa la regulación de este requisito, y que el defensor público auxiliar de la administración de justicia no es contemplado como interviniente ni como tercero que deba participar en el proceso penal. Además, en la Reforma Procesal Penal no existen los procedimientos escriturados por medio de los cuales el defensor público auxiliar de la administración de justicia, que al parecer sería el defensor respectivo para efectos de la norma precitada del Código de Procedimiento Civil, cumple sus funciones.

Ahora bien, sí sería a nuestro juicio aplicable, esta vez por analogía, la exclusión del deber de reducir a escritura pública un inventario de los bienes y la resolución que autoriza la designación del curador, como requisito para discernir la guarda (art. 854 inc. 2° CPC; 495 CC).

II. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Inicio del proceso penal: denuncia

7.- Todo niño(a), niña o adolescente puede presentar por sí mismo denuncia de un hecho que revista caracteres de delito, ante el Ministerio Público, la Policía o los tribunales con competencia en lo criminal (art. 173 CPP). Los niño(a)s, niñas y adolescentes deben ser atendidos con preferencia por la Policía y el Ministerio Público (Instructivo 19 N.º I.7.b).⁹⁷

Criterio de Actuación:

Siempre deberá recibirse la denuncia presentada por un niño(a), niña o adolescente, debiendo ser atendido con preferencia, esto sin perjuicio del

⁹⁷ Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales, Ministerio Público, N os 1 a 25, septiembre – noviembre 2000, y N.º s 26 a 50, noviembre 2000 – febrero 2001, Editorial Jurídica de Chile. En adelante, las citas de los instructivos corresponden a esta publicación.

posterior ejercicio por parte del fiscal de las facultades correspondientes, en el caso de tratarse de una denuncia errónea o de un hecho que no constituye delito.

Cuando la Policía recibiere la denuncia del niño(a), niña o adolescente, se sujetará a las siguientes condiciones: a) evitará el contacto entre la víctima y el imputado o su familia; b) atenderá al niño(a), niña o adolescente en una oficina o sala separada del lugar de atención de público, en lo posible en una unidad policial especializada; c) un solo funcionario, en lo posible, del sexo que él prefiera, atenderá al niño(a), niña o adolescente; d) el niño(a), niña o adolescente será acompañado por sus padres o cuidadores, salvo cuando existieren indicios de que éstos estuvieren implicados en el delito; e) escuchará atentamente al niño(a), niña o adolescente y procurará que relate una sola vez el hecho; f) empleará un lenguaje acogedor y adecuado al niño(a), niña o adolescente; g) no hará ninguna pregunta inductiva, que pudiere afectar la salud, dignidad, intimidad u honor del niño(a), niña o adolescente o que no diga relación con el hecho. Tampoco hará comentario alguno (Instructivo 19 N.º I.7).

212

La Policía mantendrá reserva de la identidad del niño(a), niña o adolescente, cuando los padres o cuidadores, por el niño(a) o niña, o el adolescente, por sí mismo, así lo requieran expresamente, esta reserva será aplicable respecto de terceros y de los demás intervinientes, con excepción del Ministerio Público. La denuncia será siempre sometida a reserva tratándose de los siguientes delitos: a) parricidio, homicidio calificado, homicidio simple e infanticidio; b) castración, mutilación, lesiones graves gravísimas y graves; c) violación, estupro, sodomía, abusos sexuales, promoción de la prostitución, trata de personas, incesto; d) robo calificado y extorsión; e) delitos terroristas [Instructivo 31 N.º V.4]. En los demás casos, la Policía podrá mantener en reserva la identidad del niño(a), niña o adolescente cuando lo estimare necesario (Instructivo 19 N.º I.9).

En todos los casos, la Policía tiene prohibido informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad del niño(a), niña o adolescente víctima de un delito [art. 92 CPP].

Sin perjuicio de la facultad de presentar denuncia, el Ministerio Público siempre puede proceder de oficio para la persecución de los delitos sexuales tipificados en los arts. 361 a 366 quater del Código Penal (en adelante, CP) y de los delitos a que se refiere el art. 54 del CPP, cuando son cometidos en contra de

niño(a)s, niñas o adolescentes (art. 53 inc. 2º CPP; Instructivo 1).

Inicio del proceso penal: detención del imputado

8.- La Policía debe detener a la persona que sorprendiere cometiendo un delito flagrante en perjuicio de un niño, niña o adolescente (arts. 129 y 130 CPP; Instructivo 19 N.º II). En este evento, Carabineros de Chile⁹⁸ debe llevar al niño, niña o adolescente al hogar de sus padres o cuidadores, informándoles de los hechos que motivaron la actuación policial (art. 16 bis inc. 1º ley 16.618; arts. 5º y 18.1 CDN).

Si se tratare de un delito cometido flagrantemente por uno de los padres o cuidadores en perjuicio del niño, niña o adolescente, las Policías procederán a la detención del imputado, según fuere procedente, y Carabineros de Chile podrá llevar al niño, niña o adolescente a un Centro de Tránsito y Distribución (en adelante, CTD) cuando, además, fuere necesario cautelar su vida, integridad o indemnidad sexual. En tales casos, Carabineros de Chile informará de los hechos en primera audiencia al juez de menores respectivo (arts. 124, 129, 130 y 134 CPP; art. 16 bis incs. 2º y 3º ley 16.618; arts. 9.1 CDN)⁹⁹.

9.- La Policía puede entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encuentran en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito en perjuicio de un niño(a), niña o adolescente (art. 206 CPP). En el evento que la Policía entrase al lugar cerrado, procederá a la detención del imputado en conformidad a lo señalado precedentemente.

Inicio del proceso penal: derivación a la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos

10.- La Policía se comunicará de inmediato con el Fiscal correspondiente quien podrá, a su vez, coordinar la intervención de la Unidad, a fin de evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar el niño(a), niña o

⁹⁸ En lo que sigue, se hace la distinción entre la Policía y Carabineros de Chile porque el art. 16 bis de la ley 16.618 hace aplicable expresamente sus disposiciones a Carabineros de Chile, sin contemplar un inciso similar al final del art. 16 que las haga aplicables también a la Policía de Investigaciones.

⁹⁹ El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado: "9. asegurar que en los casos de violencia en el seno de la familia las medidas apropiadas puedan ser rápidamente aplicadas, aún a título provisorio, para proteger a la víctima y para evitar la repetición de hechos análogos;" (Recomendación N.º R (85) 4, sobre la violencia en el seno de la familia, de 26 de marzo de 1985).

adolescente con ocasión de las primeras actuaciones de la investigación (art. 78 inc. 1º CPP; Instructivo 11 N.º 14.a). Lo anterior cobrará especial vigencia si se tratare de investigaciones respecto de víctimas que debieran ser derivadas a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, en virtud de lo señalado en el criterio de actuación descrito en este párrafo.

Criterio de Actuación:

En caso de niño(a)s, niñas o adolescentes que sean víctimas de delitos contra la vida, salud e integridad corporal, indemnidad sexual, libertad ambulatoria o de delitos complejos que lesionaren o pusieren en peligro concreto alguno de estos bienes jurídicos, el fiscal adjunto a cargo de la investigación contactará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, para definir una estrategia de intervención que evite o disminuya al mínimo la victimización secundaria que pudieren sufrir por la intervención en el proceso penal, así como para evaluar el riesgo de sufrir una nueva agresión. Esta actividad la efectuará mediante la grabación de la actividad “Derivación U R” en el SAF, sin perjuicio de ello, el fiscal podrá, a través de cualquier medio idóneo, poner en conocimiento de la Unidad la circunstancia de la derivación. En los demás casos, esta derivación podrá ser efectuada si el fiscal lo considerare necesario.

Declaración de niño(a)s, niñas y adolescentes ante el fiscal

11.- Iniciada la investigación, el fiscal podrá tomar declaración al niño(a), niña o adolescente, el que siempre será acompañado por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieran implicados en el delito (arts. 5 y 18.1 CDN).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado: “25. Un testigo vulnerable deberá, en lo posible, ser interrogado en la fase inicial del procedimiento penal, lo más temprano posible después que los hechos hayan sido informados. Este interrogatorio deberá ser conducido especialmente de manera atenta, respetuosa y profunda” (Recomendación N.º R (97) 13, sobre la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa, de 10 de septiembre de 1997). Asimismo: “8. En todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto de su situación personal, de sus derechos y de su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niño(a)s y los enfermos o incapacitados mentales deberán ser interrogados en presencia de sus parientes, de su tutor o de cualquier otra persona calificada para asistirlos;” (Recomendación N.º R (85) 11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, de 28

de junio de 1985). Dicho Comité también ha señalado: “26. Este interrogatorio no deberá repetirse. Deberá ser conducido por una autoridad judicial o en presencia de ésta y la defensa deberá tener ocasión suficiente para contestar el testimonio. 27. En caso que no pueda evitarse, las deposiciones hechas en la fase preliminar deberán registrarse en soporte de video a fin de evitar una confrontación directa y que los interrogatorios inútilmente repetidos no traumatizan al testigo. En el proceso, se podrán utilizar técnicas audiovisuales a fin de permitir a las autoridades competentes que escuchen las declaraciones de las personas respectivas sin que ellas se encuentren presentes unas con otras” (Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N.º R (97) 13, antes señalada).

Criterio de Actuación:

El fiscal solicitará la intervención de la Unidad a fin de evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubiere de soportar el niño(a), niña o adolescente con ocasión de la toma de declaración (art. 78 inc. 1º CPP; Instructivo 11).

215

La declaración de un niño(a), niña o adolescente siempre se tomará ante el Fiscal, con o sin intervención de la Policía. En todo caso, de ordenarse la intervención de ésta, el Fiscal preferirá las unidades especializadas en la materia.

Criterio de Actuación:

El fiscal procurará grabar la declaración de todo niño(a), niña o adolescente víctima a través de un sistema audiovisual, para contar con un registro del relato que pueda ser examinado por los demás agentes vinculados con la investigación penal o la atención de las víctimas (policías, miembros de la Unidad y peritos, v.gr.), evitando exponer a estas víctimas a una nueva relación de los hechos.

12.- El fiscal procurará especialmente dar cumplimiento a la instrucción general anterior, informando de ello al niño(a), niña o adolescente, cuando estimare necesaria la práctica de exámenes corporales, médicos, psiquiátricos o psicológicos, con el objeto de evitar la repetición del relato ante los peritos correspondientes mediante la entrega a éstos de copia de la video grabación efectuada (art. 78 inc. 1º CPP).

13.- El fiscal o la Unidad informará al adolescente, con un lenguaje acogedor y

adecuado, de sus derechos como víctima de un delito y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos. El adolescente debe ser acompañado por sus padres o cuidadores, a fin de que éstos puedan orientarlo, salvo que estuvieren implicados en el delito. Cuando se tratare de un niño(a) o niña, dicho deber se cumplirá respecto de los padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. Lo anterior, sin perjuicio de que el niño(a) o niña se encuentre igualmente presente, cuando pueda formarse un juicio propio. (art. 78 inc. 2º letra a) CPP; art. 5º CDN). Asimismo, cuando fuere necesaria la designación de un curador ad litem, el Fiscal informará al niño(a), niña o adolescente víctima del derecho a contar con uno, para el ejercicio efectivo de sus derechos.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado a este respecto: “19. Una protección particular deberá estar asegurada a los niño(a)s con un apoyo contra los abusos de autoridad dentro de la familia. Los niño(a)s deberán ser informados de sus derechos, en particular del derecho a denunciar una infracción penal” (Recomendación N.º R (97) 13, antes citada).

216

El fiscal informará al adolescente que, para ser escuchado antes de que solicite o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, es menester que lo solicite expresamente. Cuando se tratare de un niño(a) o niña, dicho deber se cumplirá respecto de los padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito (arts. 78 inc. 2º letra a) y 109 letra d) CPP; arts. 12 y 14.2 CDN; Instructivo 11). Asimismo, cuando fuere necesaria la designación de un curador ad litem, el Fiscal informará del derecho a contar con tal para el ejercicio efectivo de sus derechos.

Careos y reconocimientos de imputados

Criterio de Actuación:

El Fiscal no ordenará la práctica de la diligencia de careo entre el niño(a), niña o adolescente víctima de un delito y el imputado o un testigo, a menos que fuere absolutamente indispensable realizar esta diligencia. En el evento excepcional de ser necesario practicar el careo, el Fiscal solicitará el consentimiento del adolescente, orientado por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito, o, en el caso de los niño(a)s o niñas, a sus padres o cuidadores, con la misma salvedad.

Criterio de Actuación:

En el evento excepcional de practicar el careo, el fiscal deberá utilizar la grabación de la declaración previamente tomada al niño(a), niña o adolescente, la cual será reproducida ante el imputado o testigo, o usar un mecanismo audiovisual que permita al niño(a), niña o adolescente estar en una sala separada de la Fiscalía, o cualquier medio que disminuya al mínimo las perturbaciones que éste pudiere sufrir durante la diligencia (art. 78 inc. 1° CPP)

El Comité de Ministros de Europa ha señalado: “6. Respetando los derechos de la defensa, los testigos deberán tener la posibilidad de declarar con la utilización de otros métodos, de manera que sean protegidos contra todo riesgo de intimidación que pudiere resultar de una confrontación directa con el acusado, por ejemplo declarando en una sala separada de aquella donde comparece el acusado” (Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N.º R (97) 13, antes citada).

217

14.- En la práctica de la diligencia, el niño(a), niña o adolescente será acompañado por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieran implicados en el delito (arts. 5 y 18.1 CDN) .

15.- La diligencia de reconocimiento en rueda de imputados deberá hacerse mediante un mecanismo que impida la identificación física del niño(a), niña o adolescente (Instructivo 25) . En la práctica de la diligencia, el niño(a), niña o adolescente será acompañado por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieran implicados en el delito (arts. 5 y 18.1 CDN) .

El Comité de Ministros del Consejo de Europa señaló al respecto: “16. prever las medidas necesarias para que la deposición de miembros de la familia en los casos de violencia en el seno de la familia sea puesta al abrigo frente a toda presión exterior. Tratándose especialmente de menores, ellos deberán ser asistidos por un consejero apropiado (...)” (, Recomendación R (85) 4, N.º 16, antes citada).

Criterio de Actuación:

Previo a la realización de las diligencias de careo y reconocimiento en rueda de imputados, el fiscal solicitará la intervención de la Unidad.

Exámenes corporales, médicos, psiquiátricos y psicológicos

16.- Cuando sea menester practicar un examen corporal, médico, psiquiátrico o psicológico al adolescente y no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad de éste, el fiscal le solicitará el consentimiento, sin perjuicio de la orientación de los padres o cuidadores no implicados en el delito. Cuando se tratare de un niño(a), el consentimiento deberá pedirse a los padres o cuidadores no implicados en el delito, sin perjuicio de escuchar igualmente la opinión del niño(a) o niña que pudiere formarse un juicio propio. A falta de consentimiento, el fiscal podrá pedir la autorización judicial [art. 197 CPP; arts. 5º, 12 y 14.2 CDN; Instructivos 11 N.º 33 y 25 N.º 7].

218

Criterio de Actuación:

Para la práctica de exámenes corporales, médicos, psiquiátricos o psicológicos, el fiscal solicitará la intervención de la Unidad, la cual se coordinará con el perito correspondiente a fin de evitar o disminuir al mínimo las perturbaciones que pudiere sufrir el niño(a), niña o adolescente con motivo de la diligencia. Asimismo, el fiscal señalará en la orden, que copia de la grabación de la declaración tomada al niño(a), niña o adolescente se encuentra a disposición del perito, recordándole que en caso de acceder a ella se encontrará sujeto al deber de secreto establecido en la ley (art. 182 inc. final CPP).

En la práctica de la diligencia, el niño(a), niña o adolescente será acompañado por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieran implicados en el delito (arts. 5 y 18.1 CDN) .

Protección de los derechos de los niño(a)s, niñas y adolescentes

17.- Conforme al art. 26 N.º 7 de la ley 16.618, el Juez de Menores es el órgano competente para decretar medidas de protección de los derechos de los niño(a)s, niñas o adolescentes víctimas de delitos. No obstante, esta competencia no es incompatible con el deber de protección asignado por la CPR y la ley al Ministerio Público, ni con la potestad garantizadora de los derechos de los niño(a)s, niñas y adolescentes víctimas de delitos, otorgada por la ley al Juez de Garantía, en el marco del proceso penal.

Respecto de la intervención de diferentes autoridades en los casos de violencia en el seno de la familia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado: “11. tomar las medidas necesarias para que no hayan interferencias perjudiciales para la víctima entre las intervenciones civil, administrativa y penal, entendiendo que esta última no debe funcionar sino como ultima ratio” (Recomendación N.º R (85) 4, antes citada).

18.- Cuando la vida, integridad física o psíquica, seguridad o libertad de un niño(a), niña o adolescente, o de su familia, se encontrare en peligro concreto, el fiscal deberá adoptar autónomamente las medidas de protección que fueren necesarias para eliminar o disminuir el peligro. Previo a la adopción de la medida, el fiscal requerirá la aceptación del adolescente o, en el caso de los niño(a)s o niñas, de los padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito.

219

Criterios de Actuación:

Si el peligro concreto fuere provocado por un miembro de la familia del niño(a), niña o adolescente, o por su cuidador, que se encontrare actualmente cometiendo un delito o que presumiblemente pueda cometerlo o volver a perpetrarlo, el fiscal ordenará a Carabineros de Chile que lleve al niño(a), niña o adolescente a la casa de parientes consanguíneos o de otras personas con las que éste tenga una relación de confianza, o, en último término, a un Centro de Tránsito y Distribución, y le informe de ello al Juez de Menores, cuando el peligro existente para la vida, la integridad física o psíquica, la seguridad o libertad del niño(a), niña o adolescente, fuere de mayor gravedad que la afección que la medida provoca en sus derechos a la libertad y la convivencia familiar (arts. 1º, 19 N.º 7 y 80 A inc. 1º CPR; art. 78 inc. 2º letra b) CPP; art. 16 bis ley 16.618; arts. 5, 9.1 y 12 CDN; Instructivo 11). En este caso, no se requerirá la aceptación del niño(a), niña o adolescente. Esta medida tendrá un carácter provisorio y será revisada por el Juez de Menores. Asimismo, sólo se adoptará esta medida de protección cuando el Juez de Garantía no hubiere impuesto todavía una medida cautelar personal sobre la persona que provoca el peligro, o cuando, de haberse decretado, fuere insuficiente para evitar o disminuir el peligro.

103 Recomendación N.º R (85) 11, N.º 8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, antes citada.

Para la aplicación de una de estas medidas de protección, el Fiscal podrá solicitar el apoyo de la Unidad para la definición del nivel de riesgo y de la medida más adecuada a él.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), establecen que: “17. Los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten el bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable” (Resolución N.º 45/112, de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990). Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad definen: “11.b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (Resolución N.º 45/113, de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990). Al respecto, las Directrices de Riad establecen que: “46. Sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes: a) cuando el niño(a) o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño(a) o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño(a) o joven haya sido descuidado, abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño(a) o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño(a) o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño(a) o el joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución”.

19.- El Fiscal, tan pronto como adopte una medida de protección en favor de un niño(a), niña o adolescente víctima de delito, lo comunicará al Juez de Menores, para así evitar una doble intervención del Estado en el caso concreto.

20.- Los fiscales y los profesionales de la Unidad Regional respectiva, en los casos que le hubieren sido derivados, podrán solicitar la aplicación de medidas

de protección por parte del Juez de Menores, de ser ello necesario para la protección del niño(a), niña o adolescente y de resultar más oportunas que las medidas que el fiscal o el juez de garantía pudieren adoptar al respecto. Lo anterior, habida consideración de lo extensas de las facultades concedidas al Juez de Menores por la ley N° 16.618 (arts. 30 y 31).

21.- Cuando se tratare de delitos menores cometidos por los padres o cuidadores en perjuicio de los derechos del niño(a), niña o adolescente, el fiscal o la Unidad podrán solicitar al Juez de Menores que decrete la medida de protección de concurrencia de los niño(a)s, niñas o adolescentes, sus padres o cuidadores a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse (art. 1° CPR; arts. 30 inc. 2° N.° 1) y 31 ley 16.618; arts. 18, 20 y 27 CDN). Lo anterior podrá servir como solución al conflicto penal, si el fiscal lo definiere como suficiente.

221

Criterio de Actuación:

Quando el Juez de Menores decretare la medida de concurrencia de los padres o cuidadores a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, el fiscal evaluará la necesidad de no solicitar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal sobre el imputado, aun cuando fuere procedente legalmente, a fin de permitir la realización de la medida impuesta por el Juez de Menores y la vigencia del principio de convivencia familiar (art. 1° CPR; arts. 18, 20 y 27 CDN; art. 222 Código Civil, en adelante CC). Lo anterior sólo será aplicable en caso de delitos menores, sin perjuicio de solicitar la adopción de una medida cautelar personal cuando su imposición pudiera ser necesaria por razones de persecución penal y sin perjuicio de que deba existir una evaluación previa acerca de si la medida decretada por el Juez de Menores efectivamente constituye un mecanismo de superación del conflicto en el nivel familiar.

22.- Cuando se tratare de delitos cometidos por los padres o cuidadores en perjuicio de los derechos del niño(a), niña o adolescente y la medida reseñada precedentemente fuere insuficiente, el fiscal o la Unidad podrán solicitar al Juez de Menores que disponga que parientes consanguíneos del niño(a), niña o adolescente u otras personas con las que éste tenga una relación de confianza, asuman el cuidado provisional del niño(a), niña o adolescente (arts. 30 inc. 2° N.° 2) e inc. 3°, 31 y 42 ley 16.618; art. 226 CC; arts. 5° y 9° CDN).

Esta medida de protección será solicitada al Juez de Menores teniendo especial preocupación de que el pariente o referente de confianza para el niño(a) o niña reúna las siguientes condiciones:

Asuma un rol protector a su respecto.

No haya contribuido de alguna manera a la comisión del delito del que fue víctima el niño(a), niña o adolescente, por acción u omisión.

No aparezca justificando la actitud de los padres o responsables ni presente actitudes refractarias hacia la necesidad de proteger al niño(a), niña o adolescente.

La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niño(a)s, con particular referencia a la adopción en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional dispone: “Art. 3. Como primera prioridad, el niño(a) ha de ser cuidado por sus propios padres”. “Art. 4º. Cuando los propios padres del niño(a) no puedan ocuparse de él o sus cuidados sea inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño(a), otra familia sustitutiva –adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada” (Resolución N.º 41/85, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1986).

222

23.- Cuando se tratare de delitos cometidos por los padres o cuidadores en perjuicio de la vida, integridad física o psíquica o indemnidad sexual del niño(a), niña o adolescente, y faltando parientes consanguíneos de éste o personas con las que tenga una relación de confianza, el fiscal o la Unidad podrán solicitar al Juez de Menores que decrete la internación del niño(a), niña o adolescente en un establecimiento de protección, siempre que la gravedad del peligro que sufrieren los derechos mencionados fuere mayor que la afección que esta medida provoca a la libertad y al derecho a la convivencia familiar del niño(a), niña o adolescente (arts. 1º y 19 N.º 7 CPR; arts. 30 inc. final y 31 ley 16.618; art. 9º CDN) .¹⁰⁴

¹⁰⁴ Reglas para la protección de los menores privados de libertad, N.º 11.b); Directrices de Riad, N.º s 17 y 46; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, art. 4º; todas de las Naciones Unidas, antes citadas.

Criterio de Actuación:

El fiscal o la Unidad no solicitarán las medidas de protección reseñadas precedentemente -cuidado provisorio a cargo de parientes consanguíneos o personas de confianza del niño(a), niña o adolescente e internación en un establecimiento de protección- cuando la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales que se hubieren solicitado y decretado fueren suficientes para conferir protección a los derechos del niño(a), niña o adolescente (arts. 140 y 155 CPP). Esta evaluación podrá ser efectuada por la Unidad, a solicitud del fiscal.

24.- Debe tenerse presente que las medidas previstas por el art. 29 de la ley 16.618 no son aplicables a los niño(a)s, niñas o adolescentes víctimas de delitos, sino que sólo a aquellos menores de 16 años de edad, o mayores de esa edad y menores de 18 que hayan obrado sin discernimiento, imputados de haber cometido un delito, de modo que jamás el fiscal o la Unidad solicitarán la aplicación de estas medidas a niño(a)s, niñas o adolescentes víctimas de delitos (arts. 26 N.º 10) y 29 ley 16.618).

25.- Cuando el delito cometido reuniere los elementos constitutivos de un acto de violencia intrafamiliar, al tenor del art. 1º de la ley 19.325, el fiscal podrá, después de la formalización de la investigación, solicitar al Juez de Garantía cualquier medida precautoria destinada a garantizar la seguridad física o psíquica del niño(a), niña o adolescente y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar (arts. 3º letra h) y 7º ley 19.325, modificada por la ley 19.806], como por ejemplo las siguientes:

Prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común.

Ordenar el reintegro al hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a abandonarlo.

Autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales.

Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo de la víctima, a menos que trabajen en un mismo establecimiento, o al establecimiento educacional del niño(a), niña o adolescente.

Fijar provisoriamente alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos o menores que integren el núcleo familiar.

Decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes integren el grupo familiar.

Lo anterior, sin perjuicio de que en estos casos el fiscal pueda solicitar alguna de las medidas cautelares personales señaladas en el número siguiente, de tratarse de alguno de los delitos señalados en él, o alguna de las medidas cautelares personales reguladas en el Código Procesal Penal, de ser procedente.

26.- Cuando se tratare de los delitos de violación, estupro, sodomía, abusos sexuales, promoción de la prostitución o trata de personas, cometidos en perjuicio de un niño(a), niña o adolescente, el fiscal, después de la formalización de la investigación, podrá solicitar alguna de las medidas cautelares personales establecidas en el Código Procesal Penal, además de medidas cautelares especiales (art. 372 ter CP; Instructivo 11) como las siguientes:

224

Sujeción del imputado a la vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará periódicamente al tribunal.

Prohibición de visitar el domicilio, lugar de trabajo o establecimiento educacional de la víctima.

Prohibición de aproximarse a la víctima o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquella.

Términos anticipados del caso: principio de oportunidad, archivo provisional y facultad de no iniciar investigación

27.- El Fiscal informará al adolescente sobre el ejercicio de estas facultades y el curso del procedimiento. El adolescente será acompañado en este acto por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. Cuando se tratare de un niño(a) o niña, el Fiscal cumplirá este deber respecto de los padres o cuidadores, con la misma salvedad (art. 78 inc. 2º letra a) CPP; Instructivo 11).

Cuando el adolescente o, en el caso de niño(a)s o niñas, los padres, cuidadores o curador ad litem, hubieren solicitado ser escuchados antes de resolver la terminación anticipada de la causa, el Fiscal oirá la opinión del adolescente, orientado por sus padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito, caso en el cual será orientado por su curador ad litem, si se hubiere designado alguno, o, en el caso de niño(a)s o niñas, de los padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito, evento en el

cual se escuchará al curador ad litem, si se hubiere designado alguno (arts. 78 inc. 2º letra d) y 109 letra d) CPP; Instructivo 11; arts. 5º y 12 CDN).

El adolescente puede reclamar del ejercicio de estas facultades ante el Juez de Garantía o ante el Fiscal Regional, según proceda. El adolescente será orientado por sus padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, son los padres o cuidadores los facultados para oponerse al ejercicio de estas facultades, sin perjuicio de oír igualmente al niño(a) o niña que pudiere formarse un juicio propio (art. 170 CPP; arts. 5º y 12 CDN; Instructivo 11).

Criterio de Actuación:

Cuando se dieren los requisitos legales del principio de oportunidad y los padres o cuidadores junto al niño(a), niña o adolescente estuvieren concurriendo a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, el fiscal evaluará la conveniencia de ejercer el principio de oportunidad para permitir la vigencia del principio de convivencia familiar (art. 1º CPR; arts. 5º y 18 CDN; art. 222 CC; art. 30 inc. 2º, N.º 1 ley 16.618) . Lo anterior previa evaluación acerca de la idoneidad de la medida y salvo que se considere que ésta es insuficiente para evitar la exposición del niño(a), niña o adolescente al riesgo de volver a ser victimizado. Esta evaluación podrá ser efectuada por la Unidad, a solicitud del fiscal.

Acuerdos reparatorios

28.- El adolescente víctima de un delito puede convenir directamente un acuerdo reparatorio, con la orientación de sus padres o cuidadores. En el caso de niño(a)s o niñas, serán los padres o cuidadores los legitimados para convenir el acuerdo reparatorio, sin perjuicio de escuchar igualmente la opinión del niño(a) o niña que pudiere formarse un juicio propio (art. 12 CDN; art. 241 CPP; Instructivo 34).

Suspensión condicional del procedimiento

29.- El fiscal informará al adolescente de la petición de suspensión condicional

del procedimiento y le explicará el curso de éste. El adolescente será acompañado en este acto por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, el Fiscal deberá cumplir esta actividad respecto de los padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito y sin perjuicio de que el niño(a) o niña que pueda formarse un juicio propio participe en el acto (art. 78 inc. 2º letra a) CPP; Instructivo 11).

Criterio de Actuación:

El fiscal se abstendrá de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en caso de delitos dolosos contra la vida, salud, integridad corporal, indemnidad sexual o libertad ambulatoria. Lo anterior, a menos de contar con informes, respaldados por la opinión de la Unidad, que indiquen que continuar con el proceso significaría someter al niño(a), niña o adolescente a una victimización aún mayor que la que sufriría de no proseguirlo, o que la reparación obtenida a partir de las condiciones que se impongan en tal suspensión tenga, para la víctima, un efecto más positivo que la continuación del proceso.

226

Criterio de Actuación:

El fiscal y la Unidad favorecerán la suspensión condicional del procedimiento cuando los padres o cuidadores, autores de delitos menores en contra de un niño(a), niña o adolescente, estuvieren concurriendo a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, para así permitir la vigencia del principio de convivencia familiar (art. 1º CPR; arts. 5 y 18 CDN; art. 222 CC; art. 30 inc. 2º N.º 1 ley 16.618)¹⁰⁵. Lo anterior previa evaluación acerca de la idoneidad de la medida y salvo que se considere que ésta es insuficiente para evitar la exposición del niño(a), niña o adolescente al riesgo de volver a ser victimizado por el imputado. Esta evaluación podrá ser efectuada por la Unidad, a solicitud del fiscal.

El fiscal escuchará el parecer del adolescente sobre la petición de suspensión

¹⁰⁵ Recomendación N.º R (85) 4, N.º 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Directrices de Riad, N.º 17, de las Naciones Unidas; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, art. 3º, de las Naciones Unidas, todas citadas.

condicional del procedimiento, cuando éste lo hubiere solicitado, con la orientación de los padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, el fiscal escuchará el parecer de los padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito y sin perjuicio de oír igualmente al niño(a) o niña que pudiere formarse un juicio propio (art. 78 inc. 2º letra d) y 109 letra d) CPP; art. 12 CDN; Instructivos 11y 36).

Criterio de Actuación:

El fiscal solicitará el asesoramiento de la Unidad para definir las condiciones que fueren más favorables para el niño(a), niña o adolescente, así como para la aplicación eficaz de esta salida alternativa, para lo cual la Unidad consultará previamente al adolescente o, en el caso de niño(a)s o niñas, a los padres o cuidadores (Instructivo 11)

227

En caso RUC 9397-8, de 2001, llevado por la fiscalía local de Villarrica, se llegó a suspensión condicional del procedimiento con el acuerdo de los padres de una niña víctima; son aspectos relevantes de dicho debate:

“**El fiscal** señala que esta audiencia tiene como fin plantear al tribunal una salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, entendiendo que se cumple con los requisitos formales previstos en el art. 237 del CPP, que la harían procedente.

El Tribunal, consulta al fiscal respecto de dónde queda el interés superior del niño(a), frente a una suspensión condicional del procedimiento frente a delitos de esta naturaleza.

El fiscal señala que se trata de un ilícito en que, desde el punto de vista objetivo y por la eventual penalidad, una salida alternativa en este tipo es procedente, indicando que por los antecedentes que se han acumulado en la presente investigación, particularmente las plurales victimizaciones que se producen en los menores de edad cuando son enfrentados a judicializaciones de sus problemas, en el caso particular ha sido debidamente ponderado, y el Ministerio Público cuenta con los informes de profesionales que atienden en la Unidad de Víctimas y Testigos en la Fiscalía Regional, así como también informes policiales de la brigada especializada de delitos sexuales y de menores de la Policía de Investigaciones de Chile, y del conjunto de éstos antecedentes se

ha advertido la conveniencia de resolver de esta manera esta investigación. No existe informe del Cavas, por cuanto aunque conocieron de la situación no fue posible tener un informe formal respecto de ellos. Además, se efectuó una evaluación respecto de la víctima, la cual determinó que no obstante aparecía la menor como interiorizada de los hechos en los que participó, no los advertía con una proyección futura, es decir, el elemento era claramente circunstancial, sin proyección dentro de su situación de desarrollo personal, y desde el punto de vista psicológico, hay una clara diferencia respecto de los menores con aquellos que tienen rango menor de edad, por la persistencia de estos problemas de carácter sexual en su vida futura, precisamente por su mayor discernimiento respecto del hecho mismo. Por lo anterior, estima justificada su solicitud de suspensión condicional de procedimiento. Consultado por el tribunal, el fiscal señala que los padres de la menor fueron debidamente informados, respecto de los alcances de este tipo de procedimiento, y han manifestado estar de acuerdo con su aprobación, estimando que sería lo mejor para su hija.

228

El tribunal le consulta a los padres de la menor doña E.S. y don J.C., si efectivamente fueron informados respecto de este procedimiento y si están de acuerdo con su aprobación.

Los padres, en pleno conocimiento de la situación, manifiestan que entienden los alcances de esta salida alternativa al procedimiento y que están de acuerdo con su aprobación, por cuanto estiman sería lo mejor para su hija, por lo que no hay objeción al respecto”...

“**La defensa** se allana a la solicitud del fiscal de suspensión condicional y las condiciones propuestas para los efectos, indicando que el domicilio de su cliente corresponde a: G. U. N° ... de Villarrica.

El tribunal le consulta al imputado si entiende en qué consiste esta salida alternativa y si está de acuerdo con la aprobación de ésta.

El imputado responde que lo entiende y está de acuerdo con ella. Consultado si recibió algún tipo de presión, éste responde que no sufrió presión alguna.

El tribunal resuelve oído los intervinientes, y teniendo presente que en el caso sub lite, se dan los presupuestos procesales establecidos en el art. 237 del Código Procesal Penal, habiendo verificado el tribunal que el imputado está de acuerdo en someterse a las condiciones que el tribunal determine y tomando

especialmente en cuenta el interés superior del niño(a), toda vez que aparece como conveniente para la víctima, y a fin de evitar una doble victimización, la circunstancia de que no se siga adelante con la investigación y eventual juicio oral, atendido el estrés y posible daño psicológico que ello le produciría, por lo que de acuerdo a la norma legal citada y al artículo 238 del Código Procesal Penal, resuelvo decretar la suspensión condicional de este procedimiento, fijando las siguientes condiciones que el imputado don NACC deberá cumplir por el período de observación de dos años: 1.- Prohibición de acercarse a la víctima y a su familia compuesta por su padre, madre y hermano, así como también al domicilio de la víctima ubicado en V.A., Pasaje E.A. N°.de esta ciudad y al colegio donde estudia la menor C.P.A.H. 2.- Obligación del imputado don N.A.C.C. de someterse a un tratamiento psicológico, que se verificará a contar del día 13 de mayo de este año, en el Hospital Local de Villarrica, a cargo de la profesional doña L.L., quien deberá informar periódicamente a este tribunal y al Ministerio Público sobre el cumplimiento por parte del imputado con el tratamiento. 3.- Obligación de concurrir mensualmente el último día sábado de cada mes, en horario de atención de público, a firmar el registro especialmente habilitado al efecto en el Ministerio Público. 4.-Fijar como domicilio en el radio urbano de esta ciudad, aquel correspondiente a calle G.U. N°... de esta ciudad, debiendo informar cualquier cambio del mismo al Ministerio Público. Lo anterior, en conformidad a lo dispuesto en las letras b), c), f) y g) del Código Procesal Penal.¹⁰⁶

Decisión de no perseverar en el procedimiento y sobreseimiento

30.- El fiscal informará al adolescente de la decisión de no perseverar en el procedimiento o de la petición de sobreseimiento y le explicará el curso del procedimiento. El adolescente será acompañado en este acto por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, este deber de información se cumplirá respecto de los padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito y sin perjuicio de que el niño(a) o niña que pueda formarse un juicio propio participe en el acto (art. 78 inc. 2º letra a) CPP; Instructivo 11).

¹⁰⁶ Suspensión condicional del procedimiento aprobada con fecha 7 de mayo de 2002, ante la Magistrado Adriana Knopel, del Tribunal de Garantía de Villarrica, el subrayado es propio. Al texto citado se le han introducido modificaciones formales, que han tenido por objeto sólo la corrección de errores de tipeo y no han alterado el contenido ni forma del debate.

III. ETAPA DE JUICIO

Procedimiento simplificado

31.- El fiscal informará al adolescente sobre la presentación del requerimiento para la aplicación del procedimiento simplificado. El adolescente será acompañado en este acto por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, el Fiscal cumplirá este deber de información respecto de los padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito y sin perjuicio de que el niño(a) o niña que pueda formarse un juicio propio participe en el acto (art. 78 inc. 2º letra a) CPP).

230

32.- El adolescente víctima de un delito puede convenir directamente un acuerdo reparatorio, sin perjuicio de la orientación que pudieren darle sus padres o cuidadores. En el caso de niño(a)s o niñas, serán los padres o cuidadores los legitimados para convenir el acuerdo reparatorio, sin perjuicio de escuchar igualmente la opinión del niño(a) o niña que pudiere formarse un juicio propio (art. 12 CDN; arts. 241 y 394 CPP; Instructivo 34).

33.- Cuando fuere probable la realización del juicio, el fiscal pedirá la intervención de la Unidad, para que prepare psicológica y metodológicamente la comparecencia y declaración del niño(a), niña o adolescente en la audiencia.

Querrela

34.- El niño(a), niña o adolescente es titular del derecho a presentar querrela (art. 80 A inc. 2º CPR; art. 109 letra b) CPP). Para el ejercicio de este derecho, es menester que los padres del niño(a), niña o adolescente, en su calidad de representantes legales de éste, confieran patrocinio y poder a un abogado privado o de los organismos públicos encargados de la representación judicial de las víctimas –v.gr.: Programas del Servicio Nacional de Menores, Corporación de Asistencia Judicial, Programa de Acceso a la Justicia, etc.- (art. 19 N.º 3 incs. 2º y 3º CPR; art. 111 inc. 1º CPP; art. 43 CC).

El fiscal informará de este derecho al adolescente o, en el caso de niño(a)s o niñas, a los padres o cuidadores, especialmente cuando fuere a presentar acusación o requerimiento de procedimiento simplificado y fuere muy

improbable la aplicación de una salida alternativa al juicio.

35.- Cuando los padres del niño(a), niña o adolescente fueren imputados de haber cometido el delito, el Juez de Garantía podrá garantizar la vigencia del derecho del niño(a), niña o adolescente a presentar querrela designando a un curador ad litem, el cual podrá, en representación del niño(a), niña o adolescente, conferir patrocinio y poder a un abogado para la presentación de la querrela (art. 19 N.º 3 incs. 2º y 3º CPR; arts. 6º inc. 1º, 111 inc. 1º y 109 inc. 2º CPP; arts. 43 y 494 CC).

Asimismo, el fiscal podrá solicitar la coordinación de la Unidad para que se obtenga un abogado o, en su caso, un curador ad litem.

Criterio de Actuación

231

En los casos en que instituciones públicas o privadas interpusieren querellas fundadas en la existencia de un interés social relevante o de la colectividad en su conjunto, aunque obren sin representación de la víctima, será el Tribunal de Garantía respectivo quien defina si acoge o no dicha presentación, por lo que no corresponde a los fiscales hacer alegaciones que signifiquen una manifestación a favor o en contra de su acogida, ni interponer recurso alguno en contra de la resolución que se pronunciare (Instructivo 1). Lo anteriormente señalado es especialmente aplicable en caso de querellas interpuestas por el Sename (Oficio del Fiscal Nacional 529/2002)

Demanda civil

36.- El niño(a), niña o adolescente es titular del derecho a presentar demanda civil (arts. 59 y 109 letra c) CPP). Para el ejercicio de este derecho, es menester que los padres del niño(a), niña o adolescente, en su calidad de representantes legales de éste, confieran patrocinio y poder a un abogado privado o de los organismos públicos encargados de la representación judicial de las víctimas –v. gr.: Corporación de Asistencia Judicial, Programa de Acceso a la Justicia, etc.- (art. 19 N.º 3 incs. 2º y 3º CPR; arts. 43 y 264 CC).

37.- Cuando la demanda civil debiera dirigirse contra los padres por ser éstos imputados de haber cometido el delito, el Juez de Garantía deberá designar

un curador ad litem, el cual podrá, en representación del niño(a), niña o adolescente, conferir patrocinio y poder a un abogado para la presentación de la demanda civil (art. 19 N.º 3 incs. 2º y 3º CPR; arts. 6º inc. 1º y 109 inc. 2º CPP; arts. 43, 263 y 494 CC).

38.- El fiscal informará de este derecho al adolescente o, en el caso de niño(a)s o niñas, a los padres, especialmente cuando fuere a presentar acusación y fuere muy improbable la aplicación de una salida alternativa al juicio. Asimismo, deberá remitir los antecedentes al organismo del Estado encargado de la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles (art. 78 inc. 2º letra c) CPP). Podrá también solicitar la coordinación de la Unidad para que se obtenga un abogado o, en su caso, un curador ad litem.

232

Acusación, preparación del juicio oral y juicio oral

39.- El fiscal informará al adolescente de la presentación de la acusación y del curso del procedimiento. El adolescente debe ser acompañado en este acto por sus padres o cuidadores, salvo que éstos estuvieren implicados en el delito. En el caso de niño(a)s o niñas, cumplirá este deber de información respecto de los padres o cuidadores, a menos que éstos estuvieren implicados en el delito y sin perjuicio de que el niño(a) o niña que pueda formarse un juicio propio participe en el acto (art. 78 inc. 2º letra a) CPP; Instructivo 11).

Criterio de Actuación:

El fiscal solicitará que el niño(a), niña o adolescente ingrese al programa de preparación psicológica de testigos, desarrollado por la Unidad, tan pronto como exista certeza acerca de su participación en juicio oral, lo que en todo **caso deberá tener lugar con a lo menos 15 días hábiles de anticipación a aquel fijado para la audiencia (Instructivo 11).**

40.- En caso que un niño(a), niña o adolescente deba prestar declaración, se recomienda el uso de mecanismos que impidan el contacto directo entre la víctima y el acusado o su familia. Para ello, el Fiscal puede solicitar el apoyo técnico de las Unidades en orden al uso de mecanismos como el circuito cerrado de televisión o un panel, tipo biombo, que impida la confrontación entre la víctima y el imputado.

Respecto de este punto, un informe emitido por la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos de la IX Región señala:

“En todos los casos en que esta Unidad ha solicitado medidas de protección especiales para recibir la declaración de testigos menores de edad, independientemente de las medidas que se soliciten y por medio del respectivo Informe Psico-Socio-Jurídico, se ha realizado una invocación y análisis de los respectivos derechos del niño(a) que se estiman involucrados en el caso...

...Las medidas de protección que hasta el momento se han desarrollado en forma exitosa en esta región respecto de víctimas y testigos se han concentrado fundamentalmente en las comparecencias judiciales de víctimas y testigos y han consistido básicamente en tres, a saber, declaración en sala anexa mediante circuito cerrado de televisión, uso de biombo para impedir contacto visual entre testigo y acusado o público, alteración o distorsión de la voz, y cambio de apariencia o fisonomía de testigos.

233

Adicionalmente se han utilizado otras medidas de protección, en la fase de investigación, tales como entrega de teléfonos móviles, entrega de alarmas personales, instalación de botones de emergencia, instalación de focos halógenos y reforzamiento de la seguridad del domicilio (puertas, cercos, rejas y otros), etc.

La medida de declaración en **sala anexa con circuito cerrado de televisión** se ha usado, hasta la fecha, únicamente con menores de edad y generalmente tratándose de víctimas, aunque también excepcionalmente testigos. Tal medida de protección se ha solicitado en favor de víctimas de violación mayores de edad en dos oportunidades, atendidas sus particulares características, pero el Tribunal sólo concedió la medida solicitada en subsidio, esto es, declaración tras biombo y abandono de la sala por el público mientras ésta es prestada.

Algunos de los casos en que este mecanismo se ha utilizado exitosamente respecto de menores de edad, son los siguientes: RUC N° 30818-4 (2001) de la fiscalía local de Villarrica, delito de abuso sexual, una niña víctima; RUC N° 14815-9 (2002) de la fiscalía local de Temuco, delito de abuso sexual, dos niño(a)s víctimas; RUC N° 29259-4 (2002) de la fiscalía local de Loncoche, delito de violación, una niña víctima; RUC N° 38006-K (2002) de la fiscalía local de Loncoche, delito de violación, una niña víctima; RUC N° 41613-

7 (2002) de la fiscalía local de Pitrufrquén, delito de abuso sexual, una niña víctima; RUC N° 10352-K (2002) de la fiscalía local de Traiguén, delito de violación, una niña víctima; RUC N° 39716-0 (2001) de la fiscalía local de Temuco, delito de violación, un niño(a) víctima; RUC N° 62705-0 (2001) de la fiscalía local de Traiguén, delito de violación, una niña víctima; RUC N° 7236-9 (2001) de la fiscalía local de Nueva Imperial, delito de violación (recalificado a abuso sexual), una niña víctima; RUC N° 16388-7 (2001) de la fiscalía local de Temuco, delito de abuso sexual, tres niño(a)s víctimas; RUC N° 11679-K (2001) de la fiscalía local de Temuco, delito de violación, un niño(a) víctima; y RUC N° 1151-7 (2000) de la fiscalía local de Temuco, delito de violación, una niña víctima.

234

En la mayor parte de estos casos se ha solicitado adicionalmente aplicar la medida del artículo 289 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, disponer la salida del público con motivo de la declaración del menor, lo cual en la generalidad de los casos ha sido desestimado por el Tribunal. No obstante lo anterior, esta solicitud que inicialmente se justificaba por la necesidad de resguardar la identidad, honra y privacidad de los menores, ha cesado de tener razón desde el momento en que en la totalidad de los Tribunales, de un tiempo a esta parte, la declaración se presta con una sola cámara en la sala anexa que enfoca al niño(a) de espaldas, no lográndose con ello ver su rostro.”¹⁰⁷

En tanto, en informe emitido por la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos de la VII Región, podemos destacar al respecto que: “En audiencia de juicio oral en caso RUC 100074608-4, delito de **violación bucal y abuso sexual en menor de 12 años** Se utilizó el sistema de circuito cerrado para evitar el contacto del menor con el público y con el imputado, considerando su edad de 8 años y que se trataba de un delito de carácter sexual, disminuyendo con esto la victimización secundaria. Se utilizó una sala contigua a la sala del tribunal oral en donde los 3 magistrados se sentaron frente al niño(a), filtrando y comunicando las preguntas al Presidente del Tribunal, de modo que el menor no escuchara lo que se debatía en la sala contigua.”¹⁰⁸

Criterio de Actuación:

Si el fiscal necesitare contar con el testimonio de un niño(a), niña o adolescente víctima de delito, durante la audiencia de juicio oral, solicitará la aplicación de alguna de las medidas sobre restricción a la publicidad de la audiencia

contempladas en el CPP y la colaboración de la Unidad para la definición de otras medidas que deban ser tomadas para resguardar a la víctima de sufrir una nueva victimización durante el curso de la audiencia (arts. 289, 306, 308 y 310 CPP).

Las Fiscalías Regionales deberán poner en conocimiento de los Fiscales el contenido de este instructivo y promover una discusión jurídica al respecto, con el objeto de que cualquier duda pueda ser planteada a través del Fiscal Regional.

Saluda atentamente a UDS.,

235

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

GPR/SRV/crz

107 Informe "JUA VT -1/03", emitido por la Unidad regional de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional de la IX Región de la Araucanía, con fecha 30 de octubre de 2002, págs. 1, 3 y 4. Al texto citado se le han introducido modificaciones formales, que han tenido por objeto sólo la corrección de errores de tipeo y no han alterado el contenido ni forma del debate.

108 Informe "CASOS URAVIT VII REGIÓN", emitido por la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional de la VII Región del Maule, con fecha 24 de enero de 2003, pág. 1. Al texto citado se le han introducido modificaciones formales, que han tenido por objeto sólo la corrección de errores de tipeo y no han alterado el contenido ni forma del debate.

