

LA VÍCTIMA Y EL **ACCESO** A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO **PENAL JUVENIL**



AUTORES:
CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ ESCOBAR
MARTÍN ALEXANDER MARTÍNEZ OSORIO



COMISIÓN COORDINADORA
DEL SECTOR JUSTICIA



LA VÍCTIMA Y EL **ACCESO** A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO **PENAL JUVENIL**



AUTORES:
CARLOS ERNESTO SÁNCHEZ ESCOBAR
MARTÍN ALEXANDER MARTÍNEZ OSORIO

COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA

COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR DE JUSTICIA

Dr. José Salomón Padilla

Presidente de la Corte Suprema de Justicia



General de División David Munguía Payés

Ministro de Justicia y Seguridad Pública



Lic. Luis Antonio Martínez González

Fiscal General de la República



Lic. Sonia Elizabeth Cortez de Madriz

Procuradora General de la República



Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura



Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Director General

Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia



345.028

S211v Sánchez Escobar, Carlos Ernesto

sv La víctima y el acceso a la justicia en el ámbito penal juvenil /
Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Martín Alexander Martínez Osorio. --
1ª ed. -- San Salvador, El Salv. : Consejo Nacional de la Judicatura,
Escuela de Capacitación Judicial, 2013.
136 p. ; 22 cm.

ISBN 978-99961-902-0-9

1. Víctimas de crímenes. 2. Derecho Penal. I. Martínez Osorio,
Martín Alexander, coaut. II. Título.

@Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

Todos los derechos reservados

Elaboración y coordinación de proyecto

Licda. Bessy Jeannette Aguirre de Flores

Consejo Nacional de la Judicatura

Autores

Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Lic. Martín Alexander Martínez Osorio

Consultores salvadoreños

Diseño y diagramación

Raquel Díaz

Impresión

Talleres Gráficos UCA

1ª. Edición 2013

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador, El Salvador

Tels. (503) 2250-0538, 2523-3000

www.cnj.gob.sv

UNIDAD TÉCNICA EJECUTIVA DEL SECTOR DE JUSTICIA

7ª C.P. # 5143, Col. Escalón.

Tels. (503) 2263-2144, fax. 2263-2275

www.ute.gob.sv

Esta obra fue elaborada para el Consejo Nacional de la Judicatura gracias a la cooperación de INTERVIDA y su publicación fue posible con el apoyo técnico y financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), en coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, UTE.

ÍNDICE

EL INTERROGATORIO A LA NIÑEZ – ADOLESCENCIA COMO VÍCTIMA DEL DELITO

1. La víctima como sujeto del delito.	12
2. La víctima ante la realidad del proceso penal especialmente infantes y adolescentes.	20
3. La intervención penal frente a los niños y adolescentes.	28
4. El testimonio y el interrogatorio de los niños y adolescentes en el proceso penal.....	33
5. La valoración de las declaraciones de menores.....	52
6. Las afectaciones de la victimización en el menor. Aspectos a tener en cuenta en la valoración de las declaraciones.....	63
Conclusiones.....	73
Bibliografía.....	74

LA VÍCTIMA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO PENAL JUVENIL

1. Conceptos generales.....	81
2. Las diversas concepciones históricas en relación a la víctima y el Sistema Penal.	84
3. El derecho de acceso a la justicia de las víctimas.....	92
4. La víctima y el derecho de acceso a la justicia en el proceso penal juvenil.....	104
5. Propuesta de una regulación del derecho de acceso a la justicia para la víctima en el proceso penal juvenil salvadoreño: el querellante adhesivo simple	109
Bibliografía.....	113
Abreviaturas.....	116
Anexos.....	117

PRESENTACIÓN

El protagonismo que actualmente tiene la víctima, no sólo en el ámbito de la justicia material sino también en lo procesal, repercute grandemente en la configuración de los diversos sistemas de enjuiciamiento penal. Así, los sistemas preponderantemente acusatorios intentan superar un esquema un tanto formal de la acusación pública –de acuerdo a la función que desempeña el ministerio público fiscal– hasta uno prioritariamente material, en los que la víctima pueda autónomamente abrir y sustanciar el proceso hasta la fase de la ejecución de la pena. Esto es mediante la figura del querellante o acusador autónomo.

La influencia, entonces, de ese principio de autonomía de la víctima, según nuestra Sala de lo Constitucional, implica adicionalmente la creación a nivel legal y operativo de una serie de resguardos que permitan brindar antes, durante y después del proceso penal, la debida protección al perjudicado del delito, sea que éste colabore o no con la justicia penal o que cuando lo haga sea protegido rigurosamente, como acontece con su deposición en estrados y frente a los demás sujetos procesales.

Estos niveles de protección se amplían considerablemente –de acuerdo a la redacción estipulada en el art. 106 del Código Procesal Penal– cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, lo cual conlleva a un inusitado avance legal en cuanto a la creación de un Derecho procesal penal en clave victimológica; el cual pueda lograr el tan deseado equilibrio entre los derechos del imputado, la víctima y la sociedad representada por el Estado. Tarea que falta por desarrollar en el Derecho penal salvadoreño en general.

Los dos problemas reseñados plantean singulares cuestiones en el ámbito de las jurisdicciones especializadas, tal y como acontece en el sistema penal juvenil. En él, la compatibilidad entre los fines que la presiden –interés reeducador de las sanciones, mínima afectación, interés superior del niño, niña y adolescente– y los que corresponden a las víctimas del delito, imponen un delicado equilibrio en la tarea judicial, la cual debe sopesar y resolver de forma particular cada uno de los casos en que ellos coincidan.

Por tal motivo, El Consejo Nacional de la Judicatura, a través de su Escuela de Capacitación Judicial, presenta dos artículos que se constituyen en abordajes introductorios sobre estos tópicos de gran interés, en procura de brindar pautas de solución a los mismos. En particular, acerca del interrogatorio de la niñez y la adolescencia como víctimas del delito, así como el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Se trata de temas altamente complejos y delicados, pero de suma actualidad, en los que los autores intentan exponer argumentaciones que permitan abrir el debate y enumerar algunas posibles hipótesis de solución mediante el estudio y la interpretación del marco legal vigente. Intentando aportar soluciones a dos de los problemas aplicativos más importantes que se suscitan, tanto en la jurisdicción penal ordinaria, pero con particular insistencia en la jurisdicción penal juvenil.

Es por ello que el Consejo Nacional de la Judicatura, gracias al apoyo de la organización no gubernamental INTERVIDA, unió esfuerzos por coincidir con los objetivos que se persiguen, y fue así que se elaboraron los artículos que hoy se entregan a la Comunidad Jurídica salvadoreña, mismos que se han podido publicar con fondos de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, AECID, en coordinación con la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, UTE, en razón de la importancia que suscitan.

Temas, por cierto, que han sido analizados y discutidos arduamente en cada uno de los cursos comprendidos como parte de las actividades desarrolladas dentro del área especializada en Justicia Penal Juvenil, y dictados en las aulas de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”. Es así como la mayor parte del contenido del presente libro no hubiera sido posible sin los aportes del universo de magistrados, jueces, fiscales, defensores públicos y abogados en ejercicio libre de la profesión, que han participado activamente como hábiles interlocutores en las sesiones de validación y quienes han enriquecido las propuestas que ahora se presentan de forma escrita.

Consejo Nacional de la Judicatura

“EL INTERROGATORIO A LA NIÑEZ-ADOLESCENCIA COMO VÍCTIMA DEL DELITO”

CONSULTOR:

Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Sumario

Introducción. 1. La víctima como sujeto del delito.1.1. Víctimidad y necesidad de protección.1.2. La victimización como fenómeno del hecho delictivo y sus incidencias. 1.3 Victimización y protección normativa.1.4. La cuestión especial de la víctimidad de los niños y adolescentes y el proceso. 2. La víctima ante la realidad del proceso penal especialmente infantes y adolescentes. 2.1. La víctima ante la investigación penal. 2.2 La calidad de víctima en el procedimiento.2.3. El fundamento del interés superior del menor víctima del delito. 3. La intervención penal frente a los niños y adolescentes. 3.1. El tratamiento del proceso como factor de victimización secundaria para infantes y adolescentes.3.2. Victimización y revictimización aspectos concretos respecto de niños y adolescentes. 3.3 Sistema Penal, infancia y adolescentes. 4. El testimonio y el interrogatorio de los niños y adolescentes en el proceso penal.4.1. Bases introductorias a la declaración de menores. 4.2. La declaración de los niños (menores de doce años). Cuestiones comunes. 4.3. Derecho a declarar en un ambiente menos hostil. 4.4. La preservación de la indemnidad del niño. Prohibición de interrogatorio personal del imputado y de confrontación. 4.5. La anticipación de prueba testimonial obligatoria. 4.6. La intervención necesaria del juez. 4.7. Identificación de los menores, reserva y límites a la publicidad. 4.8. Interrogatorio especial de los menores. Asistencia y forma del interrogatorio. 4.9. La declaración de los mayores de doce años. 5. La valoración de las declaraciones de menores. 5.1. Bases conceptuales de la niñez y la adolescencia y su desarrollo. Presupuesto para la una mejor valoración de las declaraciones. 5.2. Contexto general de la declaración de los niños. 5.3. La declaración del menor como prueba suficiente. 5.4. La valoración de la declaración del menor en contexto integral de la prueba. 5.5. Aspectos especiales a tener en cuenta en la valoración en la declaración de los menores.6. Las afectaciones de la victimización en el menor. Aspectos a tener en cuenta en la valoración de las declaraciones 6.1. La afectación de la víctimidad en los menores. 6.2. El desvalimiento del menor como fenómeno de la victimización. 6.3. Desarrollo de mecanismos de defensa. 6.4. El silencio en las victimas. 6.5. La afectación de las relaciones interpersonales. 6.6. Las víctimas y el daño psíquico. 6.7 Revictimización, Síndrome de Estrés Postraumático y valoración. Conclusiones. Bibliografía.

1. La víctima como sujeto del delito

1.1. *Victimidad y necesidad de protección*

La trascendencia de las víctimas en relación al fenómeno del delito y al proceso penal, es actualmente ampliamente reconocida¹, ello implica una profunda renovación de la importancia de la víctima, no sólo en el campo de la dogmática penal, sino también en relación al procedimiento penal, en la misma criminología y aún en la propia victimología². Empero, dentro de la concepción del tratamiento de las víctimas hay una especial consideración –y es correcto que así sea– hacia las víctimas menores de edad que son infantes y adolescentes, por todas las implicaciones de su relación con el proceso penal y los ámbitos de tutela que deben prestárseles a quienes participan en esa calidad en los procedimientos criminales³.

Precisamente por ello, la reflexión victimológica se ha desarrollado significativamente en los últimos años y ha dado lugar a múltiples compromisos internacionales, tanto a nivel de convenciones, pactos y tratados; como de declaraciones o reglas, por las cuales el tratamiento de las víctimas en general y de los menores de edad en específico, tiene que tener una protección mucho más efectiva para preservarlos de los perjuicios que ocasiona la llamada victimización secundaria⁴. De igual manera, desde la perspectiva victimológica ha surgido una producción científica que prueba la importancia de este campo tras-disciplinar; todo ello, obviamente, debe impactar en la legislación que regula los procedimientos en los cuales los menores de edad han de comparecer como víctimas de delitos. Es decir, que las normas procesales –en este caso el Código Procesal Penal– determina legalmente ámbitos de protección para la actuación de los menores de edad.

Uno de los instrumentos internacionales más significativos para desarrollar la tutela que las víctimas merecen, en cuanto a su relación con todo el sistema penal y que tiene un carácter universal, es la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración

1 Señalando esta importancia y renacimiento de las víctimas, LARRAURI Elena "Victimología" en "De los Delitos y las Víctimas". AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 285 a 286.

2 Sobre estos aspectos y su evolución TAMARIT SUMALLA Josep M. "La Víctima en el Derecho Penal". Editorial Aranzadi. Pamplona. España. 1998 pp. 17 a 20.

3 Sobre el particular se informa: "A la luz de lo anterior bien puede afirmarse que las personas menores de edad de edad que sufren revictimización en procesos administrativos o judiciales, de los que son parte, califican como víctimas de abuso de poder, en tanto la revictimización violenta de los derechos que les son reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y otros instrumentos de derechos humanos relacionados. En este sentido, devienen en titulares de los derechos que dicha declaración confiere a este tipo de víctimas, que entre otras cosas refieren a su derecho: trato con dignidad y consideración; protección contra la discriminación, a ser informados; a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchada, a ser protegidas de la adversidad en todas las fases de los procesos, y a medidas de protección especial". CEMUJER "Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador". ECPAT-CEMUJER. San Salvador. El salvador. 2005 p 60.

4 En tal sentido, ver BERISTAIN Antonio, "Proceso Penal y Víctimas". Pasado, presente y futuro" en "Las Víctimas en el Proceso Penal". 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 24.

sobre los Principios Fundamentales para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder (1985)⁵; siendo uno de los aspectos más importantes de tal declaración el concepto de víctima que fue adoptado⁶. De ahí que a la víctima se le defina como toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de conductas que violen la legislación penal, incluida la que proscribe el abuso de poder⁷.

Toda esta renovación sobre el interés por las víctimas⁸ ha fincado también una importante evolución del pensamiento de la ciencia penal, con lo cual se ha dado lugar a lo que se conoce como Derecho Victimal, disciplina que puede definirse como: el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos (nacionales e internacionales), tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas de delitos.

En el caso de la infancia y la adolescencia que son víctimas de delitos, concurren diversos instrumentos internacionales que generan un marco de protección importante respecto de la relación de los menores de edad con los sistemas judiciales, sobre todo aquellas actuaciones que puedan significar un desmedro de sus derechos, aspecto que muestra la importancia que tiene el tratamiento adecuado de los niños y de los adolescentes para minimizar los daños que se originan por los procesos de formalización⁹.

5 La declaración aludida fue una recomendación emanada del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el cual fue celebrado en Milán, Italia del 25 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y se adoptó como Declaración por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

6 El alcance de la comprensión sobre las víctimas en la conceptualización que hace la declaración de Milán, es abierto, y abarca todo un panorama por el cual las personas puede ser sometidas a un perjuicio y en consecuencia adquirir la condición de víctimas; ello es un importante aporte, ya reconocido en los fundamentos de la victimología, por cuanto el concepto inicial de víctima que se había manejado era bastante restringido, inclusive si se quiere con una fuerte influencia del positivismo criminológico. Sin embargo, la valoración que se afirma normativamente sobre las víctimas en la Declaración sobre los principios fundamentales, aporta un ámbito de mayor protección a las víctimas, por cuanto extiende el concepto de las mismas a otras dimensiones usualmente no consideradas. Señalando el carácter de fuente de la Declaración de Milán, LLOBET RODRÍGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado". Código Procesal Penal Comentado. Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003 p 150.

7 La dimensión extensiva del concepto de víctima es relevante porque permite abarcar una constelación de situaciones de lesividad respecto de los derechos fundamentales de las víctimas, que en muchos casos las legislaciones nacionales restringen en demasía. Ese es el caso de nuestra legislación que tiene un concepto de víctima restringido por el cual únicamente se puede considerar víctima a la persona que ha resultado directamente ofendida por el delito; y las extensiones que se presentan se encuentran vinculadas a supuestos de imposibilidad de comparecencia o de concreción material de la víctima, como lo es su muerte, el caso de las sociedades, o cuando el delito afecte intereses colectivos o difusos. Destacando este aspecto MENÉNDEZ LEAL Salvador "La Víctima. Aproximación al problema procesal" en "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal". 1° edición. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 pp. 470 a 471.

8 Destacando pulcramente el rol de la víctima, su opacidad y renacimiento ESER Albin "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal". Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba en "De los Delitos y las Víctimas". AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992 p 16 a 18.

9 Son diversos los tratados o convenciones que cada vez más con un énfasis de especialidad van generando marcos de tutela respecto de la niñez y adolescencia, sobre todo en el rol de víctimas en el cual se presentan ante el poder penal, en todo caso

1.2. La victimización como fenómeno del hecho delictivo y sus incidencias

La victimización es un concepto acuñado por la victimología, por medio del cual se patentiza el sufrimiento que el delito causa a la víctima en su sentido más general. Dichos perjuicios no sólo se reducen al momento en el cual se ejecuta el delito, sino que los males que sufre quien es una víctima verdadera –los cuales son irreductibles– se vinculan al funcionamiento de la estructura de todo el sistema penal; y en muchos casos puede presentarse el fenómeno que estos perjuicios son aún mayores que los derivados como consecuencia directa del hecho delictivo. En este sentido, suele distinguirse entre lo que el pensamiento penal criminológico y victimológico denomina como: victimización primaria, victimización secundaria o revictimización y victimización terciaria¹⁰.

Por victimización primaria se ha entendido aquella que se deriva de haber padecido la víctima un delito; y debe precisarse que en la victimización primaria, cuando el cometimiento del delito es ejecutado con violencia o resulta ser cometido por una persona conocida o estrechamente unida a la víctima, tal victimización suele ir acompañada de efectos que se mantienen en el tiempo y pueden ser somáticos, psíquicos, económicos o de rechazo social¹¹.

Ahora bien, casi toda la doctrina que se acerca a la realidad de las víctimas reconoce la denominada victimización secundaria, y por ésta se entiende el sufrimiento o daño que se causa a las víctimas, cuando éstas se interrelacionan con las diferentes agencias del sistema penal. Por ello se afirma que la victimización secundaria se considera aún más negativa que la victimización primaria, porque el fenómeno de la revictimización lo provoca el propio sistema penal, el cual victimiza a las personas que acuden con sus conflictos para obtener justicia. A demás ello genera otro efecto nocivo, que es la afectación al prestigio del propio sistema¹².

los diversos marcos normativos han centrado su enfoque en la adecuada protección que se les debe, así desde la lejana Declaración de los Derechos del Niño –aprobada por Resolución 1386 en la XIV Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, pasando por la Convención de los Derechos del Niño –vigente en nuestra legislación a partir de la publicación del Diario Oficial Número 108, Tomo 301, del nueve de mayo de mil novecientos noventa; y actualmente a la normativa de carácter especial que regula ciertas formas de criminalidad que afectan a los niños y adolescentes. Por ejemplo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía; la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de edad, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

10 Así ALBERTÍN CARBÓ Pilar “Psicología de la victimización criminal” en Psicología Criminal. Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005 pp. 255 a 257

11 En tal contexto, la víctima de un delito no solo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito y que afecta no sólo un interés social, sino además uno particular de la víctima en el cual se concretiza la acción delictiva, este es el ámbito estricto de la victimidad primaria, la ofensa causada por el delito a la víctima que quiebra el statu quo ante de su derecho vulnerado; empero, en muchos casos, acompañando a esta lesión, sobrevienen otros daños, los cuales producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido, estos daños no pueden ser obviados y deben realizarse todos los esfuerzos para reducir los mismos.

12 Sobre ello, BERISTAIN IPIÑA Antonio “La sociedad/judicatura atiende a sus víctimas/testigos” en La Victimología”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 1993 pp. 195/198.

Si se quisiera concretizar diríamos que se conoce como victimización primaria a las consecuencias directas de un crimen que sufre la víctima. Victimización secundaria o revictimización son aquellos sufrimientos o padecimientos que se causan a las víctimas por las actividades que desarrollan las instituciones más o menos directamente encargadas de investigar y juzgar el delito, entre ellos se encuentran policías, fiscales, jueces, peritos, defensores, funcionarios de instituciones administrativas y penitenciarias, etc.”

Por último, la victimización terciaria¹³ es la estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima, es decir se concreta a partir del reconocimiento del rol de víctima de una persona que se ha visto perjudicada por un delito, por cierta parte de la comunidad, la cual por diferentes motivos ha podido identificar esa situación especial de quien padece como víctima de un hecho criminal.

En el caso especial de este fenómeno se quiere enfatizar en la denominada revictimización o victimización secundaria, y por ello es menester apostillar que por la misma se ha entendido aquellos daños de carácter somático, psíquico, económico o social, que se causan a la víctima de los delitos, por el sistema estatal de justicia penal. Esta forma de incidir negativamente en la persona que es víctima del delito tiene diferentes perspectivas, desde que la víctima inicia su contacto con las agencias de represión penal –usualmente la policía– hasta su relación más formalizada con el proceso penal y las diferentes etapas que tiene que transitar la víctima en el mismo¹⁴.

Este factor multiplicador de consecuencias lesivas para las víctimas ha provocado respuestas importantes. Por ejemplo en el derecho comparado se han asumido medidas importantes para dar una mayor tutela a las víctimas y reducir el margen de perjuicios, que éstas pueden sufrir en su interrelación con el sistema penal. Es así que en la Unión Europea el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó, con fecha del 28 de junio de 1985, unas recomendaciones dirigidas a optimizar la situación de la víctima ante el proceso penal, y se requirió de parte de los estados miembros la adopción de diversas medidas, todas ellas centradas en el ámbito de una adecuada

13 Ibid. p 199.

14 Pero no obstante, ese reconocimiento del sistema penal, como maquinaria causante del dolor para las víctimas, debemos expresar que en el actual estado de cosas, y en un Estado Constitucional de derecho, no puede renunciarse al mismo –como otro dilema diríamos que, no obstante, la crisis y los daños que provoca la pena y el sistema penal no puede pretenderse su abolición–. Lo que si puede lograrse, y por ello debe lucharse denodadamente, es la reducción drástica de los males causados a la víctima a consecuencia de su relación con el sistema penal. De esa verdad dolorosa no nos podemos olvidar, la víctima sufre naturalmente cuando se acerca a las distintas agencias del sistema: policía, fiscalía, medicatura, instituciones especializadas de investigación forense, juzgados. Y el nivel de victimidad es creciente en el rito del proceso, pero no creo –y de eso estoy sumamente convencido– que el proceso tenga que ser eliminado, al contrario, el proceso, con todos los males que puede producir, es necesario y garantizador, pero si es posible optimizar un trato verdaderamente humano y reductor de la victimidad de los afectados por el delito, con un trabajo eficiente y profesional que, por su calidad, importe menos dolor y sufrimiento para las víctimas.

protección para las víctimas, las cuales podrían ser ponderadas para su aplicación cuando se tiene que tratar con víctimas del delito¹⁵.

Ciertamente, el tratamiento con las víctima genera un cumulo de diversas tensiones en el sistema penal a efectos de gestionar adecuadamente su tratamiento. En muchos casos la atención respecto de las víctimas es insuficiente, y esa no protección real de las víctimas ha calado muy profundamente en la opinión de organizaciones mundiales¹⁶, que han visto con suma preocupación la deslegitimación de los sistemas judiciales, cuando las víctimas quedan a merced de que los perjuicios que les ha causado el delito no sean reparados. Con esto, el derecho que, al final, debe servir para el hombre y no servirse del hombre pierde toda eficacia y racionalidad, más aun cuando el mismo instrumento que utiliza para tratar de dar una respuesta satisfactoria a la víctima—cuando procede— puede generar efectos lesivos para ella, amplificando el daño cometido por el hecho criminal.

1.3 Victimización y protección normativa

La preocupación por las víctimas llevó a que tras largos lustros de preparación, en Julio de 1984 se hizo pública en Ottawa, Canadá, la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas, cuyo propósito primordial es “proclamar los derechos de las víctimas y establecer formas y medios para asegurar su protección, tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos”, según lo preceptuado en el artículo I de dicha declaración.

Precisamente de esa declaración se proyecta lo que la doctrina victimológica ha denominado “Victimagogía”, modelo por el cual se pretende la elaboración de acciones y proyectos en favor de las víctimas. Precisamente a partir de este movimiento, es digno reconocer que a nivel del sistema de Naciones Unidas surge la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, por medio de la que se adopta, para el sistema universal, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, recomendada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Este Congreso marcó un hito importante en cuanto al tratamiento de las víctimas, respecto de las obligaciones internacionales que deberían concretarse para garantizar una mejor asistencia para las personas que son afectadas por el delito, ello involucra aspectos desde la conceptualización de quien es

15 En resumen, las medidas que se indicaron como mínimas en las recomendaciones son las siguientes: (a) Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional. (b) Se le deben indicar las posibilidades de recibir en instituciones públicas o privadas ayudas materiales, médicas y psicológicas. (c) Se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado. (d) A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad. (e) Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o guardadores”.

16 Así, recientemente la Resolución 60/47 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Sexagésimo período de sesiones “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

víctima, pasando por sus derechos y el tratamiento que debe dispensarle, hasta los mecanismos de reparación por el daño causado¹⁷.

Como norma de *lege ferenda* es importante citar la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el 28 de junio de 1985. Destacan las recomendaciones siguientes:

(1) En el nivel policial: a) los funcionarios de policía deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador; (b) la policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación de su perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado; (c) la víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial; (d) en todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la policía debería formular un atestado tan claro y completo como fuera posible, sobre las lesiones y daños sufridos por las víctimas.

17 Respecto de las víctimas, la normativa internacional es abundante en instrumentos, tanto de hard-law como de soft law, para garantizar un marco adecuado a las víctimas en la tutela de sus derechos, por lo extenso del tema, circunscribiremos aquí los aspectos más relevantes del sistema de protección del derecho internacional. Quizá el instrumento internacional más emblemático es la Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. De los principios rectores que se expresan en tal declaración es conveniente destacar los siguientes: (I) El concepto extenso de víctima, que se recoge en la declaración bajo el epígrafe de "Las víctimas del delito", y por el cual se entiende: 1. "las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse "víctima" a una persona con arreglo a la presente declaración independientemente que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar del perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluyen, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización". Es de hacer notar que la denominación de víctimas en la Declaración no admite un trato discriminatorio. (II) En materia de reducción de revictimización interesa el principio de acceso a la justicia y trato justo, en las siguientes formulaciones direccionales: 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. De manera importante en los principios consignados en el número 6 expresan que: Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (a) informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando haya solicitado esa información; (b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; (c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; (d) adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. En cuanto al sistema asistencial que es factor clave para disminuir los aspectos de la victimización secundaria que el sistema penal le causa a la víctima, la Declaración establece en el principio de Asistencia: 14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios, y autóctonos. 15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. 16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

(2) Interrogatorio de la víctima: en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debiera hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor, o de cualquier persona calificada para asistirlos.

(3) Juicios: (a) la víctima debería ser informada de la fecha y del lugar del juicio relativo a las infracciones que le han perjudicado; de las posibilidades de obtener la restitución y la reparación en el seno del proceso penal, y de lograr el beneficio de asistencia o de asesoramiento jurídico; de las condiciones en las que podrá conocer las resoluciones que se pronuncien. (b) la reparación en la legislación debería constituir bien una pena, bien un sustitutivo de la pena o bien ser objeto de resolución al mismo tiempo que la pena.

(4) Protección de la vida privada: (a) la política de información y de relaciones con el público, en el marco de la instrucción y el juicio de las infracciones, deberá tomar debidamente en cuenta la necesidad de proteger a la víctima de toda publicidad que implicare un ataque a su vida privada o a su dignidad. Si el tipo de infracción, el estatus particular, la situación o la seguridad personal de la víctima requiere de especial protección, el proceso penal anterior a la sentencia debería tener lugar a puerta cerrada, o la divulgación de los datos personales de la víctima debería ser objeto de restricciones adecuadas.

(5) Protección especial de la víctima: cuando ello parezca necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familiar deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente.

Como se advierte, los diversos ámbitos de protección que se requieren para el tratamiento de las víctimas involucra a todos los agentes del sistema penal, pues las diferentes agencias de dicho sistema tienen íntima vinculación con las actividades de investigación y esclarecimiento de los delitos¹⁸, y en esa actividad, las víctimas tienen un rol esencial, pero ello no debe llevar a considerar a las víctimas como meros objetos del procedimiento que se desarrolla. La alteridad de su persona, como ser humano, es importante que sea dimensionada, así como el adecuado trato que deba dársele para no generarle más aflicción con las actuaciones formales que por ley deben realizarse. Por eso mismo, esas buenas prácticas que se oficializan en otros sistemas legales pueden perfectamente adecuarse a las normas procesales o aun a las prácticas que se desarrollan por los distintos operadores de todo el sistema de administración de justicia.

18 Sobre ello, en relación a la protección contra la victimización secundaria, CEMUJER "Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador" Op. cit. pp. 41/43.

1.4. La cuestión especial de la victimidad de los niños y adolescentes y el proceso

La instauración del llamado derecho victimal y su influencia en los procesos de reformas penales, no ha sido la única vía de desarrollo que se ha impulsado para la consideración del fenómeno de las víctimas y su relación con los procesos formalizadores de aplicación de justicia. También se ha tomado, progresivamente, conciencia en la agenda pública de las políticas de prevención del delito; del funcionamiento del sistema penal y aún de la academia; sobre la participación de las víctimas en los procesos de dichos sistemas; la problemática específica de la niñez victimizada por el delito, con énfasis en la criminalidad de abuso y ofensas sexuales; la pornografía infantil; el maltrato; la trata de menores de edad y de toda violencia delictiva conexas con menores de edad¹⁹.

Toda la fenomenología anterior ha sido motivo de estudio y examen, tanto por la criminología como de manera más específica y holística por parte de la victimología, las cuales han profundizado con bastante rigor científico desde una perspectiva multidisciplinar sobre la relación víctima, sociedad, violencia, cultura, familia, delito, proceso, Estado y tutela de derechos fundamentales, para comprender de una manera más empírica la realidad de las víctimas ante aquellas situaciones que afectan sus derechos, y cómo lograr reducir estas afecciones, teniendo en cuenta especialmente a la víctima cuando es un niño y la tutela de los mismos de acuerdo a la doctrina de la protección integral de los menores de edad²⁰.

Lo anterior ha impulsado los avances desde la victimología, para profundizar sobre la relación que el proceso penal, como mecanismo de investigación y sanción del delito, implica para la víctima en cuanto a los daños que pueden derivarse de su relación con el proceso en virtud de su necesaria intervención. Es por ello que desde las nociones de la victimología se han propuesto las formas de victimización por las cuales las personas afectadas por una conducta

19 Los menores de edad resultan afectados por múltiples conductas delictivas, pero las que alcanzan mayor protagonismo son aquellos delitos que atentan contra su sexualidad, o aquellas conductas delictivas en el contexto de violencia familiar, así como los delitos de trata de persona en cualquiera de sus manifestaciones. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que independientemente de la ofensa que se trate, el menor de edad debe ser atendido con un tratamiento especial, el cual habrá de inducirse correctamente según el tipo de delito que afecte al niño o adolescente.

20 La protección integral del menor de edad –muy ligado al interés superior del niño– es una norma que se desarrolla a partir de la Declaración de los Derechos del Niño (Art. 2). La misma se acentúa en la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 3). En la normativa local, por ejemplo, dicho principio encuentra arraigo en: Código de Familia (Art. 4); En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. La protección dispensada se encuentran fragmentada entre el cumulo de principios rectores que se establecen y el cumulo de derechos que se determinan en favor de los destinatarios de la ley. Sobre este aspecto de la protección integral de la niñez, sosteniendo la importancia de un enfoque de género se ha dicho: “Es conveniente insistir que, en el caso de la niñez, la definición debe ir más allá de límites etéreos para –sobre todo– indicar que se trata de una parte de la población que debe ser tratada de forma especial, atendiendo a sus condiciones de desarrollo, sin perder de vista la obligación social y estatal de promover tal desarrollo con prioridad y en las mejores condiciones posibles. Es decir, tomando como referencia central el principio del interés superior de la niñez”. PÉREZ VALLADARES Gilma, GUIROLA Ima. “El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en El Salvador. Análisis de situación y propuesta de fortalecimiento. ECPAT Internacional. CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005 p 39.

criminal sufren perjuicios ya directos, ya derivados de su relación con el delito²¹. Precisamente esta problemática puede derivar en grave daño para la niñez y adolescencia, sino se configura adecuadamente la intervención de los menores de edad en el proceso penal, en un marco que reduzca lo más posible los efectos de las formas derivadas de victimización.

2. La víctima ante la realidad del proceso penal, especialmente infantes y adolescentes

2.1. La víctima ante la investigación penal

El delito no es un fenómeno que pueda ser sancionado de manera inmediata, por ello es menester que se agoten ciertas formas definidas por ley, para determinar si ha ocurrido un hecho delictivo, y si una persona es el responsable del mismo. Pero ello tiene diversas implicaciones. Por una parte, la investigación y persecución del delito que se realiza por los diferentes agentes del sistema penal es por su propia naturaleza revictimizante, y ese tipo de victimización secundaria causa sufrimiento en menor de edad o mayor intensidad a las víctimas, lo cual puede presentarse con una dimensión especial en los infantes y adolescentes. Empero, no obstante ser la investigación del delito, una fuente de revictimización, no es posible realísticamente renunciar a la misma, o mantener una investigación penal que sea completamente inocua para la víctima –ello sería una aporía– por cuanto el procedimiento de investigación penal siempre significará y provocará un sufrimiento para la víctima y provocará un nuevo esquema de victimización²², ello es irreductible a nuestro juicio.

No obstante lo anterior, es fundamental –también siendo realísticos– reducir de manera sensible el daño que causa el procedimiento de investigación penal a las víctimas, con lo cual estamos afirmando que una finalidad del mejoramiento del sistema penal debe ser disminuir los niveles de victimización secundaria, y ello sí parece realizable a partir de la adecuada práctica de la

21 Estas formas de victimización se pueden sintetizar de la manera siguiente: (a) como victimización primaria, la cual consiste en las consecuencias que sufre la víctima de manera directa como consecuencia de un hecho criminal; (b) la denominada victimización secundaria o revictimización que se encuentra definida como aquellos sufrimientos que a las víctimas, a los testigos, y mayormente a los sujetos pasivos de un delito, les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, fiscales, jueces, defensores, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, de atención a los menores de edad, personal administrativo de estas instituciones, etc. Por último, también se ha considerado como una nueva forma de victimidad la llamada victimización terciaria o multi-revictimización, por la cual la víctima sufre un proceso de estigmatización que realiza la misma sociedad cuando conoce que una persona ha sido víctima de un delito, tal proceso puede ser incluso mucho más nocivo que los anteriores, y usualmente al mismo contribuyen, de manera decisiva, los mass media, cuando se exceden en la presentación de la información sobre un delito cometido, sin considerar y ponderar los graves daños que se pueden ocasionar a las víctimas, sobre todo cuando son personas sometidas a delito de contenido sexual, y cuando se trata de menores de edad. Sobre los problemas que se generan a partir de la victimización secundaria ver SUBIJANA ZUNZUNEGUI Ignacio José. "Las Víctimas: Juicio oral y sentencia en "Las Víctimas en el Proceso Penal". 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 112.

22 Sobre el particular, CLEMENTE DÍAZ Miguel. "Psicología aplicada a la labor judicial". Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San salvador. El salvador. 2008 p 300.

normativa vigente, que pretende limitar en la medida de lo posibles los niveles de revictimización²³.

Puede sostenerse razonablemente que la investigación penal –por decirlo gráficamente– es la puerta de entrada de la víctima al sistema penal, y la instancia donde inicia la investigación. Es clave para la primera impresión de la víctima ante el sistema de administración de justicia penal, y la imagen que aquélla se forme de éste, así como la posibilidad de que la víctima reconozca el interés y la protección que el sistema penal le pueda brindar ante el fenómeno del delito que le ha perjudicado sus derechos. Es precisamente en el génesis de la investigación penal donde la víctima toma –en muchos casos por primera y única vez– contacto con el funcionamiento de las agencias del sistema penal, y es aquí precisamente donde se puede iniciar la revictimización del ofendido por el delito, si los operadores del sistema no proceden de manera cuidadosa, responsable, profesional, humanitaria y objetiva ante quien acude como víctima de un hecho punible²⁴.

No debe perderse de vista que las instancias naturales de denuncias –Art. 261 CPP– son precisamente la policía –artículo 267 CPP– la Fiscalía –artículo 268 CPP– y los juzgados de paz –artículo 269 CPP–. Es en esas instancias donde la víctima entra en contacto con el sistema penal, por lo que el tratamiento que se le da a la víctima en todos esos lugares debe ser sobre todo un trato digno y humanitario. Ciertamente que los principios de estatalidad, oficialidad y objetividad gobiernan al ente fiscal y al policial; y que el principio de independencia e imparcialidad rige para los jueces, pero ello no significa que todos los agentes del sistema penal no puedan dispensar para quienes comparecen como víctimas a sus respectivas agencias un trato con dignidad, respeto y esmero, es decir con consideración²⁵.

En tal sentido, deben superarse la despersonalización en el trato a la personas que puede traer el ritualismo procesal y las funciones mecanizadas con que en muchos casos se desarrolla el trabajo de investigación del delito. Las víctimas deben ser tratadas de manera profesional, pues

23 Precisamente, debe señalarse que los cambios que se realizaron a la legislación penal, en materia de menores de edad afectados por el delito, aspira a alcanzar un nivel importante de menos victimidad secundaria en aquellas personas que indefectiblemente han de comparecer al proceso penal. Sobre esta línea de pensamiento ver: CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn. "El proceso penal con niñez víctima de delito". Versión explicada conforme a las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal de El Salvador. UNICEF. San Salvador El Salvador. 2009 pp. 16 a 17.

24 Por ello, es fundamental dispensar un trato adecuado a la víctima en estas instancias de primer contacto, teniendo presente que en muchos casos la persona afectada presentará una situación emocional crítica, sobre el particular es instructivo las orientaciones que se dan en el documento "Preguntas más frecuentes en la intervención policial con víctimas menores de edad de edad". UNICEF. San Salvador El Salvador. 2009 pp. 17 a 27.

25 Particularmente debe considerarse que en muchos casos el primer contacto de las víctimas menores de edad afectadas por el delito será con los agentes de policía de seguridad pública, pues usualmente son los primeros en reaccionar ante la comisión de un hecho delictivo y su respectiva noticia criminal a la autoridad, por lo cual, también en este nivel debe capacitarse adecuadamente a los agentes de policía, para que en esa primera intervención no vayan a generar un tratamiento que agudice el sufrimiento de las víctimas. Por ejemplo es ilustrativa la directriz de proceder con prudencia aun cuando se tenga que obtener información. Ver "Preguntas más frecuentes en la intervención policial con víctimas menores de edad de edad". UNICEF. Op cit. p 57.

ello hará disminuir los efectos de la revictimización y propiciará una mejor imagen de las agencias; debe tenderse a un trato personalizado de la víctima y no a un trato burocratizado; debe alejarse la visión del trato apersonal propio de las administraciones; debe mostrarse preocupación por el dolor de quien se dice víctima y por investigar con esmero el hecho que denuncia, sin que ello haga perder a los operadores su objetividad profesional en cuanto a los hechos que se investigan²⁶.

En este aspecto es clave la cuestión de coordinación que debe implementarse entre Policía, Fiscalía y Juzgados de Paz, respecto de la actividad que desarrolla el Instituto de Medicina Legal. Importan aquí peticiones claras respecto de las pericias que deben desarrollarse y cuál es la finalidad de las mismas, ello podrá evitar nuevas sesiones con las víctimas y la multiplicación de su revictimización. También se requiere que las áreas administrativas del Instituto de Medicina Legal y las de las pericias forenses, no obstante los principios de rigidez y de protocolización de sus actividades, no pierdan de vista el principio de personalización, tan vital en estas áreas para las víctimas, que se enfrentan ya a las intervenciones directas del Sistema Penal²⁷.

Cuestión fundamental en la atención a las víctimas son las entrevistas, pues este aspecto tan necesario y tan crítico no debe ser olvidado por quien ejerce esta actividad respecto de las víctimas. Normalmente estas actuaciones pueden ser desarrolladas por agentes de la policía, por fiscales, por peritos o aún por jueces; y es usual que la información sobre el hecho delictivo también se realice mediante la denuncia, actividad que también puede reconducirse a una forma de entrevista²⁸. En tal sentido, esta primera actividad es vital, pero debe ser desarrollada conforme a la metodología de las entrevistas, pues es la primera oportunidad que se tiene de lograr la mayor información posible sobre un hecho cometido, y una entrevista bien realizada evitará que la víctima sea sometida a la misma actividad, mediante otras entrevistas o

26 Sobre este aspecto debe tenerse muy en claro que aunque el delito afecta siempre a la víctima, no todos los delitos generarán la misma dosis de dolor, ni todas las víctimas los padecerán de la misma manera. Dejando de lado este último criterio, hay delitos que por su propia naturaleza son más aflictivos y degradantes para las víctimas. Los delitos que atentan contra la indemnidad sexual y los delitos que involucran violencia intrafamiliar son generadores de una especial forma de dolor, que puede agravarse por la intervención de las agencias de investigación del delito, por lo cual debe procederse de manera cuidadosa respecto de estos hechos, que en sí son más proclives para que se genere una mayor victimización. Para insistir en el tema, son los delitos de índole sexual, o aquellos que implican violencia familiar, los que supondrán una actividad probatoria más decisiva sobre la víctima, en muchos casos tales actividades de investigación implicarán la intervención corporal o psíquica respecto de los que han padecido un hecho delictivo de esta naturaleza. En este sentido, debe procederse con la mayor cautela posible, informando a la víctima sobre los actos que habrán de realizarse, y, en la medida de lo posible, sobre el procedimiento a desarrollar y sus implicaciones.

27 CEMUJER "Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el Sistema Judicial: Aportes desde El Salvador" Op. cit. pp. 47/49.

28 Un buen uso de la técnica de la entrevista es la expuesta en GÓMEZ MORAN Lilian. "Temas de importancia en la investigación de los delitos sexuales contra personas menores de edad de edad". Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000 p 18 a 25.

ampliaciones, que pueden resultar en detrimento para la víctima, al exponerla a una mayor revictimización²⁹.

Otro aspecto sumamente importante son los actos de investigación de elementos de prueba sobre el cuerpo de las víctimas, sobre todo en aquellos casos en los cuales se investigan delitos de orden sexual. Debe reconocerse que no obstante la imperiosa necesidad de las prácticas de tales actividades con fines probatorios, los mismos son fuente directa y un mecanismo seguro de la revictimización. Normalmente esta actividad, además de victimizar nuevamente al sufriente, implicará una afectación de los derechos fundamentales del mismo, por lo cual, estos actos se encuentran limitados por el principio de proporcionalidad. Ello implica que los mismos deben desarrollarse sólo cuando sean estrictamente necesarios, y deben ser realizados de la forma más digna y profesional³⁰.

Una actividad que por antonomasia se desarrolla en los delitos de naturaleza sexual, es la pericia de reconocimiento médico en el cuerpo de la víctima. Dichos reconocimientos, en muchos casos, son inevitables, por cuanto la intervención corporal sobre la víctima del hecho es la

29 Si la actividad de la entrevista es de por sí compleja y uno de los mecanismos de posibilidad de revictimizaciones, cuando el delito es de índole sexual o implica maltrato o violencia intrafamiliar, esta actividad es mucho más delicada, puesto que casi siempre se generaran mayores daños a la víctima, por lo cual, ante lo necesario de esa actividad, debe procederse con absoluta responsabilidad y profesionalismo. Para evitar que la entrevista no alcance los objetivos esperados, debe, en estos casos, evitarse la duplicidad de las entrevistas. El policía entrevista a la víctima, la entrevista el agente investigador, la entrevista el agente fiscal, la entrevista el médico forense, la entrevista el psicólogo forense, la entrevista la trabajadora social, la entrevista el juez. Es aconsejable desarrollar métodos de coordinación en estas áreas, para evitar el fenómeno de la multi-entrevista. No es aconsejable, tampoco, que la víctima sea llevada de audiencia en audiencia, pues ello implica un mayor desgaste y revictimización para las víctimas, y sus aportes son mínimos en esas etapas del proceso. Su presencia es más ritual que decisiva. En sistemas con tendencia oral, en el cual se desarrollan audiencias, la víctima no debe comparecer sino a la audiencia de vista pública, a menos que sea propósito alcanzar una salida alterna o rápida del sistema penal.

30 Lo anterior se vuelve más complejo cuando se trata de una persona que es niño o adolescente y sobre la cual se ha ordenado la práctica de una intervención corporal. En estos casos no debe procederse en contra de la forzosamente práctica del acto, porque ello podría implicar un acto de desproporcionalidad de la medida de coerción, pues aunque normativamente podría adoptarse tal decisión –art. 200 inciso segundo– no debe olvidarse que esa norma se derivó en el proceso de formación de ley de una observación presidencial, y se encuentra, en todo caso, limitada por el principio de dignidad humana que se encuentra establecido en el artículo 3 del Código Procesal Penal, y el cual se deriva directamente de la Constitución –art. 1 Cn–. Sobre el particular ver: SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto, DÍAZ CASTILLO Marco Tulio, RIVERA MÁRQUEZ Sergio Luis. “Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. A Nivel jurisprudencial sobre tal aspecto se ha dicho: “De tal manera que lo atinente a los padres de la menor de edad se encuentra acreditado con prueba de carácter documental, la cual es pertinente y útil para acreditar tal circunstancia. En tal sentido, el establecimiento de la paternidad respecto de la menor de edad se encuentra respaldado en un medio legal de prueba legalmente establecido. Si ello es así, la solicitud de intervención corporal para extraer fluidos que sirvan posteriormente para una prueba pericial de comparación genética, que es un acto de intervención más lesivo, resulta innecesario, por cuanto ya concurre un medio de prueba que puede generar conocimiento suficiente sobre esa particular circunstancia y en tal sentido no concurre necesidad de esa actividad de intervención personal, en detrimento de los derechos fundamentales de la menor de edad y aún del imputado [...] En razón de ello, la valoración que el juez de conocimiento realizó para denegar el acto en virtud del principio del interés superior del niño, encuentra respaldo en el plano valorativo, habida cuenta que tal principio indica que las decisiones de las autoridades públicas –en este caso– deben priorizar el bienestar de los niños”. Sentencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de las once horas y quince minutos del veintiséis de septiembre de dos mil once.

fuelle más importante para descubrir elementos de prueba³¹. Pero tal práctica médica, si no se trata de la forma adecuada, puede convertirse en una actividad sumamente humillante, que podría generar más daño o aún mayor al hecho que se investiga.

Para tratar de disminuir el impacto de esta actividad se recomienda:

(a) Que la víctima sea correctamente orientada e informada de la actividad que se va a desarrollar, cuál es su naturaleza y los objetivos que se persiguen. En resumen, que se explique a la víctima en que consiste un acto de reconocimiento y por qué se realiza.

(b) Debe haber una presentación del médico legista que practicará tal acto, así como del personal asistente. Debe insistirse en que, no obstante la condición de perito del actuante, también es una persona que ejerce una forma especial de medicatura, ello implica, sin que sea absoluto, que se mantenga la relación paciente-médico³².

(c) La persona de la víctima debe ser informada en todo momento del procedimiento que se realiza. La información inicial en estos casos es clave, si es necesario debe ser iniciada por el agente de policía o el fiscal, y completada por el médico forense.

(d) Debe mantenerse siempre un trato digno respecto de la víctima, evitar comentarios y actitudes reñidas con los actos que se desarrollan. La necesidad de un trato digno es imperativa en todos estos casos, pues los operadores del sistema penal deben cuidarse de deshumanizar a la víctima.

(e) Los reconocimientos deben ser realizados en las mejores condiciones posibles que se tengan. Las muestras que se obtengan deben ser escrupulosamente preservadas, bajo el estricto control de cadena de custodia. Los ambientes en los cuales se practique la pericia deben estar acondicionados para generar tranquilidad a la víctima. Sólo para señalar un ejemplo, el color con el cual estén decoradas las estructuras físicas es algo que impacta en la víctima, como lo informa la psicología de ambientes y diseños.

(f) En todo lo posible, si la víctima es femenina debe realizar esta actividad un perito del mismo sexo, de no ser posible debe haber personal femenino en apoyo del médico. Ello siempre debe ser priorizado, y las decisiones administrativas que se tomen al respecto deben poner énfasis en estas circunstancias. Por ejemplo, debe ser previsto que en los turnos de la noche haya siempre dispuesto personal forense femenino para la atención de los casos de agresión sexual.

31 Sobre las implicaciones médico legales en relación a hallazgos de carácter probatorio, mediante la pericia ver. ACHÁVAL Alfredo. "Manual de Medicina Legal. Práctica forense. Tomo II. Sexta edición ampliada y actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2005 pp. 845 a 854.

32 Altamente ilustrativo sobre el particular ACHÁVAL Alfredo "Delito de Violación". Estudio Médico legal y jurídico. Tercera edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998 pp. 281 a 289.

(g) La víctima tiene derecho a que una persona de su confianza asista al acto de la pericia, como observador de la misma. Ello es independiente a todo el personal técnico que esté presente, el cual es conveniente señalar que debe de ser el estrictamente necesario.

(h) Si la víctima se niega completamente a someterse a la intervención corporal, no puede ser obligada a la práctica de la misma. La víctima está amparada aquí por sus derechos fundamentales, y por el mismo principio de proporcionalidad ante una negativa absoluta de la víctima, estando la misma debidamente informada ha de respetarse su derecho a no ser objeto de prueba.

(i) Si a consecuencia de una actividad de la víctima se ha perdido evidencia, no debe recriminársele por ello. Usualmente muchas víctimas no tienen conocimiento de cómo actuar en casos de ser agredidas sexualmente para preservar evidencia importante. Este déficit les es imputable al estado en sus diseños de políticas públicas de persecución del delito, en cuanto no informar debidamente de ellos a los gobernados. En razón de lo anterior, la víctima es la última persona a quien puede recriminarse la pérdida de evidencia, esta conducta debe ser evitada.

2.2 La calidad de víctima en el procedimiento

Cuestión importante es determinar la calidad de víctima que se estructura en el Código Procesal Penal, por cuanto a partir de la determinación legal de víctima es que el menor de edad podrá ejercer determinados derechos previstos específicamente en el ámbito procesal. En el artículo 105 CPP se incorporan diversos supuestos en los cuales una persona pueda quedar comprendida como víctima de un delito. La noción conceptual de víctima tiene una vital importancia de cara al ejercicio de determinados derechos que sólo se le conceden a este sujeto procesal, por lo cual es importante su determinación.

Ciertamente, el Código adopta, respecto de las víctimas, una construcción restringida en cuanto a la titularidad de ese estado ante el proceso penal, por cuanto limita esa calidad a las personas directamente ofendidas por el delito, ello indica en principio una tutela personal de la víctima en relación a la ofensa del delito por derechos individuales personales³³.

Sin embargo, para garantizar una mejor protección de los derechos de infantes y adolescentes, el Código diseña un sistema diferenciado de ejercicio de derechos, uno de ellos se erige sobre el concepto de víctima y los concretos derechos que éstas tienen. Pero respecto de los menores de edad se erige una serie especial de derechos que permite un ámbito de mayor protección,

33 En este marco la niñez y la adolescencia tendría un nivel adecuado de protección, en relación a la tutela de sus bienes jurídicos de carácter individual, por cuanto la ofensa del hecho punible respecto del derecho afectado genera la calidad de víctima del menor de edad, independientemente de su edad. Ello supone, en el ámbito del ejercicio de sus derechos, una apertura de protección, por cuanto siendo el menor de edad víctima del delito puede ejercer todos los derechos que la ley le reconoce, tanto si tiene capacidad suficiente para ello en razón del reconocimiento del ejercicio progresivo de sus facultades y de los derechos de participación –arts. 10, 92, 94, por ejemplo de LEPINA– o por representación cuando sus facultades mentales o cognitivas no le permitan hacer uso pleno de esos derechos.

sobre todo dirigido a reducir los niveles de victimización secundaria y terciaria³⁴; empero, para garantizar de mejor manera la tutela de los derechos de los menores de edad, aún para aquellos que no tengan calidad de víctima, cuando tengan que comparecer a prestar declaración como testigos, se establece una forma especial de interrogatorio, que ya no se encuentra fundado en la calidad únicamente de las víctimas, sino en atención a la minoridad de la persona, la cual comprende tanto a los niños como a los adolescentes³⁵.

Este sistema diferenciado permite generar un ámbito de mayor protección para los menores de edad, por cuanto, no obstante que alguno de ellos no pudiese ostentar la calidad de víctima del delito por la determinación directa que establece el artículo 105 del Código Procesal Penal, no por esa razón en lo tocante a los interrogatorios se encuentra menos protegido, porque la esencia de la tutela en los interrogatorios no radica en la calidad de ser víctima del delito, sino en la que el testigo es una persona menor de edad de edad, y por ello su tratamiento es diferenciado en atención a la mayor protección que debe concedérsele³⁶.

2.3. El fundamento del interés superior del menor de edad víctima del delito

Cuestión sumamente importante es la determinación del principio del interés superior de los menores de edad, aquí vinculado especialmente a su posición de víctima del delito, y a los ámbitos de interpretación que se podrían generar a partir del reconocimiento de dicho principio, de manera expresa en la legislación procesal penal³⁷. Ante dicho reconocimiento se tratará de esbozar los principales aspectos que inspiran a este principio para dotarlo de contenido respecto a la temática que se desarrolla.

Debe indicarse que la conceptualización del interés superior de los menores de edad tiene el reconocimiento de ser identificado como principio rector que se utiliza como criterio de interpretación para la ponderación de otros derechos y de otras normas³⁸, inclusive algún sector

34 Sobre ellos CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn. "El proceso penal con niñez víctima de delito". Op cit. p 34 y ss.

35 Así, el artículo 213 CPP que tiene acuñado una especial forma de interrogatorio bajo el epígrafe de "Interrogatorio de personas menores de edad de edad".

36 Digamos que en este aspecto se cumple con lo prescrito en los artículos 5 y 11 de LEPINA que establecen el marco de aplicación de los derechos teniendo a los niños y adolescentes como sujetos de los mismos, y el principio de igualdad, con la prohibición de no discriminación.

37 Ciertamente es que el principio del interés superior tiene un amplio reconocimiento en toda la normativa de la infancia, el mismo se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3.1.; y el mismo se encuentra extensamente detallado en el artículo 12 de LEPINA, no obstante lo que su articulación expresa en el número 10 (a) del artículo 106 del Código Procesal Penal, permite un mayor ámbito de aplicación.

38 Ello se ha interpretado así respecto de la normativa sobre los derechos del niño: "Se trata de asegurar por parte de los Estado que, en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte a la infancia y adolescencia, han de tenerse en cuenta de forma prioritaria sus intereses" OCHAITA Esperanza "Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia". Universidad Autónoma de Madrid. España. 2000 p 433. En cuanto a LEPINA la exposición de motivos indica sobre el punto: "Este es un principio de interpretación y aplicación de la ley, de obligatorio cumplimiento y significa que la niñez y adolescencia están primero. Cuando existe conflicto entre derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes frente a derechos e intereses igualmente legítimos de los adultos prevalecerán los primeros.

de la doctrina ha entendido que el principio del interés superior constituye una especie de “principio general de discriminación inversa”, lo cual refleja una posición especial del menor de edad ante el Estado que asume un ámbito de responsabilidad subsidiaria para el cumplimiento de sus derechos³⁹.

Precisamente, la consideración de principio guía se estructura sobre una visión del niño como sujeto de derechos, es decir como persona moral con un contenido independiente de intereses. Es más, la posición originaria del interés superior, según el Comité de los Derechos del Niño, es que éste constituye uno de los principios guías del acuerdo y por ello se deriva de él su carácter de rector de la interpretación de otras disposiciones.

También debe indicarse que uno de los contenidos más sustantivos del principio del interés superior, sobre todo del enunciado estatuido en el artículo 3 de La Convención sobre los Derechos del Niño, es dar sustento a la dimensión de dignidad humana del niño, generando una estructura diferente, centrada en la autonomía del menor de edad como ser humano⁴⁰. Sin embargo, los alcances del principio siempre han representado una dificultad en cuanto a los límites de su aplicación, sobre todo por los alcances de su contenido que parecería demasiado indeterminado, lo cual se explica cómo razonable debido a los diferentes contextos que pueden cimentar el concepto de niñez⁴¹.

Como quiera que sea, es importante indicar que el interés superior de los niños y adolescentes, reconocido como insertado en los derechos de ellos cuando concurren como víctima del delito, significará un aspecto a apreciar en las decisiones que las autoridades del Estado tomen en relación al ejercicio de los derechos de aquellos⁴². En tal sentido se debe priorizar la mejor tutela para el cúmulo de derechos que se reconocen a los menores de edad como seres humanos, respecto del ejercicio de derechos de otros intervinientes en el proceso penal, cuestión que,

39 En tal sentido se sostiene: “Se trata del principio del “interés superior del niño”, que convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores o responsables incumplen estos deberes, y que se enuncia como principio inspirador de las conductas de las instituciones privadas o públicas, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos”. HIERRO Livorio L. “¿Tienen los niños derechos?”. Comentarios a la Convención sobre los Derechos del Niño. Revista Educación. Número 294. Madrid. España. 1991 p 232. La articulación del principio del interés superior del niño no se agota en el artículo 3 de la Convención, también resulta previsto en los artículos nueve, dieciocho, veinte, veintiuno, treinta y siete y cuarenta.

40 En efecto, las restantes disposiciones en las cuales aparece vinculado el principio del interés superior, determinan una vinculación respecto de otros derechos relacionados a la pertenencia del niño a la familia, y ello es así, salvo en los artículos 3 y 37 (e).

41 Los aspectos de origen de esa indeterminación se han justificado en la complejidad del “ser” del niño, así se dice: “Creo que una de las causas de esta ambigüedad radica en que lo que finalmente define este interés superior deriva de la concepción del niño, de sus capacidades, y de sus necesidades, que dista mucho de ser homogénea y se encuentra influida en cada sociedad por una gran variedad de factores culturales. GONZÁLES CONTRÓ Mónica. “Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación. Universidad Nacional Autónoma de México. 2008 p 404.

42 Una buena propuesta de tratamiento de las niñas, niños y adolescentes sobre la base de este principio y de otros en CEMUJER. “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador” Op. cit. pp. 64/67

además, es obligatoria para la autoridad, incluida la jurisdiccional que tenga que tomar decisiones en relación a la niñez o adolescencia⁴³.

3. La intervención penal frente a los niños y adolescentes

3.1. *El tratamiento del proceso como factor de victimización secundaria para infantes y adolescentes*

Es una realidad que ante los casos de niños y niñas que han sido sexualmente abusados⁴⁴, no es infrecuente encontrar que la intervención desde las instituciones del Estado tenga efectos nocivos respecto de los menores de edad que han sido víctimas de los delitos enunciados⁴⁵; o mejor dicho en otras palabras, que irreductiblemente lo que debería restaurar causa un daño de mayores dimensiones. Lo anterior puede generar más graves perjuicios si las políticas que se adoptan por todas las instituciones que desarrollan actividades en estas áreas ignoran o no comprenden adecuadamente el problema, y si no son conscientes del mismo. El daño del sistema penal es irreductible, pero el mismo creo que puede ser eficientemente manejado, desde una perspectiva profundamente humana para causar un menor de edad perjuicio a las víctimas.

Una política de gestión basada en la persona, en el respeto, la compasión, la dignidad, y la comprensión, es una buena opción para que todos los agentes del sistema penal desarrollen sus diferentes labores, teniendo en cuenta la importancia que merece la víctima. Lo anterior no debe perderse de vista, porque en la realidad el formalismo, la ritualización, la rutina de las funciones y actividades que se desarrollan representan un factor importante para deshumanizar al personal del sistema penal; y a su vez deshumanizar el tratamiento que se les brinda a las víctimas, ello puede tener un mayor énfasis en las víctimas de delitos sexuales⁴⁶.

43 Es más, la forma en que en la LEPINA se determinan los ámbitos de ponderación para una aplicación más concreta del interés superior nos parece una buena guía, para mejorar su aplicación al efecto, el artículo 12 expresa: "Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados en forma concurrente los elementos siguientes: a) La condición del sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; b) La opinión del niño o adolescente; c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social del niño, niña o adolescente; e) el parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal según el caso; y f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y que menos derechos restringe por el menor de edad tiempo posible. La consideración de este principio es obligatoria para toda la autoridad judicial, administrativa o particular.

44 Nos referimos a toda clase de delito sexual como violaciones, agresiones sexuales, estupros, acosos sexuales, corrupción de menores de edad, prostitución, pornografía y actos de favorecimiento o de inducción de los mismos, pero esos daños pueden derivarse de cualquier clase de delitos que afecten al menor de edad directa o indirectamente, y que por ellos tenga que comparecer a rendir una declaración.

45 Bajo el enfoque de la "Tradicional desconsideración de la víctima" aborda Laurrari en un área determinada de la criminalidad esta problemática. Ver LARRAURI Elena. "Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias" en Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 16 N° 22. Septiembre 2004. San José. Costa Rica. 2004 p 13.

46 Precisamente, dichos males y tratos deshumanizados suelen resultar de la aplicación de procedimientos excesivamente formalizados y automatizados, en los cuales los agentes del sistema penal tratan a las víctimas, como un "dato" o "caso" más de los que les toca conocer por su vinculación al trabajo. De ahí que la mera constatación, la entrevista rutinaria, el chequeo superficial, el caso del día, son aptitudes que comprometen la buena función de los encargados de las agencias del sistema

Este panorama puede ser agudizado cuando entran en contacto con víctimas, empleados administrativos que desarrollan labores de apoyo de otros funcionarios del sistema penal, y quienes con su conducta pueden agudizar los sufrimientos que ya padecen las víctimas como consecuencia de la victimidad sufrida por el delito. Especial atención merece el hecho de personas que desarrollen actividades no especializadas para el tratamiento de menores de edad, y sobre todo que aquellos que han sido víctimas de delitos sexuales puedan ser trasladados mecánicamente a trabajar con niños, con lo cual contradice la búsqueda de su bien e interés superior, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁷.

El tratamiento de menores de edad en las agencias del sistema penal es una cuestión compleja que debería ser asumida con la debida responsabilidad, por los encargados del diseño de las políticas públicas de intervención del delito. La realidad nos demuestra una abundancia de casos en los cuales los niños como víctimas del delito tienen que entrar en relación directa con las agencias del sistema penal, y es preocupante que el personal de las mismas no se encuentre suficientemente capacitado para saber cómo tratar a un menor de edad en las condiciones de víctima de un delito⁴⁸, y sobre todo de aquellas conductas criminales de índole sexual⁴⁹. Esto se vuelve más crítico cuando se trata de recibir entrevistas a los menores de edad, y cuando se debe rendir su testimonio. En este último caso, el establecimiento de que el interrogatorio de los testigos por regla general se realiza mediante una técnica similar al *cross examination* puede generar graves perjuicios, cuando no se tiene claro que los menores de edad son la excepción a esa regla.

Debe tenerse en cuenta, respecto de la intervención con niños y adolescentes, que la respuesta que brinden las agencias del sistema penal, sobre todo cuando el hecho recién a sucedido, y

penal, respecto de la atención que deben brindarse a las víctimas. En cuanto a los malos tratos que se infligen de manera institucional es aleccionador lo que se expone en CEMUJER: "Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador". Op cit. p 17.

47 Además del rango de norma internacional, entre nosotros el principio de interés superior se encuentra establecido en el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia con un amplio desarrollo.

48 En tal sentido LÓPEZ ORTEGA Juan José. "La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal", en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol.III. Septiembre-Diciembre.2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001 p 245

49 Empero, todas la etapas de la intervención penal pueden generar una mayor victimidad en los infantes y adolescentes. Precisamente por ello debe afirmarse que la yuxtaposición de objetivos jurídicos, de investigación, psicosiquiátricos, pedagógicos, médicos, sociales, sin una matriz que les dé coherencia ad-intra y ad-extra son una fuente que permite no sólo desarrollar, sino también profundizar el fenómeno de la victimización secundaria. De ahí que cuando surge el evento de la coincidencia de los diversos intereses profesionales, que implica la concurrencia de diversos profesionales, sin una metodología previamente consensada y definida de cómo actuar y tratar con la víctima, con su sufrimiento y los problemas que se originan en todo su ser a consecuencia del delito, los efectos que pueden derivarse de la revictimización pueden ser muy graves. La confluencia de todos estos intereses resulta legítima. El foco del problema es cómo se conduce esa múltiple actividad para lograr los fines profesionales en relación a la investigación del delito y al tratamiento de la víctima, causándole el menor de edad daño posible. Ciertamente, si no se planifican en protocolos de intervención todas las actividades que se desarrollan por el personal de las agencias del sistema penal, toda la superposición de revisiones médicas, de entrevistas, de declaraciones, de evaluaciones, de comparecencias a las audiencias, ciertamente saturarán por cantidad, pero no profundizarán en calidad de lo actuado y del tratamiento que se le dispense a la víctima.

cuando las víctimas tienen su primera interacción con los funcionarios y empleados del sistema penal, es clave para reducir su dolor⁵⁰. Y para instarlas a una colaboración respetuosa e informada, respecto de los actos que se desarrollarán en el procedimiento de investigación, procesamiento hasta el enjuiciamiento de los hechos. Lo anterior requiere de un aspecto clave, la uniformidad de los procedimientos que permitan asistir y tratar a las víctimas de una manera digna y compasiva, con la mayor diligencia profesional en las actuaciones que se desarrollen y en las cuales la víctima comprenda que ella tampoco es un objeto en el procedimiento sino un sujeto del mismo, es decir una persona con derechos⁵¹.

Lo anterior supone un nuevo reto para el desarrollo de las políticas públicas en la investigación criminal, que sobrepasan las meras reformas legales. Es necesario que se puedan articular dispositivos eficaces para cuestiones del orden del respeto por los derechos humanos del niño, porque la victimización secundaria produce un nuevo daño psicológico sobre el cual debe tratar de reducirse en lo posible⁵². La cuestión no sólo atañe a la reforma de leyes, deben modificarse profundamente las pautas de comportamiento de las personas que laboran para el sistema penal, y es necesario que las mismas estructuras físicas de las instituciones tengan áreas especializadas y funcionales para un tratamiento diferente de las víctimas que por su edad quedan comprendidos en los rangos de niñez y adolescentes.

3.2. Victimización y Revictimización: aspectos concretos respecto de niños y adolescentes

Hemos sostenido que tanto la victimidad⁵³ como la revictimización no puede ser erradicada, aspirar a ello sería no sólo una aporía, sino también una especie de maniqueísmo, que no

50 Como manifestaciones traumáticas que se evidencian en los momentos recientes al suceso del trauma causado por la ofensa delictiva y que deben ser conocidas por los operadores para dar una correcta atención a las víctimas se puntualizan: a) Incapacidad para reaccionar adecuadamente a los estímulos externos, con un embotamiento emocional que le convierte en especialmente manipulable y frágil; b) Trastorno de la conciencia, con sentimientos de extrañeza respecto a lo que le rodea y respecto de sí misma, con escasa capacidad para reconocerse a sí misma en el contexto; c) Trastornos de la memoria, que le impiden recordar adecuadamente aspectos importantes en relación con los hechos; d) Aislamiento del entorno y falta de interés, que le puede impedir una adecuada valoración respecto de la importancia del hecho y de sus consecuencias. QUEREJETA CASARES Luis Miguel. "Las Víctimas y los daños personales derivados del ilícito penal" en "Las Víctimas en el Proceso Penal". 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000 p 65.

51 La relación que se desarrolle entre las víctimas de los delitos –con énfasis en niños y en delitos sexuales– debe estar cimentada sobre la base del respeto, el buen trato, la cordialidad y el esmero profesional para realizar de manera eficiente todas las labores de investigación y apoyo para las víctimas. Pero además se deben utilizar todos los recursos disponibles para que el aseguramiento de la evidencia no descansa en métodos formalizados. Debe haber una adaptación que, respetando la esencia de las formas, permita un ambiente menos hostil para las víctimas.

52 Respecto de esta cuestión ver. GALLEGO Juan Pablo. "Desprotección integral y revictimización de niños, niñas y adolescentes en la investigación del abuso sexual infantil" en AA. VV. Abuso Sexual en la Infancia. 3. La revictimización. (Jorge R. Volnovich Comp.). LUMEN. 1ª edición. Buenos Aires. Argentina. 2008 pp. 150 a 157.

53 Sobre la victimidad algunos aspectos traumáticos que se han observado en relación a delitos sexuales son los siguientes por ejemplo: a) Vergüenza; b) Echarse la culpa; c) Subyugación; d) Odió mórbido; e) Gratitud paradójica; f) Deshonra; g) Inhibición sexual; h) Resignación; i) Herida o lesión secundaria; j) Caída en status socio-económico. FARIA-COSTA Zelia. GOLDBARD Lillian en Seminario-Taller "Tratamiento Psicológico de Víctimas de Abuso Sexual". San Salvador. El Salvador. Junio 2002.

permitiría comprender completamente el problema de la victimización originada a consecuencia de la intervención del sistema penal⁵⁴.

Por el contrario, los efectos que se causan por la victimización secundaria, los cuales se encuentran vinculados a los perjuicios causados por la victimización primaria, son efectos nocivos del orden de la salud en toda su extensión, tanto la somática como la psíquica y mental; así como las afectaciones que se vinculan al sistema de representaciones sociales que regulan las conductas cotidianas del niño; y que tienen una connotación importante por que inciden en la formación de la personalidad de los infantes⁵⁵.

Los operadores del sistema penal deben ser conscientes y no deben desconocer que la victimización secundaria promueve la actualización de lo sucedido, a tal punto que configura una nueva experiencia traumática difícil de explicar o justificar, desde toda perspectiva. Sin embargo, esta relación proceso-víctima no puede ser evitada en los sistemas jurídicos actuales, por ello, la opción es la reducción sensible de los efectos traumáticos que se producen por la revictimización, y ello sólo es posible articulando unas formas de actuaciones que permitan que la víctima no sea expuesta de manera múltiple a los efectos del recuerdo del evento criminal⁵⁶, y que la forma en la cual se rinda el testimonio implique una menor de edad lesividad a los niños y adolescentes⁵⁷.

54 En este punto debe indicarse que erradicar la revictimización no es posible, se pretende únicamente reducir los niveles de victimidad secundaria, porque ello es compatible con la realidad en el actual estado de cosas; el darse cuenta que el sistema penal causa daños a las víctimas y que estos perjuicios pueden ser reducidos, es parte de una correcta intelección del problema, porque la revictimización no implica únicamente un malestar en la víctima que puede ser erradicado como una especie de enfermedad. Una mejor comprensión del fenómeno de la victimización secundaria implica reconocer que el concepto de es te tipo de victimización no comprende solamente el interés por evitar, que los menores de edad que sufren las consecuencias de un delito –con énfasis en conductas sexuales– “se sientan mal” durante su interacción con las agencias del sistema penal y con las diferentes intervenciones que los funcionarios o empleados verifiquen; es decir, la reducción de la victimidad no se corresponde con lograr un bienestar momentáneo o neutralizar un malestar transitorio, ello es importante pero no agota los fines de reducir el fenómeno de la revictimización, el cual debe ser visto en un enfoque de mayor contexto.

55 Para comprender lo que significa una experiencia traumática, ella debe ser confrontada con marcos teóricos complejos que incluyen diversas categorías, *vervi gratia*, el síndrome de estrés post traumático –conocido como Post Traumatic Stress Disorder– que constituye esencialmente una categoría psiquiátrica o la neurosis traumática, que se vincula con clasificaciones psicoanalíticas. Sobre el abundamiento de ambas afectaciones puede intentarse una cabal comprensión de la victimización secundaria como categoría tras-disciplinar, lo cual demuestra la necesidad de articulaciones de políticas en ese mismo sentido. En cuanto a las afectaciones de este tipo de síndrome se abundará en un respectivo apartado.

56 Sobre lo anterior debe tenerse en cuenta que los procesos de revictimización generan nuevas situaciones traumáticas, y mientras más se repitan más se renovarán causando daño a la víctima, por ello no debe perderse de vista que estas experiencias de revictimización se encuentran estrechamente asociadas con lo aterrador, espanto que luego se revive en juegos, pesadillas, disturbios en el rendimiento escolar, en las relaciones con sus padres, etc., por lo cual el diseño de la política institucional que habrá de articularse debe ser homogéneo y consensado, a efectos de reducir al mínimo la reiteración del evento traumático.

57 Y es que ciertamente la falta de adecuación en los dispositivos institucionales, la falta de planificación, de organización, de la articulación de políticas comunes a cada uno de los sectores del sistema penal, genera un grave daño a las víctimas. El fenómeno que resulta en este caso es el de la inversión del juicio; en el sentido que, siendo gobernadas las instituciones públicas por funcionarios adultos, sus esquemas, preocupaciones, valoraciones y juicios y asunción de decisiones se hacen con un esquema de personas adultas, comúnmente desde irreprochables derivaciones lógicas lineales, que lastimosamente

3.3 Sistema penal, infancia y adolescentes

La cuestión de la revictimización de los infantes y jóvenes, es todavía mucho más compleja, dado lo particular de la personalidad de ellos, todavía en formación. De ahí que los daños que el proceso puede causarles debe ser reducido al margen mínimo, ello porque el sometimiento al rito procesal puede generar un mayor daño y desencadenar efectos nocivos para los afectados por el delito, lo cual se podría acentuar con su desarrollo síquico-somático⁵⁸. Ante esta realidad, la reflexión victimológica se ha desarrollado significativamente en los últimos años, sobre todo respecto de los abusos de menores de edad, y de las consecuencias nocivas que implican el sometimiento de los casos al sistema enal. Precisamente ello ha dado lugar a compromisos internacionales y a una producción científica que prueba la importancia de este campo trasdisciplinar⁵⁹.

En el caso de niños que han sido sexualmente abusados, no es extraño encontrar que la intervención desde el Estado tenga efectos nocivos, o sea que, el perjuicio que se puede causar a los menores de edad en su contacto con los sistemas judiciales, es mucho más perjudicial, que la misma conducta delictiva⁶⁰. Lo anterior tiene una mayor sobredimensión cuando los mass media generan una publicidad indiferente al interés del menor de edad, que en esencia permite su identificación y posterior revictimización terciaria.

Es por ello que en lo atinente a la agencia del sistema de la judicatura y de las partes procesales, se debe tener en cuenta por todos los operadores del sistema que la declaración de los menores de edad es un acto diferente al de los adultos, que constituye un testimonio extraordinario, y que

no incorporan la no tan lineal –y por ende más real– razón de los menores de edad, que tienen su propia dimensión y valoración a la cual se debe también atender, y es que para el niño lo relevante no necesariamente es lo que es relevante para el adulto. Y, en definitiva, la búsqueda del “bien superior del niño” nunca es tal, si no considera la situación problemática desde la perspectiva del propio niño.

- 58 Inclusive debe señalarse que cuando el infante tiene una corta edad, en principio los daños derivados de la conducta delictiva podrán no ser completamente comprendidos, y, sin embargo, la relación con el proceso penal, de alguna manera podrá ir creando en el menor de edad el sentido de daño o perjuicio, lo cual podría ser más negativo para su desarrollo.
- 59 Desde esta visión ha surgido la caracterización del Derecho Minoril Victimal, el cual se define como “el conjunto de principios, valores, normas y procedimientos jurídicos (locales, nacionales e internacionales), tendientes a requerir, posibilitar y controlar las prerrogativas y pretensiones de las víctimas menores de edad de delitos sexuales”. En este contexto general, la problemática específica de la niñez victimizada por vía de delitos de carácter sexual ha tomado, progresivamente, una importancia trascendental, en las agendas de las políticas públicas de seguridad, así como en el desarrollo de las políticas criminales y penales de las distintas regiones del mundo. Para ello, debe advertirse que cada vez más los niños y las niñas son víctimas de la delincuencia organizada, y que los niveles de victimización, en conductas delictivas como trata de blancas, turismo sexual, pornografía por Internet, sexo perceptivo, prostitución, hacen énfasis en la población de infantes y púberes.
- 60 Por así decirlo, el hacinamiento de profesionales, la superposición de revisiones médicas, la multiplicidad de entrevistas que rebosan por su cantidad pero no por su calidad, las precarias condiciones de los lugares en los cuales se desarrolla la actividad de investigación y de juicio, con ambientes no solo inapropiados sino que también hostiles a las víctimas menores de edad, los negativos efectos de la institucionalización de menores de edad víctimas, que cuando son agredidos por sus propios progenitores son llevados a lugares de protección, en los cuales se sienten –encarcelados–, la falta de una política predecible y segura de atención a largo plazo para los menores de edad víctima de agresiones sexuales hace que el contacto de los menores de edad con las agencias del sistema penal sea crítica, y en muchos casos una mayor fuente de victimización.

debe ser valorado conforme a esos parámetros. Que el menor de edad por su condición no puede ser asimilado con los adultos, y que su testimonio debe ser tomado en condiciones diferentes⁶¹.

Ante este panorama, debe tenerse en cuenta que la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha sostenido que: “Los medios probatorios tradicionalmente empleados a nivel judicial resultan poco apropiados e insuficientes para constatar la realidad del afectado, produciéndose, muchas veces, una nueva situación de maltrato, conocida como victimización secundaria. Es necesario desarrollar otros métodos de acreditación de los hechos para enfrentar el ocultamiento y la distorsión que generalmente hace el adulto”.

De ahí que debe ponderarse cuidadosamente, si es conveniente y necesario, que un niño rinda su testimonio, es decir si exponerlo a tal actividad es proporcional al perjuicio que podría sufrir por los aspectos de la revictimización. Por ello, en cuanto sea posible deben reducirse el número de entrevistas al menor de edad, este es un aspecto que debe vincularse a la obtención de su declaración bajo parámetros que permita posteriormente su plena valoración probatoria, por cuanto la exposición de la persona a diversas declaraciones aumenta la revictimización del mismo, generando graves perjuicios⁶².

4. El testimonio y el interrogatorio de los niños y adolescentes en el proceso penal

4.1. Bases introductorias a la declaración de menores de edad

Cuestión aparte es el tratamiento que corresponde a menores de edad que han sido objeto de delitos, y con mayor especificidad que han sido injuriados por conductas criminales de connotación sexual. En estos casos, debe indicarse que los menores de edad gozan, por su condición de tales y en virtud del principio de igualdad, por la cláusula de diferenciación, de un trato desigual a los adultos. Por lo cual, siendo la víctima un niño, es más prevaleciente el derecho de ésta a no ser careada con el ofensor, con lo cual la declaración de los infantes debe

61 En tal sentido, debe entenderse que las declaraciones de infantes y aún de adolescentes deben ser realizadas de una manera diferente y adecuada que garantice la menor de edad afectación de las víctimas como consecuencia de su declaración. De ahí que en estos casos resulta plenamente justificado que dicha testificación sea sin la presencia del acusado, y que se rinda en ambientes no hostiles, para lo cual es clave la estructura arquitectónica judicial, por cuanto las salas de juicio ordinarias no son compatibles para que un niño rinda testimonio. Estos aspectos en la nueva legislación procesal han sido establecidos precisamente para generar un marco de mayor protección a esta clase de víctimas.

62 En tal sentido, debe potenciarse la entrevista unificada para los actos de investigación y la declaración en juicio cuando sea necesario, es por ello que la búsqueda de la prueba de carácter técnico en estos casos es vital que sea realizada escrupulosamente. En tal sentido, afirmamos que si el testimonio del menor de edad es necesario que se rinda en juicio, tal actividad debe ser realizada de manera distinta a la forma en la cual se desarrollan los actos de prueba testimonial. Por eso hacemos énfasis en que como medida adecuada el menor de edad debe, al menos, rendir una sola entrevista unificada en los actos de investigación y posteriormente su testimonio en juicio, sin que sea necesidad que el menor de edad sea llevado de audiencia en audiencia, si es viable la obtención de una sola declaración plena con fines probatorios, ello sería lo más adecuado.

ser recibida sin la presencia del acusado, aunque a éste debe garantizársele la percepción audiovisual sin confrontación, o al menos la audición de lo que declara el menor de edad, lo cual también puede ocurrir cuando se trate de personas adolescentes según las particularidades del caso⁶³.

Incluso ante víctimas altamente traumatizadas, aunque no sean menores de edad, sería posible, en el caso particular, limitar la amplitud del derecho de confrontación, con lo cual el testimonio sería rendido en las mismas circunstancias del menor de edad. Pero ello no implica que el acusado desconozca quien es la víctima, y que ésta pueda ser interrogada, sino únicamente por la excepcionalidad del caso se limita el llamado careo directo o *face to face*; es decir la forma de la obtención del testimonio de los niños y adolescentes exige una práctica distinta para que el menor de edad pueda rendir su declaración minimizando los riesgos de la confrontación visual y verbal con su posible ofensor, de tal manera que el peligro de una mayor victimización a consecuencia de la forma del interrogatorio sea reducida a su más mínima expresión. Todo ello debe ser entendido en un sentido integral respecto de la declaración testimonial del niño o adolescente⁶⁴.

4.2. La declaración de los niños (menores de edad de doce años). Cuestiones comunes

Debe señalarse que la declaración de los menores de edad se encuentra sometida a un régimen especial diferenciado, el cual es notoriamente un régimen de protección anticipada. Así, dicha

63 Es más, tratándose de la niñez, las condiciones ordinarias de una sala de justicia puede implicar una afectación respecto de la integridad del menor de edad. Lo ideal sería que los entornos en los cuales los menores de edad declaren sean los menos hostiles posibles, y los más cercanos a ambientes naturales. Para el menor de edad ello es una labor de estructura arquitectónica judicial, que no puede soslayarse. En estos casos, usualmente se equiparán salas especiales, ambientadas a las edades infantiles de los menores de edad, lo cual reduce en gran medida un entorno desconocido, que por lo mismo es completamente hostil al niño.

64 Son distintos parámetros los que aquí se pueden sustentar entre ellos los siguientes: (a) Que los menores de edad deben declarar en lugares adecuados, que reduzcan al mínimo el factor de la hostilidad, y por ende los niveles de revictimización. Las salas de audiencia en las cuales se celebren los juicios deben ser acondicionadas para este tipo de testimonio. Es más, lo ideal es una sala especial, en la cual se encuentre sólo el menor de edad y que su testimonio sea visto por medio de circuito cerrado o usando el sistema de teleconferencia adaptado a la forma de una declaración. (b) El menor de edad al declarar no debe ser careado con el acusado; en estos casos el derecho al careo resulta limitado, la confrontación cede en entidad, pero no desaparece. En todo caso, el acusado tiene el derecho de saber quién testifica y de que sea interrogado, aunque no lo tenga a la vista de manera inmediata. (c) El menor de edad no debe permanecer en la sala de juicio durante el desarrollo del debate. La sala de audiencias por sí misma puede ser un ambiente hostil al niño; en todo caso debe explicarse todo lo relativo a su declaración y a lo que va a ocurrir. (d) La forma del interrogatorio del menor de edad es especial, las preguntas deben ser claras y sencillas, si es necesario debe autorizarse el interrogatorio sugestivo. Deben evitarse los interrogatorios complejos y sobre todos aquellos con tendencia de confrontación autoritaria. Tratándose de menores de edad debe cuidarse hasta la tonalidad de la voz para interrogar. (e) Cuando sea necesario debe evaluarse la permanencia junto al menor de edad de personas de su confianza, o de personal especializado, con el cual el niño tenga un nivel de confianza. La presencia de estas personas significa una cuestión de apoyo anímico, no se pretende que dichas personas declaren o pregunten al menor de edad, se trata de un respaldo de carácter psicológico, para calmar ansiedades del menor de edad ante el evento traumático. (f) Debe reducirse los niveles de angustia, temor y sobre todo de humillación del menor de edad en cuanto al interrogatorio. Tratándose de menores de edad la actividad del juez se vuelve más activa en la tutela de sus derechos. En estos casos el papel del juez es más protagonista y su intervención para salvaguardar los derechos del niño puede ser asumida aun oficiosamente.

forma de prestar declaración se encuentra condicionada por los siguientes aspectos: a) A rendir su declaración en ambientes no formalizados u hostiles. b) A que su declaración puede ser rendida mediante el uso de medios tecnológicos. c) A que su declaración sea grabada para que se reproduzca en el juicio, sin necesidad de que el menor de edad comparezca nuevamente a declarar. d) A no ser interrogado personalmente por el imputado ni a ser confrontado con él, cuando rinda su declaración. e) A que su testimonio se reciba obligatoriamente como prueba anticipada. f) A que al rendir su declaración el juez conduzca el interrogatorio. g) A que obligatoriamente, cuando el menor de edad declare le asistan sus padres, representante legal, un pariente de su elección o un profesional de ciencias de la conducta. h) A que se proteja su intimidad y se limite la publicidad al ser interrogado. i) A que las preguntas del interrogatorio se realicen de una manera especial.

Debe señalarse que los aspectos indicados tienen aplicación preferentemente cuando el menor de edad rinde su declaración testimonial, pero nada impide que en cualquier declaración que se le reciba, o acto procesal de similar naturaleza, estando el menor de edad presente, se puedan adoptar las medidas pertinentes tendientes a su protección. También debe señalarse que, aunque algunas de las medidas cuando se trata de personas menores de edad de doce años son de carácter obligatorio, ello en nada contradice que dichas reglas sean aplicables también a adolescentes, cuando ello sea necesario al caso particular del cual se trata. Así, las afirmaciones que se hagan respecto del contenido de estas cuestiones atinentes a la declaración de infantes son extensivas para los mayores de doce años.

4.3. Derecho a declarar en un ambiente menos hostil

El entorno en el cual se rinden las declaraciones de los menores de edad es una cuestión importante para el ejercicio de sus derechos, y se encuentra reglado legalmente a partir de una combinación normativa, la primera establecida en el artículo 106 N° 10 (e)⁶⁵ a partir de la posición de víctima, pero además teniendo en cuenta su calidad de infante o adolescente; la segunda es la relativa a la regla establecida en el artículo 213 letra (b)⁶⁶, y en ambas disposiciones se hace énfasis en la cuestión ambiental para la rendición de la declaración⁶⁷.

65 Precisamente dice la disposición legal: "La víctima tendrá derecho [...] Cuando fuere menor de edad de edad [...] a que se brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles, y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y a que se grave su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con él cuando fuere menor de edad de doce años".

66 En este caso dice el texto: "El interrogatorio de una persona menor de edad de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes [...] (b) En caso de ser necesario, el juez podrá autorizar el interrogatorio de un testigo menor de edad de edad utilizando los medios electrónicos o de teletransmisión que sean indispensables, para salvaguardar su integridad y siempre respetando los principios de la vista pública.

67 Este aspecto es una cuestión importante, por cuanto es fundamental para la evitación de la revictimización, y no obstante los esfuerzos para mejorar la arquitectura de las estructura físicas de las salas de audiencia, ello debe seguir siendo potenciado. Con las estructuras tradicionales de salas de juicio, ciertamente se acrecentaban los aspectos de la afectación de la declaración de infantes o adolescentes, ello entendido en su contexto, por cuanto dichas salas son lugares desconocido

Lo anterior hace necesaria la creación de una estructura física que sea acorde con las necesidades de protección de las víctimas. Se trata aquí de lugares que respondan a la concepción de ambientes no hostiles ni opresivos para los menores de edad⁶⁸. Sobre este punto, la ventaja que se tiene ahora con mayor precisión es que legalmente tal derecho de la víctima ya ha sido reconocido, y por ello debe en todo momento procurarse que el infante o adolescente rinda su testimonio en los lugares que generen las garantías necesarias para el ejercicio de ese derecho⁶⁹.

Un ambiente no hostil significa un espacio que sea compatible con la edad y la comprensión del menor de edad, es decir un lugar habituado a su nivel de socialización, un entorno que no le sea extraño al infante, y que sea natural para él. Sobre este aspecto los sistemas de justicia que han desarrollado ambientes no hostiles los acondicionan en forma de sala de juegos de niños, de guarderías, de sala cuna, de aulas de kínder o de escuela, con decorados especiales, que incluyen hasta aspectos de relajación en la forma en la cual se encuentran pintados, de acuerdo a los parámetros de la psicología del color y del ambiente⁷⁰.

En lo que respecta a los lugares para rendir testimonios, debe procurarse que los menores de edad se encuentran en un ambiente acorde a los mismos, y a todo lo que lo rodea. Lo anterior

para la víctima que de repente es introducida al mismo; y en infantes, este aspecto puede generar efectos no deseados, por cuanto un entorno completamente formal es ajeno a la conciencia y comprensión del mismo. También debe señalarse como factor de incidencia el rito del procedimiento, la distribución y ubicación de los espacios. Además, impactan sensiblemente, por ejemplo, el estrado en el cual se encuentran los jueces, es por naturaleza simbólica más alto; y la ubicación del testigo –en este caso un infante– más bajo. La cuestión es que dicha estructura, que es un signo de autoridad, es posible que el menor de edad no pueda comprenderla completamente, lo cual podría contribuir a distorsionar en el menor de edad el sentido de autoridad, más si la práctica del interrogatorio se conduce de manera inadecuada. De igual manera, la presencia de diferentes personas en esos actos, inclusive de personal armado, son percepciones que pueden distorsionarse en la comprensión del menor de edad, y generarle temor y ansiedad, lo cual es fuente de una nueva forma de victimidad. En tal sentido, las salas de juicios en su estructura clásica no se corresponden con la idea de un lugar que pueda transmitir al niño víctima, paz y sosiego; y por el contrario, son estructuras pensadas para adultos, que contribuyen a generar mayor victimidad en los menores de edad.

68 En igual sentido, destacando la necesidad de que los testimonios se rindan en ambientes no hostiles. LÓPEZ ORTEGA Juan José. "La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal" Op. cit. p 250.

69 Aquí debe también considerarse que cuando se presenten problemas para garantizar este derecho, en el sentido que el menor de edad no pueda ser llevado a los lugares adecuados para rendir su declaración –porque por ahora son pocos los centros judiciales que cuentan con ellos– tal situación extraordinaria no obsta para que, aun así, se pueda acondicionar un lugar para hacerlo menos hostil o formal y recibir en el mismo la declaración, si por razones justificadas no es posible el acceso a los lugares que garantizan mejor el ejercicio de ese derecho. Lo importantes es que se rinda el testimonio en un lugar que pueda reunir condiciones mínimas para evitar una mayor victimidad en el menor de edad, a manera de ejemplo es muy razonable sostener lo que se afirma sobre esta cuestión: "No estaría incorrecto que el testimonio de la niña, niño o adolescente se tome en su propia vivienda, si en ese lugar el niño se siente seguro. Eso sería un ambiente no formal". Si debe indicarse que por las condiciones del lugar, el mismo debe ser acondicionado para evitar la confrontación con el imputado, y sobre todo debe tenerse en cuenta si con ello no se pone en peligro al menor de edad o a su familia, sobre todo cuando concurren presupuestos del régimen de protección de testigos o víctimas.

70 Es importante indicar que estos lugares no sólo son necesarios para la realización de las audiencias de juicio, o más concretamente para recibir la declaración testimonial del menor de edad, sino que los mismos se requieren en las oficinas en las cuales los menores de edad serán entrevistados, o en las cuales tengan que desarrollarse actividades periciales con ellos. Digamos que este sería un aspecto ideal para lugares en los cuales el menor de edad tenga que rendir una declaración o realizar cualquier acto de investigación, ello al menos podría ayudar a disminuir los niveles de victimización secundaria.

implica que en la recepción de la declaración e interrogatorio de un infante no concurre el formalismo del rito⁷¹, en el sentido que el menor de edad declare ante la presencia inmediata de los jueces y de las partes. En estos casos, el testimonio se obtiene en una forma especial mediante un sistema tecnológico que permita la percepción de lo que el menor de edad declara, pero el testimonio se rinde desde un lugar ambientado para el infante⁷², lo cual garantiza la intermediación del mismo para las partes y jueces pero de una manera diferente que no victimiza en mayor medida al niño⁷³.

4.4. La preservación de la indemnidad del niño. Prohibición de interrogatorio personal del imputado y de confrontación

Cuestión fundamental es la reglamentación actual que se hace sobre lo relativo a la declaración de los niños y niñas, y a las formas de interrogatorio a las cuales ellos pueden ser sometidos en el proceso penal. En torno a ello debe indicarse que la *ratio legislatoris* es generar un ámbito especial de protección en cuanto a la infancia, teniendo en cuenta su especial condición de vulnerabilidad y la protección reforzada de la cual deben gozar los mismos, para tratar de mantener un ámbito de mayor incolumidad sobre su integridad personal⁷⁴.

Sobre este aspecto debe considerarse que el testimonio de un menor de edad no puede asemejarse en su forma de producción al testimonio de una persona adulta, se requiere aquí que se conceda un trato diferenciado, precisamente por la desigualdad que existe entre una persona que es un niño o una niña y una persona que es un adulto. Este tratamiento diferente es la regla general cuando se trata de niños, lo que llanamente significa que cuando la víctima tenga menos de doce

71 Sobre la reducción del formalismo en la declaración, LÓPEZ ORTEGA Juan José: "La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal" Op. cit. p 246.

72 Sobre el particular se tiene dicho: "El testimonio de la víctima no es un simple relato o un simple cuento, es la re-vivencia de un trauma, una regresión a los hechos vividos que causan sufrimiento emocional. Por ende, tratándose de niños, niñas y adolescentes, los ambientes judiciales para rendir su testimonio han sido determinados como ambientes no "formales y no hostiles" para ellos [...] Así mismo, los ambientes judiciales en los que se ubicará al menor de edad no deben ser necesariamente serios o formales, sino que pueden ser decorados con colores y figuras adecuadas a la niñez, para generarles una sensación de distensión y seguridad. Estos serían ambientes no hostiles para los niños víctimas de delito. La Corte suprema de justicia ha instalado 3 sistemas de Cámaras Gesell en cada uno de los centros Judiciales de Santa Ana, San Miguel y San Salvador, esperando a futuro cubrir todos los demás, con el fin de que los tribunales cuenten con las herramientas necesarias a los fines de documentar la recepción de la declaración del menor de edad de edad, y a su vez cumplir con el derecho especial". CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn. "El proceso penal con niñez víctima de delito" Op cit. p 37 a 38.

73 Claro está que en estos casos la intermediación como principio pleno del juicio oral, resulta restringida, pero tal limitación es necesaria en un juicio razonable de ponderación, y es obligatoria cuando se trata de infantes, es decir de niños de doce años, pues tal calidad de infante se encuentra definida así por ley, precisamente el artículo 3 inciso segundo de la LEPINA dice: "Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

74 Digamos que esta es una manifestación del principio de prioridad absoluta, visto en el sentido de que la protección de los infantes en este caso debe ser una prioridad en cualquier circunstancia, y aquí se presenta esa forma de protección en cuanto al mecanismo de interrogatorio, pues habilitar una forma tradicional de interrogar al menor de edad generaría muy probablemente graves daños a su integridad como persona.

años, bajo ningún punto de vista puede ser interrogado personalmente por el imputado, ni tampoco puede ser confrontado con él. Aquí se manifiesta muy claramente una de las consecuencias del interés superior del niño⁷⁵, en el sentido que ya normativamente se establece esta diferencia, con lo cual la misma ya no es objeto de ponderación, y es un mandato legal que tiene sentido imperativo⁷⁶.

La Ley Procesal Penal, precisamente, ha determinado una serie de reglas que hacen que el testimonio de los niños reciba un trato sustantivamente diferente en cuanto a la manera de su recepción⁷⁷, y que tiene un ámbito reforzado de protección. Estas formas son realmente diversas a las que en la generalidad se disponen para la declaración de los testigos que no se encuentran en un régimen de declaración especial y atienden a dos aspectos claramente diferenciados; uno la prohibición de que el imputado interroge directamente al menor de edad, la otra que el infante sea confrontado directamente con el imputado. Dichos aspectos pueden desglosarse en los siguientes:

(I) A que se procuren todas las facilidades para que el testimonio del infante sea rendido en ambientes no hostiles, ni formales (art. 106 N° 10 (e). Este aspecto, que ya fue tratado *supra*, es complementario al derecho de no ser interrogado ni confrontado directamente por el encarado, y dicha prohibición supone en todo su contexto que el ambiente en el cual declara para el menor de edad no sea un ambiente de hostilidad. Se pasa aquí de una visión meramente arquitectónica de la tirantez de las estructuras a una de mayor contenido; también las interacciones humanas pueden significar un contexto hostil para el infante.

(II) A que si se estima necesario el testimonio sea rendido por medio de circuito cerrado o video-conferencia, a que el mismo sea gravado para ser reproducido de esa manera en la vista pública, lo cual significa que el menor de edad ya no declarará en el juicio y que esa declaración tendrá la calidad de un anticipo de prueba⁷⁸. Se presentan aquí dos mecanismos que aportan los recursos tecnológicos, uno de ellos es la rendición de la declaración testimonial mediante

75 Se aprecia aquí, como decimos, una consecuencia del interés superior, pero ya no visto en su sentido natural de interpretación, sino como una manifestación normativa que resuelve el conflicto de derechos e intereses entre menores de edad y adultos, haciendo prevalecer el de los primeros. Ello también se complementa con el principio de prioridad.

76 Aquí puede estimarse también la regla final del artículo 12 de la LEPINA que reza: "La consideración de este principio es obligatorio para toda la autoridad judicial, administrativa o particular". Dentro del contexto de la autoridad judicial quedan comprendidos los jueces que tienen competencia en materia penal, por lo cual debe garantizarse el cumplimiento de las normas de protección de los infantes.

77 Lo usual es que un testigo declare en la sala de juicio, que ese acto sea individual y sin la asistencia de otra persona, que el testigo sea interrogado con la técnica del interrogatorio directo y que se permita en toda su extensión el contrainterrogatorio, con el derecho al "careo", es decir a la confrontación visual entre testigo e imputado en el mismo acto de declarar. Arts. 209 CPP.

78 En este aspecto debe hacerse una relación entre el derecho concedido en el artículo 106 N° 10. (e) CPP; el artículo 213 (b) CPP y las exigencias del anticipo de prueba que regula el artículo 305 CPP.

sistema de circuito cerrado⁷⁹, en el cual la esencia del uso de la técnica es que el menor de edad no sea ni interrogado por el imputado de manera directa, ni tampoco confrontado por él, es decir visto, directamente cuando el menor de edad declara. El otro aspecto importante es la declaración mediante videoconferencia, que implica una declaración en todo caso más libre de presiones, por cuanto la misma no permite la confrontación visual entre niño e imputado, lo cual garantiza un testimonio más natural y menos posibilidades de revictimización⁸⁰.

No debe perderse de vista que la videoconferencia es un acto de limitación a la clásica formulación de la inmediación⁸¹. La interacción procesal anteriormente descrita se ve modificada por la realidad virtual del sistema tecnológico al cual se alude, y por ello su uso es excepcional. Por ejemplo, sólo en el caso de los menores de edad, pues ciertamente el nivel de percepción que se obtiene mediante la comparecencia física material de los intervinientes en la audiencia no es la misma que puede representarse mediante una pantalla de audio-video⁸². Por lo anterior, la regulación legal de estos mecanismos es importante, pues ello permite que el testigo no se encuentre directamente presente ante el tribunal. Sí debe señalarse que estas tecnologías son sólo una modalidad técnica de la práctica de la prueba testimonial⁸³, y que la misma, a pesar de sus restricciones, no implica una vulneración de las garantías tradicionalmente reconocidas⁸⁴.

(III) La prohibición de interrogatorio directo por el imputado o de la confrontación. Quizá el aspecto más relevante en el testimonio de niños, niñas y adolescentes sea la diferente dimensión

79 La técnica de circuito cerrado significa un "Sistema de transmisión-recepción de televisión, mediante la cual se transmite una señal a un receptor determinado sin que pueda ser captada por otros receptores no incluidos en el circuito [...]". CELAM "Vocabulario de Términos de Comunicación Social". Colección de Documentos CELAM N° 147. Santa fe de Bogotá Colombia. 1997 p. 75.

80 SERRANO Amaya Amaiz. "Los medios de prueba mencionados expresamente en el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal. "La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal" en La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal. Thomson. Aranzadi. Navarra. España. 2006. P 147.

81 Es decir, al mandato de que los actos en el proceso penal por general deben de ser plenamente recibidos y percibidos por el juez y las partes, sobre ello BACIGALUPO Enrique. "El debido proceso penal". Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005 pp. 97 a 103.

82 En este punto en particular, la doctrina ha indicado ciertas reticencias en el sentido de que la declaración mediante videoconferencia limita la capacidad que genera la inmediación directa –o si se quiere desde la técnica adversativa la figura de *smell the fear* (oler el miedo) que podría percibirse respecto del testigo– en tal sentido se ha dicho: "Entendemos que la presencia física aporta referencias tales como el propio lenguaje corporal, que no siempre queda fielmente reflejado en la videoconferencia, sistema de reproducción de imágenes que por su propia naturaleza sólo permite la visión de un plano fijo y sesgado del sujeto". Ver CABEZUDO RODRÍGUEZ N. "La administración de justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal" en Revista Jurídica de Castilla y León. Número 7. Octubre 2005. España p 174.

83 En ese sentido, Úbeda de los Cobos Julio José. "Videograbación y Videoconferencia" en los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2007 p 342.

84 Es decir se trata sólo de una modalidad más de carácter probatorio útil para la obtención de testimonios bajo ciertas condiciones de protección, así el concreto medio de prueba sigue siendo siempre el testimonio, en el cual es la inmediación la que sufre más restricción pues de real pasa a ser virtual, empero también se ha indicado que tal uso de tecnología no significa una afectación categórica de principios como la inmediación, la publicidad o la contradicción. Sobre ello, DE LA MATA AMAYA J. "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales" en Actualidad Penal N° 47-48, Octubre. 2002. España p 1274.

que adquieren las limitaciones anteriores, por la primera se restringe el derecho que tiene el imputado a poder interrogar a los testigos de manera directa⁸⁵, aunque la técnica de litigación escasamente aconsejará que el mismo imputado proceda a realizar un interrogatorio adversativo, en este caso un contrainterrogatorio. Legalmente el derecho se encuentra reconocido, y a un nivel importante por la fuente legal de procedencia. No obstante, también la limitación del mismo procede de una fuente de igual jerarquía que establece que debe tenerse en cuenta el principio de interés superior de los menores de edad⁸⁶.

En tal sentido, reconociéndose legalmente también en el artículo 106 N° 10 (a) que en las decisiones que la autoridad tome en el procedimiento debe considerarse el interés superior del menor de edad, resulta congruente con dicho interés la prohibición establecida en la letra (e) del precitado artículo, en el sentido que el imputado no puede interrogar directamente a un menor de edad de doce años, como sí podría hacerlo con un testigo adulto. Ello también se complementa con la restricción para los derechos del imputado, precisamente cuando el ejercicio de los suyos en aras de su defensa entra en tensión con derechos reconocidos a menores de edad de edad⁸⁷.

La otra limitación es la relativa al derecho al “careo”, también conocido como derecho a la confrontación del testimonio⁸⁸, el cual es parte del derecho de defensa y se manifiesta cuando el testigo tiene que declarar cara a cara con el imputado, es decir en su presencia, para ser interrogado y contrainterrogado respecto de sus aseveraciones y del por qué de las mismas. Este derecho, que cuando se trata de personas adultas adquiere una mayor plenitud, no puede ser ponderado de igual manera que cuando se trata de niños.

La tutela especial de los menores de edad queda manifestada, aun en sistemas penales que tienen una mayor dimensión de carácter adversativo⁸⁹, precisamente porque en sistemas de la

85 La fuente de este derecho en su sentido general proviene del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice en el artículo 14.3 (e): “Durante el proceso, toda persona acusada de delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo [...]”.

86 Artículo 3 Convención sobre los Derechos del Niño que dice: “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.”

87 Dice el artículo 81 inciso primero CPP: “El imputado tendrá derecho a intervenir personalmente y por medio de su defensor en todos los actos procesales y audiencias que impliquen la producción e incorporación de elementos de prueba y formular él o por medio de su defensor las peticiones que considere pertinentes. Su intervención personal podrá ser limitada por autoridad judicial, en cumplimiento de los derechos de la víctima menor de edad de edad”.

88 La dimensión aseguradora del derecho al careo se ha explicado de la manera siguiente: a) derecho al carero o confrontación cara a cara con los testigos adversos; b) derecho a contrainterrogar a los testigos adversos; c) derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el ministerio público como prueba de cargo. CHIESAAPONTE Ernesto L. “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”. Primera Reimpresión. Editorial Fórum. San Juan. Puerto Rico. 1995 p 390.

89 Por ejemplo, en la legislación puertorriqueña se garantiza en la regla 40 de evidencias que: “Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a estar interrogado por todas ellas, si éstas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo”. En similar sentido, la Enmienda Sexta y la Sección 11 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico prescribe que: “En todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos de cargo”; CHIESAAPONTE Ernesto L. “Derecho Procesal Penal de Puerto

naturaleza indicada uno de sus fundamentos esenciales es la confrontación entre testigos e imputados en el juicio oral. No obstante, en la dimensión trascendental de esta garantía se ha entendido que el derecho al careo debe resultar limitado cuando se trata de un interrogatorio de menores de edad⁹⁰, por cuanto aunque el derecho a la confrontación es parte del derecho de defensa, y es una garantía fundamental, la misma no puede ser considerada absoluta; y en ciertos casos que tienen la misma dimensión de derecho fundamental, su aplicación debe ser ponderada respecto de los otros intereses que se tutelan.

De ahí se ha entendido que es válido limitar la confrontación entre menores de edad y acusados⁹¹, cuando del ejercicio del derecho al careo pueden resultar graves perjuicios para la indemnidad del menor de edad; y en tal caso, se ha admitido que la declaración sea rendida en condiciones especiales que le permitan a la víctima que su testimonio no pueda ser confrontado de manera directa –en el sentido de face to face– por el acusado⁹². Resumiendo, cuando se trata de menores de edad de doce años la exigencia legal es que el menor de edad no debe ser ni interrogado ni confrontado con el imputado, aquí priva más el interés de proteger a la persona del menor de edad en toda su entidad, y cede el derecho de defensa del justiciable, que es el que da fundamento al derecho de interrogar y confrontar.

4.5. La anticipación de prueba testimonial obligatoria

Otro aspecto que debe considerarse esencial para la obtención de la declaración de los menores de edad de doce años es que la prueba testifical respecto de ellos tiene una regla especial de procedencia. Y es que tratándose de niños, la ley ha establecido de manera general que su testimonio se anticipe, así es factible que se solicite la obtención de su declaración testifical en cualquier momento del proceso antes de la vista pública, para lo cual se ha ponderado la edad del menor de edad como la situación que puede obstaculizar la recepción posterior de su

Rico y Estados Unidos" Op cit. p 389. Regla que en el sistema norteamericano se aplica a partir de la Sexta Enmienda que dice en lo pertinente: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speed and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him..." o "En toda causa criminal el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá ser determinado previamente por la ley; así como que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra...". Constitución de los Estados Unidos de América. Applewood Books. 2004 p 19.

90 En tal sentido, se resolvió el caso *Coy v. Iowa* 487 U.S. 102, 108 S. Cr. 2798 (1988). Y de manera específica refiriendo a lo legítimo de la limitación cuando el acto de confrontación del testimonio provocaría en el menor de edad víctima un serio daño emocional –serious emotional distress– *Maryland v. Craig* 110 S Ct. 3157 (1990).

91 También en el mismo sentido, LÓPEZ ORTEGA Juan José. "La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal" Op cit. p 248.

92 Usualmente se ha utilizado el sistema de circuito cerrado para garantizar, tanto los derechos de la víctima como del acusado. Aquella declara sin tener presente al justiciable, éste puede ver y oír el testimonio de manera inmediata, aunque no confrontando en el mismo espacio físico al testigo. Esa forma de preservar a los testigos menores de edad de los efectos de la victimización secundaria que se producen cuando tienen que confrontar a su presunto agresor, y de garantizar al acusado el derecho de defensa por una confrontación limitada, me parece completamente razonable.

testimonio, de ahí que el primer aspecto que vincula la decisión judicial es la edad del menor de edad, pues el supuesto procesal de habilitación para recibir la prueba testimonial anticipada es la de tener el testigo –que puede además ostentar la calidad de víctima– menos de doce años⁹³. Como se explicó anteriormente, el fundamento normativo es un ámbito de protección anticipada.

Ahora bien, además de la edad se requiere que el menor de edad sea evaluado mediante una pericia de carácter psicológico o psiquiátrico, para diagnosticar sobre su condición física y mental. Este requisito habilitante para recibir la prueba anticipada pretende adaptar esta forma de obtener el testimonio a las particularidades propias del menor de edad de doce años que debe prestar declaración, es decir el dictamen debe considerar si el menor de edad en el momento en el cual se pide la realización del anticipo de prueba se encuentra capacitado física y mentalmente para rendirlo.

Lo anterior es un criterio especial de ponderación, porque no en todos los casos será aconsejable que el menor de edad rinda su declaración anticipada. Ello porque, por ejemplo, las graves secuelas del delito de que ha sido objeto impiden que el menor de edad lo preste todavía. También la afectación emocional que el menor de edad este padeciendo podría obstaculizar la rendición de una declaración testifical anticipada; es decir, sería inconveniente en ese momento hacer declarar al menor de edad si el diagnóstico pericial refleja padecimientos que impiden prestar la declaración o que al hacerlo le causaría en ese momento un daño mayor.

También podría considerar la pericia, por ejemplo, si el menor de edad está siendo objeto de manipulación y en ese momento no es aconsejable recibirle la declaración que se pretende anticipar, como también podría evaluarse la capacidad específica del menor de edad, dada su edad cronológica para determinar si está apto para rendir una declaración testifical. Ello, sobre todo, se puede presentar con niños de corta edad, o con niños o niñas que presenten afectaciones mentales graves.

Así, una vez cumplidos los requisitos legales, teniendo en cuenta la edad y el dictamen favorable del perito psicólogo o psiquiatra –tanto individual como en conjunto si fuera necesario– el juez deberá decidir si procede el anticipo de prueba. Pero debe señalarse que los requisitos anteriores, en caso de concurrir, condicionan sustantivamente la decisión judicial, porque precisamente son los presupuestos de procedencia del anticipo de prueba. Aquí tiene vinculación, además, parte de la regla prevista en el artículo 106 N° 10 (e), en el sentido que es derecho del menor de edad la grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública, ello significa integración con el artículo 305 que regula la prueba anticipada, y además con el

93 El texto del artículo en lo pertinente informa: “En cualquier momento del proceso las partes podrán pedir al juez que reciba una declaración anticipada cuando exista un obstáculo difícil de superar, que haga presumible que tal declaración no podrá realizarse durante la vista pública. Se considerará obstáculo difícil de superar cuando el testigo se encuentre en las situaciones siguientes: (5) Cuando el testigo sea menor de edad de doce años [...]”.

artículo 372 N° 2 CPP⁹⁴. Pero teniendo claro en este caso, que no aplica para los menores de edad la regla de exigir la comparecencia nuevamente del testigo, por cuanto esa es la exigencia prevista como derecho del menor de edad, la documentación del acto por vía de grabación para su posterior reproducción, sin que sea menester que vuelva a declarar.

4.6. La intervención necesaria del juez

En este punto procede considerar que la función del juez cambia radicalmente respecto de la forma tradicional del interrogatorio, en el cual mantiene una actitud pasiva respecto de las preguntas que se formulan, tanto en el interrogatorio directo como en el contrainterrogatorio; y no interviene por regla general, a menos que la parte objete la pregunta o la respuesta del testigo. En todo caso, en un interrogatorio “clásico” el juez no lo formula⁹⁵. Sin embargo, la decisión del legislador de conceder normativamente un ámbito de mayor protección a los menores de edad, incide en el rol que el juez debe asumir cuando se trata de un interrogatorio de niños o adolescentes⁹⁶.

Debe entonces señalarse que el interrogatorio de los menores de edad, si el juez lo estima procedente, pueden iniciarlo las partes. Digamos que en este punto se mantiene un sentido adversativo. Sin embargo, las partes tienen que realizar un interrogatorio diferente, claro y sencillo, en el cual no se encuentra comprendida la facultad determinada en el inciso cuarto del artículo 209 CPP, en el sentido que a fortiori es posible que el interrogador realice un interrogatorio bajo presión, siempre que éstas no sean indebidas⁹⁷. En el caso de los menores de edad, esta facultad se encuentra inhibida, pues el interrogador no puede ni ejercer presiones debidas, y las preguntas se encuentra limitadas por dos aspectos: claridad y sencillez.

Precisamente, aquí se despliegan con todo su ámbito protector las reglas establecidas como derechos de protección del menor de edad, en el sentido que la decisión adoptada debe considerar su interés superior a que se reconozca su especial vulnerabilidad, a que el ambiente en el cual rinda el testimonio no sea hostil y a que la forma en la cual se hará la pregunta por el interrogador debe de respetar la integridad psíquica y moral del testigo infante o adolescente. Todo ello

94 Dice el artículo 372 N° 2 CPP: “Sólo pueden ser incorporados al juicio por su lectura: los testimonios que se hayan recibido conforme a las reglas de la prueba anticipada, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia del testigo o del perito cuando sea posible”.

95 El interrogatorio clásico tiene un diseño propio que la ley indica en el sentido de lo que señala el inciso tercero del artículo 209 CPP: “Las partes interrogarán separadamente a los testigos propuestos. El juez moderará el examen del testigo y resolverá sobre las objeciones que las partes formulen”.

96 En primer lugar adviértase que la disposición genera aquí una protección indiferenciada para los menores de edad, es decir ampara tanto a los niños como a los adolescentes, dice el texto del artículo 213 inciso primero (a) “El interrogatorio de una persona menor de edad de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes: las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad de edad, y cuando sea necesario el juez conducirá el interrogatorio con base en las preguntas formuladas por las partes[...]”.

97 Dice el texto en lo pertinente: “El juez que preside moderará el examen del testigo y evitará que conteste preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas [...]”.

confirma, entonces, que cuando se trata de esta clase de testigos el interrogador no puede ejercer ningún tipo de presión⁹⁸, porque ello podría significar un aumento de la victimidad del menor de edad e inclusive constituir un acto de maltrato⁹⁹.

La regla de aplicación de que el interrogatorio puede ser asumido por el juez que dirige la audiencia, no es una facultad subordinada primero al interrogatorio de las partes, es decir que el juez es quien decide, conforme a la situación personal del menor de edad, si las partes interrogarán o si él conducirá el interrogatorio¹⁰⁰. En este punto, la asunción del ejercicio del juez para realizar el interrogatorio tiene que tener como finalidad esencial generar más protección al menor de edad al momento de rendir la declaración; en sentido más concreto, reducir más la victimización cuando ello sea aconsejable. Por tal razón, es una decisión que el juez puede adoptar oficiosamente si ello es necesario por las razones antes dichas, teniendo en cuenta, además, que le corresponde como autoridad evitar mayor victimización para los menores de edad¹⁰¹.

4.7. Identificación de los menores de edad, reserva y límites a la publicidad

Dos aspectos pueden ser tratados respecto de esta temática, el primero de ellos es atinente a la identificación del menor de edad a efectos que declare en el proceso penal y quede plenamente identificado. Digamos que la regla general para todos los testigos es que éstos se encuentren debidamente identificados y con el documento respectivo que prescribe la ley¹⁰². Respecto de los menores de edad y adolescentes, la expedición de documentos no siempre es una práctica generalizada, y la cuestión puede complicarse cuando el menor de edad tiene una temprana

98 Sólo para señalar un ejemplo, el interrogador que tiene naturalmente voz estentórea deberá incluso modularla, y quien no la tiene no debe subir el volumen de la voz, prevaliéndose de esa técnica para ejercer veladamente una forma de presión al interrogar.

99 Un interrogatorio abusivo podría ser constitutivo de maltrato respecto de un menor de edad, precisamente ello se encuentra prohibido en su sentido general, así dispone el artículo 38 de LEPINA. "Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente por parte de cualquier persona [...]" y el artículo 37 al determinar el derecho a la integridad personal dice: "Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional, y sexual.

100 En este caso tampoco el juez se superpone en la función de interrogador pleno, porque su facultad se limita a realizar el interrogatorio, o dicho en palabras sencilla, a realizar las preguntas. Pero éstas son formuladas anticipadamente por las partes litigantes, una buena técnica para que el interrogatorio sea fluido en estos casos es que las preguntas se entreguen por escrito, ello evitará que a cada pregunta el juez tenga que solicitar a la parte de turno que interroga la pregunta que debe formular. Por ello, resultaría más adecuado que si cuando se ejerza esa potestad el juez solicite por escrito las preguntas que él debe formularle al menor de edad.

101 En efecto, el artículo 52 inciso segundo cuando establece el derecho al debido proceso para los menores de edad prescribe: "En cualquier caso, las autoridades administrativas y judiciales deberán evitar las actuaciones que provoquen mayores perjuicios a las niñas, niños y adolescentes, incrementando su victimización".

102 El artículo 209 inciso segundo dice: "A continuación el juez requerirá al testigo su nombre, apellido, edad, estado familiar, profesión, domicilio y documento de identidad que indique la ley, en caso de no tenerlo su juramento comprenderá los datos de identificación".

edad y no tiene documento expedido confiable que puede ser presentado para oficialmente determinar de la persona que se trata.

Así, la identificación de los menores de edad puede discurrir por diferentes mecanismos, uno de ellos es la presentación de documentos que determinen su identidad y permitan una adecuada comparación –pasaporte, carnet de minoridades expedidas por alcaldías–. Otra forma de identificación de los menores de edad es compatible con la regla excepcional que prevé el artículo 209 inciso segundo CPP, cuando no se tenga documento que acredite identificación, es decir su propia declaración sobre la identidad de su persona¹⁰³. Otra forma que es admisible, en caso que el menor de edad no tenga documento de identidad, ni tenga el desarrollo evolutivo suficiente para declarar sobre la misma, es la declaración como testigo de otra persona sobre la identidad del menor de edad. Por supuesto se debe de tratar de un testigo que conozca al menor de edad y que pueda dar fe de sus datos de identidad¹⁰⁴.

En último caso, podría aceptarse la certificación de partida de nacimiento de la persona menor de edad de edad, sobre el punto debe señalarse que el mismo no sólo se encuentra dirigido a establecer la filiación de una persona, sino también su identidad primaria, por lo cual, a falta de otros medios, cuando tenga los signos suficientes de su autenticidad puede ser tenido como documento suficiente¹⁰⁵. Es importante indicar lo anterior por cuanto la falta de formas que acrediten la identidad del menor de edad podría generar prácticas negatorias de acceso a la justicia, como el negarle la posibilidad de declarar porque no tiene documentos oficiales con

103 Por supuesto que este acto debe practicarlo el menor de edad que comprenda suficientemente el acto y que por ello pueda brindar adecuadamente los datos sobre su identidad –su nombre, el de sus padres, su edad, el lugar donde vive–. Sobre ello lo que debe ponderarse es la capacidad del menor de edad para proporcionar los datos que lo identifiquen. Para la práctica de este acto no es fundamento el que se puede sostener su no mayoría de edad, pues los menores de edad son personas con capacidad psíquica suficiente acorde a su edad, y esa capacidad de racionalidad debe ser reconocida. Es más, precisamente en el artículo 8 de LEPINA se reconoce al niño y adolescente como sujetos de derechos, los cuales puede ejercer teniendo en cuenta el desarrollo evolutivo de sus facultades. Sobre el particular, en sentido general pero precisando que no puede sostenerse la “incapacidad jurídica de la niñez” para la práctica de ciertos actos –ver CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn– “El proceso penal con niñez víctima de delito” Op. cit. pp. 24 a 25. Si debe señalarse que cuando el menor de edad tenga menos de doce años no se requiere que rinda juramento, ello por disposición del artículo 137 inciso final que en la parte pertinente reza: “No estarán obligados a prestar juramento o promesa de decir verdad las personas menores de edad de doce años de edad [...]”.

104 Se trata aquí de prueba testimonial que tiene como finalidad establecer la identidad de una a partir de la declaración sobre sus datos, y dicha actividad de carácter probatorio queda amparada por dos normas, la primera la relativa a la pertinencia de la prueba que dice: “Será admisible la prueba que resulte útil para la averiguación de la verdad y pertinente por referirse directa o indirectamente a los hechos y circunstancias objeto del juicio [...]” precisamente el carácter de indirecto permite una prueba de esta naturaleza, que tiene como objeto establecer la identidad de un testigo. La siguiente disposición es el artículo 203 CPP que expresa que los testigos deben declarar la verdad de cuanto sepan y les sea preguntado sobre los hechos que se investigan, de tal manera que un testigo podría declarar sobre hechos atinentes a la identidad de una persona: cómo se llama, quiénes son sus padres, qué edad tiene, dónde vive, etc.

105 Lo anterior tiene como fundamento, en su sentido general, a que dentro de los derechos al desarrollo que tiene el menor de edad se encuentra el de su personalidad, el cual incluye su identidad. Precisamente el derecho a la identificación se concretiza mediante la inscripción en el respectivo registro (arts. 73 y siguientes de LEPINA), por lo cual la certificación de partida de nacimiento también puede ser una alternativa para establecer la identificación del menor de edad, aunque bien podría complementarse con otra prueba de identificación, por cuanto aunque la certificación de partida de nacimiento establece quien es la persona en cuanto a su identidad nominal, falta el aspecto de la identificación visual.

fotos que acrediten su identidad. Por ello, estas diversas posibilidades permiten legalmente superar la falta de un documento que tenga fotografía¹⁰⁶.

El otro aspecto atinente a la identificación de los menores de edad atiende al derecho que tienen a que se preserve su identidad y a que ésta no sea revelada, incluyendo la de sus familiares. Esto persigue como finalidad esencial preservar la intimidad de los menores de edad, por medio de lo cual se pretende generar más protección respecto de su integridad, y esencialmente evitar el fenómeno nocivo de la victimización terciaria, que podría propiciarse mediante el conocimiento de su identidad o de sus familiares¹⁰⁷.

Lo anterior genera, como consecuencia, que la norma de protección no sólo alcance la limitación de revelar información¹⁰⁸, sino además la de incidir sustantivamente en la publicidad del procedimiento o aun del juicio, por cuanto la exposición del menor de edad a la asistencia generalizada de personas al debate, podría generar un grave perjuicio a su intimidad y a su integridad, al ser expuesta su declaración al público. De ahí que, como consecuencia del ejercicio de este derecho, la publicidad del proceso penal que también es una garantía de rango constitucional, pues así está establecida en el artículo 12 Cn, podría sufrir legítimas restricciones en atención a la protección de los menores de edad.

Debe señalarse que la norma permite que el juez adopte, cuando se trata de menores de edad en general, cualquiera de los dos tipos de reserva, ora la total ora la parcial. Dichas normas tienen por finalidad excluir a todo el público asistente al debate, incluidos familiares del imputado, así como a los medios de prensa que puedan cubrir el caso judicial. Si la reserva es total, afectará todo el desarrollo del juicio, impidiendo el acceso de los asistentes a la plenitud del debate. Cuando la reserva es parcial, sólo afectará algunas etapas del juicio, y usualmente se encuentra destinada a limitar la publicidad respecto de aquellos momentos en los cuales el menor de edad pueda tener intervención, pero permitir la asistencia del público a los demás actos del debate.

Debe señalarse que la reserva tiene diversos momentos. La norma que tutela los derechos de las víctimas genera una reserva general respecto de todo el proceso, pero la misma tiene diversas manifestaciones. Así, hasta antes del juicio, las limitaciones de reserva total podrán ser más aconsejables, pues no es una fase que tenga un mayor peso con la garantía de juicio público. En

106 Ciertamente ya se han dado prácticas excesivamente formalistas que impiden al menor de edad declarar o le niegan valor a lo que ha dicho, las cuales se refieren en CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn "El proceso penal con niñez víctima de delito" Op. cit. pp. 22 a 25.

107 A esos efectos, el artículo 106 N° 10 (d) prescribe como derecho del menor de edad: "A que se proteja debidamente su intimidad y se aplique la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de sus familiares".

108 Sobre este aspecto es importante la reflexión que se presenta por Cortez de Alvarenga cuando señala: "Una forma sencilla de dar cumplimiento a esta disposición es no registrar el nombre de los niños o el nombre completo de sus padres en las diligencias, pero también no deben registrarse otros datos de identificación como direcciones, profesiones, teléfonos etc., Esta precaución debe cumplirse no sólo en las diligencias, sino también en los libros de entrada de causas penales o policiales. CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn "El proceso penal con niñez víctima de delito" Op. cit. p 37.

la fase plenaria y propiamente en el juicio, la reserva podrá siempre ser adoptada de manera total o parcial, pero aquí puede haber una ponderación más garantizadora de los derechos en conflicto, en el sentido que pueden reservarse únicamente aquellos actos en los cuales el menor de edad tendrá intervención directa, pudiendo tener el público acceso al juicio, en aquellos actos de debate que no comprometan la intimidad y la protección de la integridad de los menores de edad víctimas. En este sentido, procedería una reserva parcial de la vista pública¹⁰⁹.

Ahora bien, cuando se trata de la declaración, es decir de la rendición de su testimonio, la regla específica en esta materia es diferente, por cuanto indica que el acto del interrogatorio de un menor de edad debe realizarse siempre bajo reserva, es decir no puede ser un acto sometido a la publicidad del debate. Lo que sí es objeto de ponderación es si la reserva será únicamente de la declaración o de toda la audiencia, es decir si la reserva sólo lo será del testimonio, o de toda la vista pública.

4.8. Interrogatorio especial de los menores de edad. Asistencia y forma del interrogatorio

El primer aspecto que debe considerarse es que el niño no puede ser sometido a presiones para contestar al interrogatorio o el contrainterrogatorio¹¹⁰. Este un aspecto esencial que diferencia el interrogatorio del infante o adolescente respecto de una persona adulta, y tal limitación se encuentra reconocida legalmente a partir de lo establecido en el artículo 213 (a) del Código Procesal Penal¹¹¹, y además encuentra otros dos complementos importantes, uno el previsto en un sentido más general por el artículo 106 N° 10 (b)¹¹², de forma que el menor de edad debe ser visto como una persona vulnerable. Precisamente por esa razón de vulnerabilidad es que el interrogatorio clásico¹¹³ no puede ser utilizado para la obtención de su testimonio, por cuanto

109 En todo caso, aun procediendo una reserva parcial, ello no implica que en los actos que quedan sujetos a la publicidad se puedan revelar actos que perjudiquen la intimidad de los menores de edad. En tal sentido, este ámbito de protección siempre se mantiene, pues su finalidad es evitar como se expresó una exposición a la victimidad de carácter terciario.

110 En la generalidad de los testimonios, una de las técnicas utilizadas y permitidas por la ley es el someter al testigo a presiones debidas o razonables, para saber cuál es la manera por la que sabe la información que declara, o sobre intereses particulares que pueda tener que afecten individualmente la credibilidad de su testimonio. Esta generalidad de constreñimiento sobre el testigo que es necesaria en un sistema adversativo para que las partes puedan litigar su caso y para conceder completa confiabilidad al dicho del testigo, se reduce sensiblemente cuando se trata de menores de edad de edad, tanto niños como adolescentes. En estos casos no rigen en su generalidad la formulación que se ha diseñado en el interrogatorio y en el contra-interrogatorio para la declaración del común de los testigos. Estas formas cambian cuando se trata de los sujetos previstos en el artículo 213, lo cual queda claramente señalado cuando en el inciso primero la ley expresa que el interrogatorio de una persona menor de edad de edad estará sujeto a especiales modificaciones.

111 En lo pertinente el texto dice: "El interrogatorio de una persona menor de edad de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes: a) Las partes harán las preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad de edad [...]";

112 El artículo 106 N° 10 (b) expresa: "Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso".

113 El artículo 209 CPP en lo pertinente dice: "Las partes interrogarán separadamente a los testigos propuestos. El juez moderará el examen del testigo y resolverá sobre las objeciones que las partes formulen. El juez le concederá la palabra a la parte que presenta al testigo, para que formule el interrogatorio directo. Si la parte contraria manifiesta que desea contrainterrogar al testigo, le concederá la palabra al efecto. La parte que lo sometió al primer interrogatorio, podrá interrogarlo nuevamente,

todo examen directo y un contrainterrogatorio implican un cierto grado de presión del cual debe protegerse al menor de edad¹¹⁴.

Así, el interrogatorio de los niños, niñas y adolescentes se debe caracterizar por su sencillez y claridad, y además porque en ningún caso se permite que el menor de edad pueda resultar, como fruto del interrogatorio, afectado en su integridad personal, abarcando el ámbito de protección, no solo el aspecto psíquico del menor de edad sino también su dimensión moral. De ahí que un interrogatorio para menores de edad no puede estar erigido desde las mismas bases en las cuales se cimienta el interrogatorio de los adultos¹¹⁵, pues lo que se pretende es obtener la información necesaria para tratar de encontrar la verdad, pero con absoluto respeto a los derechos de los menores de edad.

Y en este aspecto también el rol del juez cambia, por cuanto en los interrogatorios tradicionales, en los cuales puede esperarse una mayor pasividad respecto del juez, tal actitud no es una forma de control que pueda ejercer de la misma manera respecto de los menores de edad, ante los cuales el juez tiene una especial actividad de tutela¹¹⁶. Por lo cual, ante la violación de las normas de control del interrogatorio cuando éste se realice por las partes, el juez debe intervenir haciendo cumplir el mandato de la ley, en cuanto a la forma en la cual se ha prescrito que el mismo se desarrolle.

Se tiene previsto que en el interrogatorio del menor de edad pueden estar presentes sus padres, un pariente de su elección, su representante legal o un profesional en ciencias de la conducta, para que brinden apoyo al menor de edad y facilidades al rendir su testimonio. Esta norma tiene un sentido general, de ahí que los adolescentes pueden ser asistidos por todas las intervinientes

después del contrainterrogatorio; así como también la parte contraria podrá someterlo a nuevo contrainterrogatorio a continuación del precedente. [...] El juez que preside moderará el examen del testigo y evitará que conteste a preguntas capciosas e impertinentes, procurando que el interrogador no ejerza presiones indebidas ni ofenda la dignidad del declarante. En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas, además, las preguntas sugestivas. Sin embargo, quien preside podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo cuando el testigo sea hostil, cuando se interroge a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor esté reacio a deponer libremente”.

114 Ciertamente, el interrogatorio clásico en un sistema adversativo se distingue por su calidad de contradicción, ésta es la esencia de los interrogatorios, sobre todo cuando se formula el contrainterrogatorio, en el cual las presiones naturales, la sugestividad, el formular preguntas cerradas, el hacer un interrogatorio disperso, el exigir perentoriamente la respuesta, el volver a preguntar sobre un mismo aspecto, son presupuestos necesarios para enfrentar al testigo adverso o de la parte contraria, mediante una técnica de estricto ataque. Sobre ello por ejemplo: BAYTELMAN Andrés A.; DUCE J. Mauricio “Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2004 p 151 y ss.

115 Y adviértase que aún respecto de los adultos concurre un margen de protección derivado de su propia dimensión de ser humano y de su dignidad, que impide que los interrogatorios afrenten al testigo, pues se proscriben las presiones indebidas y la ofensa a la dignidad del declarante. Por eso mismo, si así resulta con testigo adultos, mucho más extenso es el ámbito de protección respecto de los niños y adolescentes.

116 Así, el inciso final del artículo 37 de LEPINA que dice: La familia, el Estado, y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal”. Y la integridad personal de los menores de edad, como lo señala la ley de la materia, comprende la integridad no sólo física sino también la psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.

nominados, desde sus padres hasta un profesional de las ciencias de la conducta, empero en estos casos de jóvenes es una decisión que tiene que ser autorizada por el juez¹¹⁷.

En cambio cuando se trata de infantes, es decir de menores de edad de doce años de edad, la regla prevista por la ley cambia en cuanto a la asistencia de los niños y niñas, por cuanto por ministerio de ley, se establece que ellos cuando declaren deben estar siempre acompañados de cualquiera de los nominados en el precepto. Lo importante de este punto es que la decisión ya no queda bajo la discreción interpretativa de los jueces en el sentido de si deben permitir o no el auxilio de padres, familiares, etc., sino que por ley se establece que así sea. Ello se entiende de la parte del artículo *in fine* citado que al punto dice: “[...] en los casos de declaración de menores de doce años, esta disposición será de aplicación imperativa¹¹⁸.

Al menos dos aspectos son importantes a comentar del contenido del precepto que se examina, la primera de ellas atañe al punto siguiente: la figura del auxilio está determinada para dar apoyo emocional al menor de edad que prestará la declaración. No se trata, entonces, de otro tipo de actuación que no sea acompañar al declarante, para que el acto de su testimonio sea menos problemático para él. Por ende, la figura del acompañante tiene que tener empatía respecto del menor de edad, este aspecto es más importante de tener en cuenta cuando el auxilio lo presta un experto de la conducta¹¹⁹.

La segunda cuestión es atingente a la intelección de lo que significa el auxilio en la declaración de los menores de edad. Ello es una cuestión importante, por cuanto, aunque una de las funciones del acompañamiento de otras personas es brindar sosiego, confianza y estabilidad al menor de edad, en cuanto al acto de la declaración, la figura del auxilio para declarar tiene otras dimensiones que se deben considerar, cuando tal auxilio es brindado por profesionales de la conducta.

Ciertamente, el ámbito del auxilio también comprende cuando la asistencia es del profesional una modalidad de la recepción de la declaración, por la cual le corresponde al experto de la conducta canalizar las preguntas que habrán de formularse al menor de edad y obtener la respuesta del mismo, en un ambiente diferente al tradicional de las salas donde se realizan los juicios. Lo anterior significa que aquí convergen derechos reconocidos al menor de edad con la práctica propiamente dicha del interrogatorio, de ahí que la relación con la procuración de que el menor de edad declare en un ambiente que no sea hostil ni formalizado, y a que se reconozca

117 Precisamente, en lo pertinente el artículo 213 (a) dice: El juez que preside podrá valerse del auxilio de los padres o del representante legal del menor de edad, o en su caso de un pariente de su elección o de un profesional de la conducta [...]

118 Sobre el particular ver CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn. “El proceso penal con niñez víctima de delito” Op. cit. p 48.

119 Debe aquí considerarse que la persona que acompañará al menor de edad en su declaración tiene que ser muy preferentemente aquella que le ha asistido profesionalmente, y con la cual el menor de edad ya ha tenido un grado suficiente de confianza, precisamente para sentir apoyo en la misma. No sería de mayor utilidad la asistencia de una persona a la cual el menor de edad no conoce, pues sería solo una persona extraña para él, por ello debe procurarse que la asistencia sea de psicólogos, educadores, etc. que hayan asistido anteriormente al declarante, y de ser posible con quien tenga suficiente empatía.

su vulnerabilidad, así como la limitación al derecho de confrontación, complementan el sentido del supuesto del artículo 213 (b), en el sentido que el interrogatorio del menor de edad puede ser obtenido utilizando medios electrónicos o de teletransmisión.

Concurre, entonces, una complementariedad entre el supuesto de auxilio de persona cuando se trata de un experto en ciencias de la conducta –psicólogo, educador, trabajador social, etc– y la forma especial de obtención del testimonio, no ya en la forma tradicional del interrogatorio mediante la práctica directa de las partes y del juez, sino mediante la intervención de una persona especializada que es la que en un entorno diferente, no formalizado ni hostil, hará bajo ciertas técnicas las preguntas –que los abogados han elaborado–, y obtendrá las respuestas del menor de edad sujeto a esta forma de interrogatorio especial.

El conjunto de todas estas formas –ambiente no formal ni hostil, intervención del profesional, resguardo de la integridad del menor de edad, vulnerabilidad, no actuación directa de las partes– implica una nueva modalidad de testimonio en cuanto a la forma en la cual se realiza, precisamente en atención a la especial posición de los menores de edad; y permite sostener la utilización de otra herramienta –las llamadas Cámaras Gesell¹²⁰– para la obtención del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, con fines de evitar la victimización secundaria, y realizar una nueva forma de interrogatorio en el cual se respetarán, como lo establece el legislador, los principios de la vista pública¹²¹. Empero, los mismos deben aparecer de una forma diferente al aseguramiento de ellos en un interrogatorio tradicional¹²².

120 El contenido de las Cámaras Gesell, es altamente complejo y excede los límites de este trabajo y del módulo que se imparte, por cuanto es un tema de especialidad que requiere un contenido amplio de desarrollo, de tal manera que aquí sólo se señala la procedencia de esa forma especial de obtener una declaración de niños e infantes con fines de minimizar su revictimización, aspecto que también legalmente encontraría cobertura en lo dispuesto por los artículos 52 inciso segundo de LEPINA que dice: “En cualquier caso, la autoridad administrativa y judiciales deberán evitar las actuaciones que provoquen mayores perjuicios a las niñas, niños y adolescentes incrementado su victimización”; y art. 51 (d) “Facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles, y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o teleconferencia y grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en audiencia administrativa o judicial cuando sea posible y necesario”.

121 Sobre este punto se ha indicado: “Por ello los juzgadores tienen el control de este acto procesal, aunque para atemperar el impacto emocional en el menor de edad de doce años de edad, la disposición legal establece el imperativo en cuanto a que no sean ellos quienes realicen directamente el interrogatorio, sino un profesional en psicología clínica-forense. La variante normativa y la utilización de las Cámaras Gesell para la ejecución de tal acto no significa un quebrantamiento del Principio de Juez Natural, y con ello del principio de inmediación por cuanto el juez presencia la declaración, tiene control en la diligencia, por lo cual es quien tendrá contacto a través de un sistema de audio con dicho profesional de la psicología que realiza el interrogatorio. Eso sí, el interrogatorio que realice el experto en regla general debe respetar las reglas legales establecidas, por ejemplo evitar la sugestividad, a menos que se habilite el supuesto legal para hacerlo, o el menor de edad se encuentre en una situación ya acreditada que amerite este tipo de interrogatorio.

122 Debe señalarse, que las Cámaras Gesell únicamente son una forma o modalidad distinta de obtener el testimonio de una persona. Tampoco se trata de aquí de un medio de prueba nuevo o diferente, la prueba es siempre el testimonio del menor de edad, lo que cambia es las reglas que imperan para que ese testimonio sea rendido, y ellas implican que el menor de edad pueda rendir su declaración en un ambiente de menor de edad hostilidad, lo cual hace necesario que el rol de los sujetos procesales también se modifique, aunque se mantenga el núcleo esencial de las garantías propias del juicio; sólo que en un sentido de aplicación diferente, dadas las condiciones especiales de los menores de edad que requieran esta forma de rendir su declaración como testigos.

4.9. La declaración de los mayores de doce años

Debe aquí señalarse que en muchos aspectos de los anteriormente tratados se ha enfatizado en los menores de edad de doce años, por cuanto en determinados aspectos la ley de manera imperativa determina la aplicación de ciertas formas para aquéllos. Aquí deben puntualizarse algunos aspectos relativos a los adolescentes en relación a la práctica de la rendición de su declaración como testimonio. El primer aspecto que debe señalarse es, que por regla general, los mayores de doce años tienen el mismo ámbito de protección que los menores de edad de esa edad. Las diferencias estarán determinadas por el alcance de la aplicación de la norma a los supuestos particulares, a los cuales se tenga que adaptar, empero la aplicación de las normas de tutela surten efectos para todos los menores de edad que requieran de su aplicación.

Sí debe señalarse, que el ámbito de protección dispuesto en el artículo 106, número 10 del Código Procesal Penal, se encuentra destinado a menores de edad que ostentan una calidad especial, la de víctimas, a lo cual se suma además el hecho de que en el proceso penal tengan que deponer como testigos. Pues bien, también respecto de los adolescentes debe valorarse lo atinente a la regla interpretativa del interés superior de ellos, también deberá reconocerse su vulnerabilidad, también concurre el derecho de que se proteja su intimidad y que en el proceso deban adoptarse las reservas que correspondan sean parciales o totales.

Les corresponde también por ley a ellos la valoración de no declarar en ambientes formales ni hostiles, y además que cuando se considera necesaria la declaración de los mismos pueda ser rendida mediante el mecanismo de circuito cerrado o de la videoconferencia. Además, de que su declaración puede ser grabada para los efectos de su reproducción en la vista pública, con lo cual también puede anticiparse la prueba testimonial en este sentido. Así mismo tiene derecho a que las preguntas formuladas sean de una manera clara y sencilla, y que en el interrogatorio que se le formule la parte que lo haga respete su integridad psíquica y moral. Además a que, si el caso amerita que el juez pueda conducir el interrogatorio; así como si es necesario la declaración se reciba mediante el mecanismo especial de medios electrónicos o de teletransmisión –con lo cual también es posible recibirlo mediante el mecanismo de Cámara *Gesell*– y además a que el interrogatorio pueda ser objeto de reserva, tanto total o parcial.

La diferencia estriba en cuanto al derecho a ser interrogado personalmente por el imputado o a declarar en una situación de confrontación respecto de él; o cuando se trate del auxilio de padres, familiares, representantes legales o de profesionales de la conducta, para la rendición del testimonio. En estos casos, la aplicación de la norma de protección no es por ministerio de ley, sino que el juez debe ponderar cuando procede el ámbito de protección que se ha diseñado por el legislador, para evitar una mayor victimidad del testigo y causarle un perjuicio a su integridad personal¹²³.

123 Lo anterior no significa que el mecanismo no se aplique, sino que el mismo debe ser una decisión de ponderación del juez. Es decir, si el adolescente, independientemente de su edad, necesita cualesquiera de estos mecanismos de protección, es obligación de la autoridad judicial conceder el régimen normativo de tutela, para salvaguardar de manera preferente el

5. La valoración de las declaraciones de menores de edad

5.1. Bases conceptuales de la niñez y la adolescencia y su desarrollo. Presupuesto para una mejor valoración de las declaraciones

La determinación conceptual de la infancia ha sido un aspecto importante para determinar la construcción de la personalidad de los niños, y ello ha derivado por un largo camino de construcción histórica¹²⁴. También debe señalarse que la construcción de la categoría de la adolescencia propiamente dicha, tiene un largo contexto histórico, pero no siempre reconocido, por cuanto se consideró como un mero tiempo de transición entre la infancia y la edad adulta, sobre todo, ligada a la etapa del descubrimiento de la sexualidad y objeto de desconfianza. Así se indica que ya en Roma se distinguía entre juventud y adolescencia, y ello coincidía con la conclusión de la educación elemental que acaecía durante la pubertad, lo cual daba paso a una mayor autonomía de la persona, incluida la sexual¹²⁵. El desarrollo de la adolescencia estuvo en su devenir, siempre calificado por un mayor desarrollo de la sexualidad, de la libertad, de la osadía, etc., cuestión que generó crisis en el aspecto educativo y moral, y que permitió una distinción entre infancia y adolescencia¹²⁶.

derecho de quien tienen una posición diferente en el marco de las relaciones del proceso penal, sólo cuando el menor de edad no requiera dicha protección, entonces la misma no se adoptará o se adoptará de una manera gradual, no aplicando toda la dimensión de la restricción.

124 A guisa de ejemplo se indica que Hipócrates fue uno de los primeros en clasificar las etapas de la vida del hombre, medidas todas ellas sobre la base del número siete así: bebé (cero a siete años); niño (siete a catorce años); adolescente (catorce a veintiún años); hombre joven (veintiuno a veintiocho años); hombre maduro (veintiocho a cuarenta y cinco años); hombre de edad (cuarenta y cinco a cincuenta y seis años) y anciano. Ver DELGADO Buenaventura "Historia de la Infancia". Ariel. Barcelona. España. 1998 p 33 a 34. San Agustín también diferencia los ciclos entre niñez, adolescencia y juventud en el sentido siguiente; distingue entre infancia y niñez así: "¿Acaso desde la infancia siguiendo adelante, no llegue a la niñez? O mejor decir ésta vino a mí, y sucedió a la infancia. La cual no se retiró – ¿Por qué a dónde se fue?– Sin embargo ya no existía, porque ya no era yo infante –que no hablase–, más era niño que hablaba. Diferencia entre adolescencia y pubertad así: "Muy mal al contrario, aquel padre al verme en el baño pubescente y con los signos de la inquieta adolescencia"; y la juventud es la etapa final a la adolescencia que indica así: "Ya era muerta mi adolescencia, mala y nefanda y entraba yo en la juventud SAN AGUSTÍN [400] "Confesiones". Apostolado de la Prensa. Madrid. España. 1964 pp. 19, 40 y 143. Russo –citado por Delgado– divide así la infancia: Primer estado de la infancia: nacimiento, lactancia, desarrollo de capacidad psicomotrices; Segundo estado de la infancia: adquisición del lenguaje, desarrollo de cierta autonomía y conciencia de sí mismo. Se le empieza a considerar como ser moral, y tiene necesidad de libertad bien regulada. Tercer estado de la infancia (12 a 13 años) excedente de facultades y de fuerzas, actividad y curiosidad, primer libro. Pubertad (16 años) desarrollo de la sexualidad, crisis, cambios físicos, identidad sexual (conciencia de su sexo). Ahora bien como se ha indicado, que es Piaget a quien logra un mayor desarrollo de las etapas de la infancia, y en tal sentido se dice: "A Piaget se debe, según la opinión más aceptada, el haber establecido etapas claramente definidas a través de las cuales el niño adquiere su desarrollo intelectual, conquista del lenguaje, se convierte en el centro del universo, se interesa por el mundo que le rodea, conquista el pensamiento lógico, se vuelve realista y se socializa. DELGADO Buenaventura "Historia de la Infancia" Op. cit. p 203.

125 Ver VIEYNE Paul "El imperio Romano" en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) "Historia de la Vida Privada. Vol. 1.Taurus. Madrid. España. 1988 pp 35 a 39.

126 Sobre el desarrollo de la etapa de la adolescencia en su contexto histórico RONCIÉRE Charles de la "La vida privada de los notables toscanos en el umbral del Renacimiento" en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) "Historia de la Vida Privada. Vol. 3.Taurus. Madrid. España. 1991 ps. 244/246; HUNT Lynn "La vida privada durante la revolución francesa" en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) "Historia de la Vida Privada. Vol. 3.Taurus. Madrid. España. 1991 ps. 171/172.

Debe señalarse –en apretado resumen– que para tener un panorama general sobre la dimensión del niño debe acudirse a las disciplinas que estudian la evolución del menor de edad, así la psicología del desarrollo es el área que se encarga de estudiar los procesos de modificación que se producen en la infancia y la forma en la cual el niño va adquiriendo nuevas pautas de conducta¹²⁷.

Digamos que un aspecto central de la teoría psicológica evolutiva es el concepto de desarrollo humano, así se señala de *communis opinio* que el desarrollo de la persona, se compone de una serie de cambios en todas las facetas de su ser, lo cual ocurre a lo largo del ciclo de la vida, y ello como consecuencia de la interacción entre las características personales, las genéticas, y el contexto social en el cual la persona se desarrolla. Se ha indicado que en los primeros años de la vida, dichas transformaciones son significativas, y por ello a la infancia se le considera, como una etapa de desarrollo apresurado, y el mismo se estima como cualitativamente único para cada persona¹²⁸, por sus características individuales y de contexto¹²⁹.

En la caracterización del desarrollo humano se pueden distinguir –de entre otros– dos aspectos significativos que aquí nos interesan, uno de ellos, es una etapa extendida de inmadurez, en la cual la persona gradualmente va adquiriendo las habilidades y conocimientos necesarios para integrarse a la sociedad¹³⁰. El otro es la gran capacidad de aprendizaje de los niños, lo cual le permite adaptarse a las condiciones sociales que les rodean, lo que permite una gran variedad en los niveles de desarrollo, pero además le ha permitido una gran capacidad de adaptación, mediante el desarrollo de una inteligencia flexible¹³¹.

127 Digamos que el contexto de la psicología del desarrollo es mayor que el de la psicología del niño, pues en aquella el enfoque es estudiar al hombre no sólo en los primeros años de su vida, sino además poder reflexionar sobre las leyes que rigen el desarrollo del ser humano como persona, su naturaleza y los factores que influyen para su construcción. Se ha indicado que la psicología del desarrollo es bastante novel, pues los ámbitos de la psicología evolutiva se establecen cuando el concepto de infancia se ha ya asentado como categoría social, y precisamente los diversos estudios ya realizados sobre la niñez permitan sostener un proceso gradual.

128 Por ello, autores como Russo señalaban la necesidad de autonomía en los estudios de los niños. Ello puede consultarse en Rousseau Jean Jacques "Emilio o de la educación". EDAF. Madrid. España 1980.

129 Así se ha indicado: "El desarrollo es el proceso que experimenta un organismo que cambia con el tiempo hasta alcanzar un estado de equilibrio. En el caso del ser humano éste nace con una serie de conductas y de disposiciones que se van a ir especificando a lo largo del tiempo. Hay, sin duda, disposiciones internas que se van actualizando, pero la interrelación entre los factores internos y las influencias exteriores es muy estrecha. DELVAL Juan "Algunas reflexiones sobre los derechos de la niñez" en Infancia y Sociedad. Número 27-28. Madrid. España. 1994 p 22.

130 Se ha indicado que estos periodos de inmadurez prolongados es una característica primordial de las especies más evolucionadas –ontogénesis– pues el largo periodo de dependencia que tienen los niños respecto de los adultos, también posteriormente se concreta en un largo periodo de madurez.

131 Por último, debe señalarse sobre este aspecto que sobre el desarrollo, la psicología evolutiva ha disgregado en diferentes escuelas, las cuales podrían sintéticamente agruparse en dos vertientes, las llamadas de sentido variacional, las cuales ven el desarrollo como un proceso aditivo en los cuales los factores internos son independientes de los elementos socio-culturales. En cambio las de signo transformacional entienden el desarrollo como un proceso complejo que implica la integración de los factores externos con los internos, con lo cual no se presenta ruptura entre lo estrictamente biológico y lo social cultural. Sobre ello ESPINOZA María de los Ángeles Necesidades y Derechos de la Infancia y Adolescencia" Op. cit. 110/117.

Establecido los presupuestos anteriores, conviene desarrollar el aspecto de los presupuestos cognitivos de la infancia, para tener un contexto sobre las ponderaciones que puedan hacerse de las declaraciones de los menores de edad. Este aspecto se enfoca, sobre el punto de interés, al desarrollo de la inteligencia de los niños, niñas y adolescentes y su desarrollo moral; aspectos que son esenciales en la psicología evolutiva, y que aquí se abordarán bajo las consideraciones que hiciera Piaget sobre ellos¹³².

Para describir cómo funciona la inteligencia humana, Piaget se sirvió de conceptos importantes, uno de ellos es el de equilibración, el cual se señala como el responsable de la construcción de nuevas estructuras durante el desarrollo del ser humano, y que se definió precisamente como autorregulación, con lo cual se quiere significar la capacidad del individuo para dar respuesta a las perturbaciones ambientales. Así se dice que, en su sentido más general, toda conducta responde a una situación de desequilibrio que se manifiesta como una necesidad, para lo cual la persona responde con acciones de reajuste equilibrio. Por esta actividad permanente, el organismo construye sus propias estructuras biológicas y mentales—cuestión situada inclusive desde la perspectiva de la herencia— lo cual le permite a la persona relacionarse con el entorno y satisfacer sus necesidades, a ello se le llama funciones de coherencia y capacidad para establecer relaciones. Y ello permite desarrollar nuevas estructuras como las de la adaptación y organización¹³³.

Según lo descrito, la conducta del ser humano se encuentra estructurada en una especie de esquemas que posibilitan que éstas se puedan repetir ante diversas situaciones análogas, lo cual indica que no son idénticas. Y mediante la configuración esquemática se permite la adaptación de los procesos de asimilación¹³⁴, pero éste al mismo tiempo es modificado en virtud de los llamados procesos de acomodación¹³⁵, los cuales a su vez permiten que la persona alcance niveles más completos en cuanto a su realidad y a sus experiencias. A este proceso de construcción, organización y jerarquización de esquemas se les define como operaciones, las

132 Como se comprenderá se formulará una recepción de todo ello, en los aspectos que se consideran imprescindibles y que pueden ser de alguna utilidad para comprender mejor los aspectos cognitivos de los menores de edad, y coadyuvar a una mejor comprensión de su declaración.

133 PIAGET Jean "Seis estudios de psicología". Editorial Barral. Barcelona. España. 1977 p 13 a 15.

134 Sobre este proceso se dijo: "En efecto la inteligencia es asimilación en la medida en que incorpora a sus marcos todo lo proporcionado por la experiencia. Bien se trate del pensamiento que, gracias al juicio, hace entrar lo nuevo en lo conocido y reduce así el universo a sus nociones propias, o de la inteligencia sensoriomotriz, que estructura igualmente las cosas percibidas reduciéndolas a sus esquemas PIAGET Jean "Seis estudios de psicología". Op cit. p 16.

135 Al punto se expresó: "Que la vida mental sea también acomodación al medio ambiente, no permite la más mínima duda. La asimilación jamás puede ser pura, porque al incorporar los elementos nuevos a los esquemas anteriores, la inteligencia modifica sin cesar estos últimos para ajustarlos a los datos nuevos". PIAGET Jean "El nacimiento de la inteligencia en el niño". Editorial Grijalbo. México. 1994 p 17.

cuales se encuentran presentes en los seres humanos desde su nacimiento hasta el final de la adolescencia¹³⁶.

Conviene aquí puntualizar los aspectos más esenciales de cada una de las etapas que constituyen el desarrollo cognitivo de los infantes. La primera etapa fue denominada como sensoriomotriz –recién nacidos y lactantes– y se ha indicado que se encuentra marcada por un gran desarrollo mental, en el cual el niño va aprehendiendo todo la realidad que lo rodea, mediante percepciones y movimientos; o dicho de otra manera, se asimila mediante las facultades sensoriomotrices, las cuales comienzan con los reflejos del infante y se mejoran con el ejercicio¹³⁷.

La segunda etapa es la llamada preoperacional –primera infancia: dos a siete años–. La transformación más importante la marca la aparición del lenguaje, que incide en el desarrollo de los ámbitos intelectuales y afectivos, ya que le permite al niño reconstruir acciones pasadas y anticipar las futuras. Según se dice, el uso del lenguaje permite aparecer al pensamiento, aunque limitado a las experiencias más próximas y concretas, sin llegar a realizar generalizaciones ni entender la causalidad. Propio de esta etapa es el desarrollo del pensamiento egocéntrico¹³⁸ y el intuitivo¹³⁹; y también se desarrollan las capacidades de comunicación con otras personas durante los procesos de acción, aunque se señala que el intercambio se encuentra limitado, pues prevalece el sentido egocéntrico, el aspecto afectivo se ve marcado por los sentimientos interindividuales y los sentimientos de tipo moral e incluso las regulaciones de intereses y valores¹⁴⁰.

136 En esta línea de ideas Piaget ha indicado que el desarrollo psíquico da inicio con el nacimiento y termina en la edad adulta, y así como el desarrollo orgánico es un proceso en el que se alcanzan estados de equilibrio cada vez más altos, en tal sentido, el niño evoluciona de la incoherencia e inestabilidad de las ideas infantiles hacia la sistematización de la vida adulta, pasando para ello en distintas etapas, que se caracterizan por constituir estructuras originales distintas de las anteriores, las cuales resume en etapa sensoriomotriz, etapa preoperacional, etapa de las operaciones concretas, etapa de las operaciones formales.

137 Según se ha indicado, la inteligencia en esta etapa es práctica, se aplica a la rudimentaria manipulación de objetos y se organiza en esquemas de acción y en el ámbito afectivo. Se desarrollan las emociones primarias y los sentimientos se proyectan hacia las madres y las personas cercanas. PIAGET Jean "Seis estudios de psicología". Op cit. p 18/28.

138 Se ha señalado que el pensamiento egocéntrico se ve presente en los juegos simbólicos, es decir los procesos de imaginación e imitación, los cuales buscan satisfacer al "yo" con lo cual el niño adapta la realidad a sus deseos. Ibid. p 35.

139 Se indica que por medio del pensamiento intuitivo el infante suplente la lógica, mediante la simple introyección de percepciones y movimientos bajo la forma de imágenes representativas y experiencias mentales que se califican de rígidas e irreversibles. Ibid. 44.

140 Se ha indicado que el criterio moral en esta etapa en los niños se caracteriza por la confusión de las normas morales con las leyes naturales y el determinismo con la obligación; así se sostiene que para el infante el control moral deriva del adulto, se identifica lo justo e injusto con las nociones de deber y obediencia, con lo cual lo justo se identifica con la "ley" impuesta por la autoridad. Debe tenerse en cuenta en este punto que la visión de Piaget sobre la moralidad es simplificada, pues como lo indica la realidad aparece no fragmentada, lo cual permite determinar diferencias respecto de cada niño y de cada sociedad. Así, en algunos pueden coincidir los criterios morales, y en otros estar ausentes o tener retrocesos, también debe tenerse en cuenta el contexto de estudio del criterio moral estudiado por Piaget, centrado en prácticas de regla, conciencia de la regla, la mentira, respeto, responsabilidad objetiva. Y todos ellos presentan resultados diversos. Ibid. pp. 28/54.

La etapa denominada de operaciones concretas –infancia siete a doce años– se caracteriza por el apareamiento de un pensamiento más lógico, ello como resultado de la organización de sistemas de operaciones que obedecen a leyes de conjunto comunes. Lo anterior se traduce en que las acciones de los niños se convierten en operaciones a partir de la idea de reversibilidad, lo cual permite el desarrollo de las nociones de conservación de la sustancia, peso, volumen y de las operaciones matemáticas¹⁴¹. Ello permite a nivel cognitivo el desarrollo de la concentración individual y la colaboración efectiva, con la disminución del egocentrismo, y se adquieren niveles de reflexión, lo que significa que se piensa ya antes de actuar. Se puede tener una deliberación interior valorativa. En el aspecto afectivo se ha indicado que aparecen nuevos sentimientos morales, con lo cual se desarrolla la noción de la equivalencia del valor del otro, lo cual hace aparecer los sentimientos de respeto mutuo, cooperación y de justicia, lo que conduce a la percepción de la regla como derivado de la voluntad común¹⁴².

Por último, la etapa de las operaciones formales (adolescencia), en la cual se precisa que constituye un estado donde se producen cambios sustanciales en el proceso evolutivo de la persona –Piaget enfatiza que no se trata simplemente de una etapa de transición hacia la vida adulta¹⁴³–. Así indica que el pensamiento que se desarrolla es de tipo hipotético-deductivo, con lo cual quiere significar que el adolescente comienza a construir sistemas y teorías que no necesitan ya de una referencia, y es capaz de representación de las acciones previsibles. Ello genera como forma de conducta una nueva actitud egocéntrica, bajo la cual los demás deben amoldarse a sus reflexiones, aunque este proceso puede pasar también a la realidad de intereses compartidos –proceso de reconciliación–. Se indica que en el aspecto afectivo se desarrollan dos grandes aspectos, la personalidad¹⁴⁴ y la integración a la sociedad en un plano de cambio y de reciprocidad¹⁴⁵.

141 Sobre ello particularmente refiere: “Las acciones se convierten en operatorias a partir del momento en que dos acciones del mismo tipo pueden ser invertidas o vueltas al revés; así pues, la acción de reunir (adición lógica o adición aritmética) es una operación debida a que varias reuniones sucesivas equivalen a una sola reunión (composición de las adiciones), y a que las reuniones pueden ser invertidas en disociaciones (sustracciones) Ibid. pp. 67/68.

142 Se indica aquí que aparece también la voluntad cuando existe conflicto entre una tendencia positiva y una negativa, con la capacidad de que prevalezcan los aspectos superiores positivos. Ibid. pp. 63/80.

143 Las reflexiones precedentes podrían hacer creer que el desarrollo mental finaliza a los once o doce años, y que la adolescencia es simplemente una crisis pasajera que separa la infancia de la edad adulta, y que se debe a la pubertad... en realidad a pesar de las apariencias las conquistas características de la adolescencia aseguran al pensamiento y a la afectividad un equilibrio superior al que existía durante la segunda infancia. Ibid. p 82.

144 Se señala que la personalidad se integra a partir de la construcción de un sistema –plan– de vida, al cual se sojuzga la voluntad. Ello sólo es posible cuando se ejercen facultades del pensamiento y reflexión libres, los cuales forjan su propia dimensión de persona hacia fuera y hacia dentro.

145 Se señala que es característica de esta etapa el espíritu reformador, el cual debe conducirse al de la realización en común. Precisamente el sentimiento de reciprocidad permite un desarrollo de autonomía de la propia persona al aparecer con toda su dimensión la base del respeto hacia los otros, es decir que las relaciones interpersonales exigen un trato de respeto en su sentido heterónomo, lo cual permite desarrollar el juicio de la justicia a la equidad y al respeto de los derechos de los demás. PIAGET Jean “El Criterio Moral en los Niños” Fontanella. Barcelona. España. 1974. pp. 164/165.

5.2. Contexto general de la declaración de los niños

Un primer aspecto que debe considerarse es que el niño o adolescente no es un adulto, por tanto su declaración tendrá lugar en un contexto especial, propio a su desarrollo evolutivo y a los diversos factores que lo pueden condicionar. El modo en que los menores de edad perciben sus competencias, la forma en que defienden sus sentimientos, la manera en la que ven los problemas y soluciones, y cómo es su actitud respecto de los adultos y viceversa, pueden afectar su capacidad para brindar información mediante una declaración¹⁴⁶. Inciden también en este contexto las experiencias propias del niño que le ayudan a tener una perspectiva de su persona, es decir un juicio de carácter subjetivo que le permite reflexionar sobre su propia estimación. Estos aspectos pueden influir para que el infante limite su capacidad de comunicación, o para que la misma pueda ser brindada con mayor facilidad¹⁴⁷. Ello debe tenerse en cuenta respecto de la declaración de niños, por cuanto no sólo importa aquí las características propias de su desarrollo cognitivo, sino que además debe considerarse su situación emocional en relación a su contexto social.

También debe indicarse que hay aspectos generales de la declaración que son concurrentes – con sus respectivas diferencias– en cuanto a lo que un menor de edad declara, básicamente ello está asociado al proceso de memoria en general. Sobre este aspecto se indica que concurren usualmente tres etapas, la de fijación o codificación, la de conservación o retención y la de evolución o recuperación¹⁴⁸. Sobre la etapa de fijación se dice que es aquella por la cual un estímulo externo se transforma en una representación mental interna, indicándose que la codificación de estímulos depende de la atención que se preste al suceso, y la atención se encuentra vinculada, a su vez, a lo “sobresaliente” o “vívido del estímulo”¹⁴⁹.

También se señala que hay factores que afectan el proceso de cómo se realiza la etapa de fijación de los sucesos percibidos, y en ellos se destacan dos variables: una vinculada a los factores que afectan este proceso cognitivo en razón del evento propio que se percibe como

146 Recuérdese que el menor de edad, mediante los mecanismos de adaptación, puede desarrollar una serie de estrategias para generar diferentes marcos de desarrollo en su entorno, y éstos pueden tener un sentido de apertura o de cierre, en cuanto a lo que el menor de edad sabe y quiere comunicar.

147 Sobre la particular situación de niños con edad cronológica corta, BURGOS MATA Álvaro “El interrogatorio dirigido a personas menores de edad de edad” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. (Javier Llobet Rodríguez. Coordinador) Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 pp. 501 a 503.

148 Sobre ello y con cita de Ruback y Greenberg GUILLEN RODRÍGUEZ Ileana. “La valoración del testimonio de menores de edad en delitos sexuales”. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 2005 p 82.

149 Este aspecto de importancia del estímulo –sobresaliente– queda determinado por al menos tres grupos de factores: a) aquellos relacionados con el contexto en el cual se da el estímulo; b) aquellos que se relacionan con conocimientos anteriores del sujeto que percibe; c) factores relacionados con otros intereses importantes. En cuanto a la dimensión de la vivencia del estímulo, se indica que éste se condiciona por: a) sean emocionalmente interesantes; b) que sean concretos y provocativos para la imaginación y c) que sean próximos espacial, sensorial o temporalmente. Ver GUILLEN RODRÍGUEZ Ileana. “La valoración del testimonio de menores de edad en delitos sexuales”. Op cit. p 83.

fenómeno externo¹⁵⁰; y hay factores de tipo individual, es decir asociados a la propia persona que realiza la actividad de percepción y codificación de la información, los cuales también influyen en esa capacidad de grabación de la información¹⁵¹.

En cuanto a la etapa de conservación o almacenamiento de la información se indica que tal proceso es personal, puede depender del tipo de fenómeno que se perciba y del interés que el sujeto que realiza la percepción tenga del mismo. Así, información más significativa puede ser objeto de retención y otra no ser objeto de una memorización, también se indica que este proceso se puede ver afectado por eventos posteriores¹⁵². Ahora bien, sobre el tercer aspecto –el de evocación o recuerdo– se señala que éste sucede cuando el testigo necesita acordarse del suceso que percibió en otra época. Se indica que este proceso mental puede verse afectado por diversas variables: algunas naturales –el tiempo– y otras formales –la forma de interrogatorio–; y que éstas puedan afectar el proceso de rememorar la experiencia percibida¹⁵³. Con todo debe indicarse que éstas son sólo cuestiones aproximativas, es decir generalidades, y que ellas varían de persona a persona y de suceso a suceso, por lo cual deben ser vistas con ese grado de relatividad y de acuerdo a los hechos en particular.

5.3. La declaración del menor de edad como prueba suficiente

Debe señalarse que la declaración de un niño o adolescente es susceptible en nuestro sistema legal de ser valorada como una prueba suficiente, si la misma aporta los datos y circunstancias principales sobre los hechos que tienen que tenerse por probados. Se trata aquí de una cuestión de suficiencia probatoria, que no puede estar limitada ab initio por la razón de que el testigo es un menor de edad¹⁵⁴, precisamente por ello la valoración que se haga del testimonio de un niño o adolescente tiene que tener en cuenta el contexto de la persona que lo rinde y bajo qué circunstancias se ha rendido la deposición¹⁵⁵.

150 Dichas circunstancias se agrupan en: a) el tiempo de exposición al fenómeno, en el sentido que entre mayor sea el mismo, mayor posibilidad de recordar el evento; b) la frecuencia de la exposición al estímulo, por lo cual a mayor exposición más posibilidades de recordar; c) la relevancia de la información, en el sentido que los detalles más sobresalientes se recuerdan más fácilmente.

151 Entre dichos factores se indican: a) el estrés, en el sentido que un alto grado del mismo tiende a afectar la atención y puede disminuir la habilidad de recordar detalles; b) las expectativas, las personas tienen un marco de referencia que puede hacer más perceptibles ciertos hechos, de acuerdo a su cultura, experiencia, prejuicio etc.; c) la capacidad de percepción, es decir, en una persona con una mayor habilidad para percibir ciertos hechos es más posible que recuerde detalles particulares que otras no recordaría. *Ibíd.* pp. 84/85.

152 *Ibíd.* p. 85.

153 Se indican al menos cuatro aspectos importantes: a) que entre mayor sea el tiempo entre fijación y recuerdo menos acertado será el resultado; b) un mejor recuerdo con personas semejantes; c) la excitación puede afectar el recuerdo; d) las opiniones que la persona se forme del suceso. *Ibíd.* pp. 85/86.

154 Sobre los mitos por los cuales se les niega valor a la declaración de los menores de edad ver BURGOS MATA Álvaro. "El interrogatorio dirigido a personas menores de edad de edad" *Op cit.* p. 503.

155 Ilustra aspectos importantes de ese contexto CLEMENTE DÍAZ Miguel. "Psicología aplicada a la labor judicial" *Op cit.* p. 320 a 323.

Se ha señalado que para la correcta valoración de la declaración de los menores de edad debe tenerse conciencia en el aspecto valorativo, de lo que constituyen las llamadas teorías implícitas de valoración¹⁵⁶, las cuales pueden llevar a tener criterios errados sobre la apreciación de lo que el menor de edad declara en cuanto a su veracidad o no respecto de los hechos¹⁵⁷.

Debe indicarse entonces, que el menor de edad puede ser objeto de una valoración positiva respecto de los hechos relatados en su declaración, si a partir del examen cuidadoso de su testimonio, se encuentra respecto del mismo un ámbito objetivo de veracidad, y coherencia, pero teniendo en cuenta, como se ha expresado la dimensión personal del menor de edad, no sólo respecto del desarrollo de su capacidad intelectual, sino además de los aspectos afectivos y emocionales que pueden resultar asociados a lo que el menor de edad declara, por ello si la declaración se estimase convincente, es decir persuasiva en cuanto a lo que relata, la misma en nuestro sistema de pruebas tiene la capacidad para constituir prueba suficiente respecto de un hecho a probarse, sin que el mero hecho de que sea un menor de edad el que ha prestado testimonio que restarle valor a lo que ha manifestado¹⁵⁸, en otras palabras la declaración testifical del menor de edad puede ser valorada como prueba suficiente para demostrar hechos en relación a una conducta de carácter delictivo, sin que sea necesario, el concurso de otra prueba de carácter testimonial, sobre todo cuando dicho testimonio es la prueba única sobre determinados hechos a comprobar¹⁵⁹.

156 Las cuales Alonso-Quecuty y Campos definen como: "Las concepciones que las personas sostienen sobre determinados aspectos de la realidad"; y se indica que estas teorías son producto de la elaboración individual a partir de los casos particulares y de las experiencias personales, así para cada dominio de la realidad –niños, educación, publicidad, mal, bien, mentira etcétera– se elabora una especie de programas generales que agrupan diferentes aspectos sobre cada situación particular. Se indica que esta construcción es individual aunque su elaboración es de contexto, respecto de sus conocimientos, grupo social, cultura, por lo cual las llamadas teorías implícitas serían una especie de redes de experiencias que se activan ante un fenómeno similar para comprender la particular situación que se presenta. Cfr. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón. "El menor de edad como testigo: fundamentos y técnicas". Ver sobre ello Psicología Criminal. Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005 pp. 180.

157 Es importante tener en cuenta sobre el particular lo que se informa a partir de investigaciones, así se sostiene: "En el nivel del conocimiento, las posiciones existentes respecto del testimonio infantil se podrían agrupar en cuatro grandes categorías, dos de ellas centradas en sus capacidades cognitivas, y dos más en su credibilidad. Así, el testigo infantil puede ser considerado: a) Cognitivamente competente y por lo tanto capaz de dar un testimonio exacto de lo sucedido; b) Cognitivamente incompetente y por tanto incapaz de prestar testimonio; c) Con una credibilidad similar a los adultos; d) Como incapaz de diferenciar realidad y fantasía, por lo que su testimonio debe ser rechazado Ibid. p 181.

158 Tradicionalmente, en cierta etapa del procedimiento penal, a los menores de edad se les negó la capacidad de testificar bajo la opinión *impúber ut non idonei*, es decir como no idóneos.

159 En la sentencia de las diez horas y treinta minutos del quince de abril de dos mil cinco en la referencia 140-Casación-2004, la Sala de lo Penal sostiene: "Por otra parte, es de hacer notar que en los casos de abuso sexual o de violación ejercida sobre un menor de edad, el testimonio de éste constituye la prueba fundamental, sino única, de que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la realidad del hecho delictivo. La experiencia criminológica demuestra que en la mayor parte de estos delitos se comenten en un entorno cerrado con una fuerte interacción afectiva entre el autor y la víctima. Por ello en muy pocas ocasiones el juez dispone de otra evidencia que no sea el testimonio de la propia víctima.

5.4. La valoración de la declaración del menor de edad en contexto integral de la prueba

Debe aquí señalarse un aspecto importante, en el sentido de que la declaración de los niños y adolescentes, en muchos casos —sobre todo cuando se trata de ofensas sexuales— pueden constituir el único testimonio con el cual se cuente. Como se ha expresado ya, dicha declaración puede ser valorada como prueba suficiente para acreditar uno o más hechos o circunstancias determinadas, si se considera que el testimonio es idóneo. Empero es importante que dicha declaración pueda además ser apreciada con el conjunto de toda la prueba¹⁶⁰.

Ciertamente, aunque en muchos casos únicamente se cuente con la declaración de la víctima sobre ciertos aspectos, incluso decisivos, ello no significa que una investigación completa pueda permitir una mejor valoración integral de lo afirmado o negado por el menor de edad o adolescente que declara. Estos actos de prueba siempre son esenciales de practicar en la medida de lo posible, y permiten una mejor apreciación. Por ejemplo, inspecciones, pericias, declaraciones de otras personas aun en aspectos complementarios, documentos, etc.

Lo que se quiere señalar, es que aunque solo se tenga el testimonio del menor de edad como prueba personal, pueden concurrir para su mejor apreciación otros elementos de prueba que puedan arrojar aspectos de contratación de toda la información probatoria, para poder decidir y ponderar mejor la declaración testimonial que se ha rendido. Por ello, las declaraciones de los menores de edad no deben ser examinadas y valoradas como cuestiones aisladas, si han concurrido otros elementos de prueba que puedan ser también apreciados para estimar la calidad de toda la prueba en su conjunto¹⁶¹.

5.5. Aspectos especiales a tener en cuenta en la valoración en la declaración de los menores de edad

Aunque son diversos los aspectos que podrían valorarse para estimar su incidencia en la declaración de los niños, aquí solo se reflexionará sobre alguno de ellos, básicamente dos: el aspecto del lenguaje infantil y el proceso de estrés en los menores de edad. En cuanto al primero, debe señalarse que, según se indica, el lenguaje de los niños es usualmente más limitado y

160 Por tal razón, las investigaciones en fase inicial, es decir los actos iniciales de investigación, y aún los actos de la instrucción, son importantes y fundamentales, para posteriormente poder hacer valoraciones completas e integrales, de tal manera que la realización de aquellas actividades con fines de captación de prueba son aconsejables de realizar para poder presentar una panorama más completo sobre el hecho que es objeto de investigación y posteriormente de decisión.

161 Es ilustrativo al punto lo que se ha dicho a nivel de precedente sobre ello: "Además la Sala estima que el razonamiento que sustenta el fallo del tribunal no resulta acorde con la sana crítica, al haber dejado de analizar en su totalidad el peritaje psicológico y el estudio social practicados a la víctima, pues el tribunal de estos dictámenes se limitó únicamente a tomar en cuenta el problema mental de la menor de edad, omitiendo pronunciarse sobre las conclusiones emitidas por los peritos respecto a lo declarado por la víctima en cuanto al hecho sucedido [...]". Sentencia de Casación de la Sala de lo Penal 104-CAS-2004 de las diez horas treinta minutos del trece de mayo de dos mil cinco.

describe menos los fenómenos que el de los adultos¹⁶², y que ellos acostumbran a responder negativamente cuando se utilizan términos indiferenciados como por ejemplo: “algo, alguno o alguien”, o que sólo utilizan correctamente términos temporales –como antes o después– cuando se refieren a hechos habituales y que para ellos son cotidianos¹⁶³.

También se ha señalado que el uso de determinaos conceptos son diferentemente comprendidos por los infantes, en cuanto a su adecuada representación. Así –con cita de *Walker*– se señala que “hasta los seis años la palabra tocar está asociada sólo con las manos, de forma que puede relatar un abuso, pero decir que no les han tocado”. De igual manera se dice que en cuanto al concepto de recordar, los infantes menores de edad de ocho años no manejan una dimensión completa de esta función psíquica¹⁶⁴; inclusive en aspectos como el parentesco su comprensión conceptual total del mismo puede presentar dificultades, esa misma inexactitud conceptual, se señala, puede presentarse en composiciones adverbiales como “esto/eso, aquí/allí, venir/ir, traer/llevar. Y ello, aunque aparezca en el lenguaje espontaneo, podría tener una diversa comprensión¹⁶⁵ en el menor de edad, que debe saberse apreciar en todo su contexto¹⁶⁶.

En cuanto al estrés en los menores de edad, debe indicarse que este es un fenómeno emocional y fisiológico –originalmente definido así por *Hans Selye*– y por el cual se entiende “aquella situación en las cuales las demandas externas (sociales) o las demandas internas (psicológicas) superan nuestra capacidad de respuesta. Se provoca así una alarma orgánica que actúa sobre los sistemas nervioso, cardiovascular, endocrino e inmunológico, produciendo un desequilibrio psicofísico y la consiguiente aparición de enfermedad en virtud del desequilibrio”¹⁶⁷.

Contextualizando lo anterior, debe señalarse que la complejidad de los actos de todos los subsistemas de la administración de justicia deriva en situaciones que sobrepasan la capacidad psicofísica de los menores de edad de edad, y producen una respuesta de distrés. Debe indicarse

162 Así se indica con cita de Wilkinson, Dube y McIlvane que hasta los seis años los menores de edad sólo suelen aprender de cinco a ocho palabras diarias. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón. “El menor de edad como testigo: fundamentos y técnicas” Op cit. p 167.

163 Con cita de Poole y Lamb Ibid. P 167.

164 Así se dice: “Tal y como lo refiere Cantón (2000) sólo hacia los ocho o nueve años empiezan a entender el verbo “recordar”, ya que hasta esa edad entienden que para recordar algo es necesario haberlo olvidado antes. Ibid. p 167.

165 Ibid. p 167.

166 Lo anterior debe prevenir en el sentido de cuál es la dimensión correcta que puede valorarse respecto de lo que el infante dice. No es que por esta dificultad propia del desarrollo de sus capacidad psíquicas el menor de edad sea menos creíble, sino que debe saberse ponderar y contextualizar lo que un niño declara, para poder realizar así una mejor apreciación, teniéndose en cuenta que estos aspectos no son reglas absolutas ni generales, y que deben apreciarse en cada caso particular y de acuerdo a su contexto.

167 Se señala que en la cotidianidad de la vida concurren dos clases de estrés, uno positivo llamado eustrés, el cual mantiene equilibrado el sistema de alertas, ayudando al ser humano a enfrentar razonablemente los desafíos, y cuyo nivel de acción no genera trastornos orgánicos anormales. En cambio en el distrés, o estrés malo, el fenómeno se extiende en intensidad y tiempo, con lo cual la activación del sentido de alarma permanece de forma inadecuada, generando múltiples trastornos orgánicos. LÓPEZ ROSETTI Daniel “Estrés. Epidemia del Siglo XXI.” Lumen. Segunda edición. México D.F. 2001 pp. 17/20.

que el infante, el equilibrio mental se relaciona con los intercambios entre las situaciones externas e internas, así las condiciones de entorno que tienen variaciones afectan el desarrollo de vida del menor de edad cuando tienen una intensidad de magnitud. El desarrollo infantil se encuentra siempre en una situación dinámica, de etapas “difíciles” y de conflictos que el menor de edad enfrenta y resuelve, pero cuando ello se agudiza en crisis la situación puede ser sobreabundante excesiva para el menor de edad¹⁶⁸.

La vinculación al fenómeno del estrés como estímulo, hace referencia a las llamadas circunstancias estresoras, es decir a las situaciones que pueden alterar el funcionamiento de la integridad biofísica del menor de edad, en otras palabras a su organismo en sentido completo. Así, situaciones anormales en la vida del menor de edad representarían situaciones que involucrarían episodios de estrés, y en cuanto más negativo pueda ser el hecho, más alteración podría provocar en la persona que lo adolece¹⁶⁹.

Así se ha sostenido que no existen estresores per se, ello depende de la experiencia vivida por las personas, por lo cual se refiere a los estresores como circunstancias potenciales, las cuales pueden ser de carácter objetivas o internas. Las primeras tienen un componente exterior e implican daño o amenaza, las segundas son factores psicofísicos que generan vulnerabilidad en el menor de edad de edad y lo predisponen a manifestar reacciones de distrés, y ciertamente en la vida del niño coexisten acontecimientos estresores, tanto en el área familiar, escolar, social. Pero cuando son eventos normalizados ellos generan reacciones no excesivas¹⁷⁰.

Vista la actuación del menor de edad de edad ante el sistema de justicia penal, la asistencia del niño o niña a todas las actividades que requieren de su presencia, en ambientes y ante personas desconocidas para el menor de edad, son situaciones que muy probablemente generarán un desarrollo de estrés en el menor de edad de edad. Y se ha señalado –por Mira y Diges– que estas condiciones estresantes pueden limitar la capacidad de las personas para fijarse y atender detalles, y para recordar aspectos importantes de las situaciones pasadas¹⁷¹. Particularmente se dice que el estrés actúa sobre la memoria de los testigos en relación a:

168 Por ejemplo, en la evolución de la estabilidad mental de los menores de edad concurren indicadores que pueden significar alarma, como la rigidez y el ensimismamiento, llegando a conductas asociales como la pérdida de alegría. Los anteriores son indicativos de factores negativos en su interacción social.

169 En relación a los testigos menores de edad que tienen que prestar declaración se ha advertido que esta actividad genera una actividad emocional, y en la memoria de los testigos, señalando que los aspectos que influyen en la capacidad de evocar no es precisamente el estímulo estresante sino el estrés que se ha experimentado, esto es la intensidad del aspecto emocional que vivió la persona. JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón. “El menor de edad como testigo: fundamentos y técnicas” Op cit. p 176.

170 Sin embargo, situaciones anormales como lo podría ser un abuso sexual, una situación de maltrato, generan una situación de estrés de índole externo e interno. En el primero genera un daño físico y psíquico, el restante puede afectar la situación de vulnerabilidad del menor de edad, impactando incluso su desarrollo cognitivo y sus relaciones de interacción.

171 *Ibíd.* p 176.

I) el tipo de suceso que se vive, si es emocional o neutro; II) el tipo de detalles que se deben recordar, esenciales o de carácter periférico y ello dentro del contexto emocional; III) la demora en recibirse la declaración, las condiciones en que se produce el recuerdo, estado de ánimo, ayudas, situaciones de contexto, seguridad, etc.¹⁷².

6. Las afectaciones de la victimización en el menor de edad. Aspectos a tener en cuenta en la valoración de las declaraciones

6.1. La afectación de la victimidad en los menores de edad

Se ha sostenido que la victimización es un fenómeno que afecta el desarrollo de la vida de los niños, niñas y adolescentes, y ella puede ocasionar diversos daños, que inclusive pueden ser superpuestos hasta alcanzar niveles de complejidad. Se afirma es que estos aspectos lesivos son variables, dependiendo de la persona tanto en su dimensión subjetiva como objetiva¹⁷³, y en el mismo sentido los efectos de la victimización también serán diversos, lo cual como podrá valorarse afecta también los actos del menor de edad de edad en cuanto a la narración de los hechos.

Los estudios señalan que hay una serie de circunstancias que constituyen un mayor grado de afectación en los menores de edad como producto de la victimización a partir de: a) cuando la ofensa ha sido recurrente y por mucho tiempo; b) cuando el ofensor es una persona querida para el menor de edad; c) cuando las personas queridas o las de confianza no creen ni apoyan al menor de edad cuando revela el hecho sufrido; d) cuando el ofensor hace sentir vergüenza o culpa al menor de edad; e) cuando la ofensa es con violencia; f) cuando implican penetraciones orales, vaginales o anales; g) cuando la ofensa se da en la infancia¹⁷⁴. Todas estas afectaciones generan efectos consientes e inconscientes en la persona del menor de edad de edad, y se derivan de los procesos de victimización, los cuales también pueden tener implicaciones importantes al momento de la rendición de su declaración; y por ello es fundamental conocerlos, para realizar una mejor valoración de lo que el infante o adolescente ha declarado.

6.2. El desvalimiento del menor de edad como fenómeno de la victimización

Uno de los efectos que los estudios sobre menores de edad víctimas de delito reflejan con mayor constancia es la sensación del menor de edad de sentirse desvalido, y por ende en una situación de inferioridad o impotencia. Se ha indicado que esta experiencia genera que el infante o

172 En general sobre este aspecto ALONSO-QUECUTY María L. "Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual. Papeles del Psicólogo. Valencia. España. 1990 pp. 36/40.

173 En tal sentido, GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes". Ediciones Granica. Barcelona España. 1999 p 24.

174 Así, Conte y Schuerman en GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Op cit. p 173. FINKELHOR David "Victimología Infantil. El abuso sexual en el menor de edad. Causas, consecuencias y tratamiento psicosocial. Editorial Pax. México. 1980 p 173.

adolescente confíe en la personas de su entorno y en su misma persona¹⁷⁵, y este sentido de vida de impotencia se traslada hacia otras esferas, inclusive la de actuaciones posteriores.

Se indica que este sentido de impotencia es el resultado de un proceso repetitivo de sometimiento a eventos de carácter compulsivos, desarrollado por adultos que obligan al menor de edad a tolerar o realizar determinadas conductas. Se trata de una situación de ejercicio de poder, en la cual el menor de edad es sometido, sin que pueda evitar tal patrón continuo de abuso de su autonomía. Ello se va generalizando, lo cual crea en el menor de edad el sentido de desvalimiento e impotencia, asumiendo la idea de que ese estado personal no puede cambiarlo, y ello es mayor en los ámbitos de abuso sexual. Esta situación, según se señala, se compone de tres aspectos: la sensación de angustia y pérdida de control, la reacción automatizada como mecanismo ante el distrés y el escepticismo del menor de edad.

Se dice que una de las consecuencias notables de la sensación de impotencia es la angustia que se desarrolla en el menor de edad ante la ofensa sistemática, y el sentido de que no controla su vida, y de que la misma se encuentra en riesgo. Ello les afecta emocionalmente y desarrolla un sentido de vulnerabilidad e impotencia con la angustia que ello implica¹⁷⁶, y este rememoramiento causa intenso sufrimiento porque la reexperimentación afecta la vida cotidiana de la persona que sufre esta situación¹⁷⁷.

Precisamente el otro aspecto a considerar es el bloqueo que se genera como mecanismo de defensa ante la situación estresante, por cuanto se sostiene que ante estos estímulos que vuelven a revivir el trauma y que generan angustia y desvalimiento, el organismo se condiciona para glandularmente segregar sustancias químicas que permiten una respuesta de defensa, lo cual genera una especie de distrés condicionado que altera psicofísicamente al menor de edad¹⁷⁸ lo

175 GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes" Op. cit. p 235.

176 Sobre ese fenómeno, GOLEMAN Daniel. "La inteligencia emocional. Editorial Suma de Letras. México DF. 1995 p 345. Y usualmente se señala, que la persona que experimenta esta situación emocional ha sido objeto de graves daños o amenazas a su integridad física o mental. Por ello, el fenómeno de desvalimiento que se genera y las reacciones emocionales que implican se asocian al Trastorno de estrés postraumático, al grado de reexperimentar el hecho traumático –cuestión Wells citado por Goleman– ha puesto de manifiesto que experimentos con animales –ratas– determina que el temor se desarrolla ante la repetición del hecho traumático.

177 Se indica que la gravedad del cuadro puede ser tal que la reexperimentación puede ser idéntica al sufrimiento vivido al momento de la agresión, y ello determina una situación de angustia ante una situación de exposición que recuerde el evento, por lo cual los mecanismos del proceso penal pueden generar esta situación, provocando angustia, que en muchas ocasiones es bloqueada mediante la evasión ante estímulos asociados por los menores de edad con la situación traumática.

178 GOLEMAN Daniel. "La inteligencia emocional" Op cit. pp. 346/347. Sobre el particular, citando a Charney, el autor mencionado indica que en este tipo de trastornos emocionales afectan inclusive los procesos de aprendizaje y memoria, por cuanto las modificaciones a nivel cerebral son tan intensos que la amígdala cerebral –lugar que maneja las reacciones de alerta y peligro, pero en un sentido "primitivo"– reacciona excesivamente cada vez que se presenta alguna circunstancia que evoca la situación traumática. En ese contexto debe considerarse que el proceso de evocación queda afectado por cuanto el menor de edad no puede describir correctamente los recuerdos, y en el ámbito del sufrimiento esos recuerdos se presentan como vividos en tiempo real.

cual puede afectar sustancialmente el contenido de su declaración dependiendo de la gravedad del estado emocional.

El otro aspecto que resulta como consecuencia de este estado de desvalimiento, y del proceso de reexperimentación del trauma, es que el menor de edad desarrolla una situación escéptica sobre la capacidad de ayuda de las otras personas para evitar su situación traumática, y ello resulta más grave, cuando el menor de edad cuenta los hechos, y las personas en las cuales confían dudan o no dan credibilidad a sus afirmaciones¹⁷⁹, esta situación se indica genera efectos más dañinos en la situación de desvalimiento del menor de edad o como se ha dicho con cita de Rohner “los efectos lesivos del rechazo están bien documentados que puede llamárseles justificadamente un acto psicológicamente maligno”¹⁸⁰.

Las actitudes de descredito del menor de edad implican para este como sentido de desvalimiento, que él, no es una persona importante o que el hecho que le sucedió no debe de ser contado pues es un acto repugnante o que es una situación de peligro y que por ello debe ser evitada, todo lo anterior, afecta la estimación propia del menor de edad, y afecta su identidad persona, pues se ve como una persona desprotegida que no es merecedor de la protección y el amor de sus cercanos, lo cual cierra el círculo del sentimiento de vulnerabilidad y estima.

6.3. Desarrollo de mecanismos de defensa

Aspecto importante a considerar es que el menor de edad ante la situación traumática, y la situación de impotencia, generan mecanismos psicológicos de defensa que tienen como función comprender lo sucedido, y protegerse del dolor que produce la reexperimentación del suceso, ello ayuda al menor de edad a racionalizar sus emociones, y sobrevivir a los mecanismos de victimización a fin de evitar el sufrimiento¹⁸¹. Empero, como se ha señalado, estos mecanismos de bloqueo terminan por generar aspectos deficitarios en el menor de edad de edad, afectando sensiblemente su capacidad tanto cognitivas, conductuales y emocionales¹⁸².

179 Se ha indicado sobre este punto que esta desconfianza de los otros, respecto del menor de edad de edad, más aún de aquellos que le son entrañables, genera una situación de mayor impotencia en una relación de contexto, pues el menor de edad percibe que las personas que naturalmente deberían ayudarle –y por ello acude a ellas– no lo hacen y dudan de su veracidad *Ibid.* p 336.

180 GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes” *Op. cit.* p 31.

181 Al punto se dice: “Como sucede con muchas otras experiencias que producen tensión, estas estrategias de superación sirven para mitigar el dolor y alejar los pensamientos desagradables, pero raramente se les asocia con una evolución positiva de la vida *Ibid.*”.

182 Para resumir aquí brevemente, esta actividad anormal de defensa presenta situaciones críticas, una de ellas es la disociación, que es un fenómeno usual de los síndromes traumáticos, el cual tiene como finalidad protegerse, por ejemplo, del miedo, la vergüenza, la culpa. En tal sentido, la persona genera mecanismos de desconexión o de separación de realidades, y por ello puede parecer no afectado y hasta insensible. De tal manera que cuando el abuso es grave, el hecho se disocia de la realidad, inclusive llegando hasta la retractación o el silencio. BATRES Gioconda “Del Ultraje a la Esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto”. ILANUD. San José Costa Rica. 1997 p 78. También se señala como mecanismo de esa naturaleza la racionalización del evento, el cual permite a la víctima desarrollar una explicación que sea menos lesivo para

6.4. *El silencio en las víctimas*

Se ha indicado que uno de los aspectos que más daño importa para las víctimas menores de edad de edad como fenómeno de victimidad es el hecho de no poder narrar sobre el evento traumático que aconteció¹⁸³. El aspecto silente en la víctima genera efectos nocivos, y ello sucede porque el infante o adolescente no se percibe como víctima del hecho, sino como responsable del mismo o al menos como colaborador. Muchos ataques, además de físicos, introyectan esta posición moral en la víctima, ello entonces responde, por una parte, a la dinámica de la ofensa criminal y del proceso de victimización, pero también puede completarse con el tipo de pensamiento infantil –ideas que son concretas y egocéntricas–. Lo anterior significa que por el desarrollo cognitivo del menor de edad, a él le cuesta entender que la victimización que ha sufrido –de tipo sexual o de maltrato– no es correcta y no tiene por qué ocurrir¹⁸⁴.

Pero, además, se destaca que este fenómeno resulta agravado cuando el ofensor es miembro del círculo familiar del menor de edad y persona a quien se predica afecto, por cuanto se pasa a utilizar el mecanismo del silencio como forma de protección plural, con lo cual se racionaliza que la información no debe ser contada a otras personas, por cuanto ello podría afectar no sólo al agresor sino también a todo el grupo familiar¹⁸⁵.

6.5. *La afectación de las relaciones interpersonales*

Digamos que las interacciones normales y afectivas con las demás personas es un contexto que el menor de edad aprende como patrón de referencia en una vivencia desarrollada bajo la normalidad de la vida¹⁸⁶. Ahora bien, ese patrón de normalidad es quebrado por la victimización de una conducta criminal, y ello genera dificultad en las relaciones que el menor de edad de edad tendrá que sostener respecto de otras personas, afectando su idea sobre cómo desarrollar

su psiquis. Ello significa que el menor de edad no niega el hecho, pero le da salida a su proceso de conflicto mediante una explicación diferente. Ello como se comprenderá, puede afectar el relato del menor de edad, por cuanto los hechos afirmados se encuentran no ajustados a la realidad, esto es frecuente cuando el niño trata de entender por qué un ser amado lo ha ofendido, cuando en el contexto del menor de edad los seres cercanos no dañan a sus seres queridos, y según se sostiene cuando esta racionalización se sistematiza por la reiterada afectación al menor de edad. Ello afecta, inclusive, la percepción del menor de edad respecto de los hechos acontecidos. RAVAZZOLA Cristina "Historias Infames: los maltratos en las relaciones". Serie Terapia familiar. Paidós. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 259.

183 Sobre ese particular, FINKELHOR David "Victimología Infantil. El abuso sexual en el menor de edad. Causas, consecuencias y tratamiento psicosocial" 1980 Op cit. p 152.

184 Sobre el desarrollo de este aspecto GARBARINO J. ECKENRODE J. "Por qué las familias abusan de sus hijos". Op cit. p 224.

185 Así RAVAZZOLA Cristina "Historias Infames: los maltratos en las relaciones" Op. cit. p 260.

186 Ello no implica que el menor de edad no perciba y aprenda que la vida transcurre de manera problemática, sino que dichos problemas son aprehendidos en un contexto de normalidad y se asumen desde esa perspectiva como un curso natural de lo vivido junto al resto de la comunidad, familia, amigos, escuela, conocidos.

sus relaciones de manera normal, y cuando el abuso es progresivo inclusive se presentan respuestas agresivas, es decir de sobrevivencia¹⁸⁷.

Desde la perspectiva anterior, la victimidad crea para el menor de edad un mundo de desconfianza generalizada respecto de los otros, y por lo general se desarrollan procesos de aislamiento¹⁸⁸. También ocurre como otro fenómeno derivado, la percepción de que la vida y su contexto —es decir la visión de mundo— es riesgoso y negativo. Estudios de carácter longitudinal respecto de menores de edad abusados han indicado que ellos presentan problemas sistemáticos de socialización¹⁸⁹.

También se ha señalado que la empatía¹⁹⁰ del menor de edad se podría encontrar seriamente afectada, en el sentido que las conductas ofensivas, sobre todo aquellas que importan una situación de abuso erosiona a la empatía como capacidad construida del ser humano¹⁹¹, y estudios de comparación han señalado que niños que no han sido abusados responden con sentimientos de empatía respecto de infantes que lo han sido, pero no viceversa. El conjunto de menores de edad de edad que había sido objeto de ofensas no respondieron con sentimientos de empatía ante el abuso que se había hecho a otros¹⁹²; pero también se ha señalado otro fenómeno, que menores de edad objeto de ofensas si respondieron con empatía pero desbordada, lo cual se asoció al aspecto de la pérdida de identidad¹⁹³.

6.6. Las víctimas y el daño psíquico

Debe señalarse que la comisión de un hecho de carácter criminal generará siempre como regla general en las víctimas una reacción compleja de carácter psíquico, precisamente lo que -De Jorge Mesas- ha descrito como “el fuerte impacto psicológico que produce la victimación a cualquier persona”, es decir el delito causa un daño en la víctima que trasciende el plano material y que amerita ser tratado¹⁹⁴. Este daño de carácter subjetivo produce sus consecuencias como el estrés, y precisamente por ello es que la Organización Mundial de la Salud, en la décima revisión a la clasificación de las enfermedades mentales (CIE-10), enfatiza con un

187 Ver GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Op cit. p 240.

188 Si se tiene en cuenta todo el proceso de afectación que debe soportar el menor de edad, en el sentido de la sensación de vulneración, las actitudes de defensa, el silencio, la pérdida de identidad, el auto culparse, terminan por provocar una situación de aislamiento, como mecanismo ulterior de desconfianza, pero con la particularidad que esa desconfianza se relaciona respecto de las demás personas. Ibíd.

189 Ibíd. p 239.

190 La empatía digámoslo así es la capacidad que tienen las personas de asumir el lugar de otro, y así poder comunicarse con la otra persona, logrando un mejor proceso de socialización.

191 Sobre ello GOLEMAN Daniel “La inteligencia emocional” Op cit. p 335.

192 Ibíd. p 336.

193 Señalando ese aspecto RAVAZZOLA Cristina. “Historias Infames: los maltratos en las relaciones” Op. cit. p 261.

194 CLEMENTE DÍAZ Miguel “Psicología aplicada a la labor judicial” Op cit. pp. 310 a 311.

capítulo propio respecto a las reacciones que se presentan ante situaciones que generan estrés grave. Es más, el estrés ha sido asociado con la predisposición de distintas enfermedades¹⁹⁵, con lo cual la afectación no sólo es de índole emocional sino somático.

Precisamente, estas respuestas psíquicas surgen como efecto de acontecimientos que les suceden a las personas, los cuales son sustancialmente estresantes, de manera que se produce una interferencia respecto de los mecanismos de adaptación usual, y en tal sentido la capacidad de integración de la persona se ve afectada, como consecuencia directa del acontecimiento traumático¹⁹⁶.

Debe indicarse que el trauma es una realidad que se presente a lo largo de la historia del hombre, y aunque las reacciones psicológicas, frente a hechos traumáticos, han sido observadas desde hace ya más de un siglo¹⁹⁷, las sociedades han presentado en algunas etapas una suerte de amnesia, respecto de estos graves padecimientos del ser humano. Sin embargo, en los últimos cuatro lustros, sustentado en los movimientos pacifistas y en los movimientos contra la violencia doméstica y sexual, ha crecido el interés en la víctima¹⁹⁸ y en el estudio del trauma psicológico, sus consecuencias y tratamiento.

Debemos recordar que recientemente, en el año 1980, se establece el diagnóstico de Trastorno por Estrés Post Traumático (*Post Traumatic Stress Disorder; PTSD*) en el DSM-III, y ciertamente a partir de aquel momento¹⁹⁹ ha ido creciendo exponencialmente el interés en este trastorno, materializado en cientos de publicaciones científicas, investigaciones, creación de asociaciones, desarrollo de nuevos abordajes terapéuticos, entre las disciplinas psicológicas y psiquiátricas.

Se ha indicado de manera general que cuando el individuo ha experimentado, ha presenciado o se ha enterado de “acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás —dentro de los que se comprende la realidad del delito— y la persona ha

195 Sobre el particular se informa respecto de los estudios realizados por Holmes y Rage en sus test de eventos de vida, así LÓPEZ ROSETTI Daniel. “Estrés. Epidemia del Siglo XXI.” 70 72.

196 GOLEMAN Daniel. “La inteligencia emocional” Op cit. p 346.

197 Al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio. “Tratado de Criminología”. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Argentina. 2009 p 109.

198 Sobre ese aspecto se dice: “A partir de este crucial cambio de perspectiva, las víctimas de los delitos violentos han comenzado a ser considerados de otro modo y valoradas en justa proporción al importante papel que juegan [...] Por otra parte, se han comenzado a estudiar los negativos efectos del delito en las emociones, experiencias, etc. de las víctimas, y a partir de su constatación se ha reclamado la necesidad de programas de asistencia y compensación de las víctimas”. SANGRADOR L. “La victimología y el sistema jurídico-penal” en Psicología Social y sistema penal. (F. Jiménez Burillo y M. Clemente. Comp.) Alianza Universidad Textos. Madrid. España. 1986 p 61 a 62.

199 Pero ello no es nada reciente, ya en 1934 Hans Selye enunció por primera vez el concepto de estrés. Desde aquel momento hasta la fecha, la concepción acerca del mismo ha ido evolucionando. Hoy, el estrés es definido como: “Los procesos fisiológicos y psicológicos que se desarrollan cuando existe un exceso percibido de demandas ambientales sobre las capacidades percibidas del sujeto para poder satisfacerlas; y cuando el fracaso en lograrla tiene consecuencias importantes percibidas por el sujeto”.

respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos.” (DSM-IV, 1994). Como resultado de esas situaciones traumáticas experimentadas pueden configurarse tres clases de síntomas: (1) de reexperimentación del hecho traumático²⁰⁰; (2) de evitación y embotamiento psíquico²⁰¹; (3) de hiperactivación –hyperarousal–.

De acuerdo a los síntomas antes descritos, éstos se han configurado de la siguiente manera: respecto de los síntomas de reexperimentación, que pueden producirse de variadas maneras, entre las que se mencionan (a) por la irrupción recurrente de pensamientos, sentimientos o imágenes relacionados con el hecho traumático; (b) sueños y pesadillas recurrentes que producen malestar; (c) la sensación de estar viviendo nuevamente el hecho traumático, que puede darse bajo la forma de *flashbacks*, episodios disociativos, ilusiones o alucinaciones; (d) reacciones fisiológicas o psicológicas intensas de malestar al exponerse a estímulos que recuerdan o simbolizan el hecho traumático²⁰². Todos estos aspectos son compatibles con la determinación trastorno de estrés post traumático²⁰³.

Debe indicarse en lo relativo a la victimización secundaria, y el síntoma de reexperimentación, que cada vez que se revivencia el hecho traumático se provoca, usualmente en la persona, una réplica de la reacción de estrés original frente al trauma, provocando así una retraumatización. En este sentido, el trauma se auto perpetúa, y puede estimarse que respecto de la persona, éste queda fijado en el tiempo y es continuamente reexpuesto, de ahí la estrecha vinculación del

200 DE LA FUENTE Ramón. “La Patología Mental y su terapéutica”. Tomo I. Fondo de la Cultura Económica. México D.F. 1997 p 225.

201 CEMUJER “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador” Op cit. p 39.

202 Para particularizar los aspectos, éstos pueden presentarse con las siguientes características: Respecto de los síntomas de Evitación, se ha indicado que, bajo esta conceptualización, se han agrupado dos tipos de síntomas: (I) Los de evitación en sentido estricto, que incluyen el esfuerzo por evitar pensamientos, sensaciones, personas, lugares, actividades, hechos etc. que recuerden el hecho traumático; (II) Los síntomas de evitación de carácter disociativo o de embotamiento psíquico, tales como: (a) incapacidad para recordar aspectos significativos del hecho traumático; (b) reducción del interés o de la participación en actividades que le resultaban significativas; (c) sensación de desapego o enajenación o extrañamiento; (d) reducción significativa de la vida afectiva, con incapacidad de experimentar sentimientos positivos; (e) sensación de futuro desolador y desesperanza. Según se ha indicado por los expertos en la materia, las personas afectadas por situaciones graves de estrés desarrollan esta serie de síntomas, en un aparente intento de resguardarse de las emociones intolerables, o bien evitando directamente los recordatorios del trauma, o para “anestesiarse” emocionalmente, ya sea por medio de mecanismos disociativos o síntomas de amnesia, ya sea por medio de consumo de sustancias, trastornos alimenticios, adicción al trabajo, etc. En lo relativo a los llamados síntomas de hiperactivación, también denominados de Hyperarousal, se han indicado la concurrencia de los fenómenos siguientes: (1°) trastornos del sueño; (2°) trastornos en la concentración; (3°) irritación; (4°) hipervigilancia; (5°) respuesta de sobresalto exagerada. Lo anterior indica que la persona traumatizada está siempre en guardia, en otro intento de permanecer a salvo de la re exposición al hecho traumático. Se ha indicado que la persona que ha sido traumatizada nunca se siente a salvo, por lo que es imprescindible la construcción de una buena alianza terapéutica como para que el paciente llegue a confiar en el clínico; y ello es importante respecto de evitar mayores consecuencias traumáticas, que podría generar una mayor victimización de la persona, y dar lugar a una profundización de la revictimización.

203 Precisamente, los expertos en esta área expresan que cuando concurre esta sintomatología, es probable sostener que la persona sufre un trastorno por estrés post traumático. Sobre el particular, GONZÁLEZ PINTO Jorge Alberto “Diccionario de Psicología Clínica y Forense”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2009 p 332.

síntoma de reexperimentación, con las consecuencias de la victimización secundaria que se producen en el proceso penal²⁰⁴.

Se ha indicado que cuando la víctima sufre de un estrés agudo puede presentar las siguientes sintomatologías, que se describen en los manuales de la materia de la siguiente manera:

(I) Según el CIE-10 pueden concurrir la siguiente fenomenología: (a) embotamiento: funcionamiento amortiguado del psiquismo, y en tal sentido la víctima presenta una exigua actividad espontánea, hay falta de reacción ante los estímulos externos, de tal manera que pueden encontrarse reducidas la atención y la conciencia de la persona; (b) pueden presentarse también episodios de depresión, ansiedad, ira, desesperación, hiperactividad o por el contrario aislamiento.

(II) En cambio la clasificación americana sobre las enfermedades mentales señala como cuestión sintomatológica en el manual respectivo (DSM-IV) las siguientes: (a) desrealización: lo cual implica trastornos de la conciencia en el que el mundo exterior, esencialmente el entorno inmediato, se vive como modificado o irreal; (b) despersonalización: el cual consiste en la alteración de la identidad personal del sufriente, lo cual hace que la víctima se sienta extraña así misma; (c) amnesia disociativa, ello implica que la víctima presente incapacidad para recordar algún aspecto importante del hecho traumático²⁰⁵.

6.7 Revictimización, Síndrome de Estrés Postraumático y Valoración

Una de las manifestaciones del proceso traumático que ha sufrido la víctima de un delito, como consecuencia del fenómeno de un trastorno agudo de estrés²⁰⁶, es que se desarrolle el llamado síndrome de estrés post traumático. Lo anterior es importante aproximarlos, por cuanto los procesos de revictimización pueden agudizar dicho síndrome, y por lo tanto, un aspecto importante es reducir los efectos de la victimización secundaria, para que éstos influyan en la menor de edad medida posible en la situación de los síntomas del estrés postraumático.

El llamado Síndrome de Estrés Postraumático (SEPT) usualmente aparece como consecuencia de haber sufrido la persona un trastorno agudo del psiquismo ante el evento de una situación traumática, y la aparición de dicho síndrome puede ser continua al trauma o diferida al mismo²⁰⁷.

204 FERNÁNDEZ BALLESTEROS GONZÁLEZ Eugenio Carlos. "La Psicología criminal en la práctica pericial forense" en *Psicología Criminal*. Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005 p 101.

205 *Ibíd.* p 102.

206 El estrés como consecuencia del trauma puede ser clasificado en su generalidad como agudo –los síntomas duran menos de tres meses– crónico –los síntomas duran tres meses o más– o de carácter demorado –lo cual señala que entre el trauma y los síntomas iniciales han transcurrido al menos seis meses como mínimo–. *Ibíd.* p 103.

207 El saber psicológico y psiquiátrico ha señalado que clínicamente las manifestaciones del SEPT son las siguientes: (1) la reminiscencia episódica del acontecimiento traumático, lo cual se desarrolla en un ámbito de embotamiento emocional, situaciones de desapego a los demás, falta de reacción a estímulos externos y falta de interés general; (2) la evitación de situaciones que recuerden el hecho traumático, pueden concurrir episodios agudos de miedo, pánico, agresividad ante

Estos fenómenos propios del SEPT pueden presentarse por diferentes situaciones traumáticas²⁰⁸, dentro de ellas pueden quedar incluidos los hechos delictivos²⁰⁹. Debe indicarse que no todo delito provocará esta sintomatología, ni todas las víctimas desarrollan los mismos con la misma caracterización e intensidad. Usualmente aquellos delitos que tengan la capacidad de producir gran sufrimiento, podrán generar situaciones de estrés agudo, y dar paso a cuadros de síndrome de estrés postraumático²¹⁰.

En cuanto a los hechos delictivos, debemos ser enfáticos que no todos los hechos delictivos tienen la misma capacidad para generar un grave perjuicio de índole psíquico en el sentido de generar un cuadro de estrés agudo, y posteriormente el síndrome de estrés postraumático, empero debe indicarse que en ciertos delitos, como en aquellos de connotación sexual y de violencia o abuso familiar, estos aspecto de daño psíquico son más frecuentes; y precisamente por ello, estudiosos de la materia –*Burguess y Holstrom*– han precisado a partir de sus investigaciones que en el área delitos sexuales se presenta, además, la llamada fase aguda y fase crónica. En relación a la fase aguda se distinguen sintomatologías como las siguientes: a)

estímulos que importen el recuerdo del hecho traumatizante; (3) la persona puede presentar trastornos del estado de ánimo, dentro de estos pueden confluir estados depresivos e ideación suicida. También pueden presentarse comportamientos disfuncionales como hipervigilancia, reacciones de sobresalto y trastornos del sueño como insomnio o pesadillas. *Ibíd.* p 102/103.

208 Sobre el particular STINGO Néstor Ricardo y colaboradores. "Los trastornos Psíquicos. La psicopatología en el siglo XXI. Ediciones Centro Norte. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 145.

209 DE LA FUENTE Ramón. "La Patología Mental y su terapéutica" Op cit. p 225.

210 Las víctimas de los delitos que sufren un grave impacto en su psiquismo podrían desarrollar la sintomatología precitada, pero insistimos ello es una aproximación. Si es importante indicar que cuando el suceso traumático ha sucedido, y la víctima se enfrenta a los diferentes subsistemas de las agencias penales, el hecho delictivo como evento traumático puede haber generado una situación de grave estrés en la víctima, quien podría ante ese hecho reciente, ante el cual se está generando un fenómeno de asimilación y en el cual puede concurrir una no plena conciencia de los hechos acaecidos. Ante tal situación, las víctimas en los momentos siguientes al hecho pueden: (I) Tener manifestaciones de incapacidad ante estímulos externos, pueden presentar embotamiento emocional, lo cual es importante reflejar, porque en estos estados, las víctimas pueden ser especialmente frágiles y manipulables. (II) Las víctimas pueden adolecer de trastornos de conciencia, desarrollándose sentimientos de extrañeza ante sí mismas, y ante el entorno. (III) La persona que ha sufrido un hecho de las características mencionadas puede presentar trastornos en el área de la memoria, lo cual puede generar que evoque aspectos importantes de los hechos. Por ello es que este fenómeno también se ha conceptualizado como un trastorno de la memoria. Las investigaciones sobre la naturaleza de los recuerdos traumáticos indican que el trauma interfiere en los procesos involucrados en la memoria explícita. Una particularización para apreciar la valoración de una persona sometida a un trauma grave y posteriormente con presentación de estrés postraumático, es que durante la exposición al hecho traumático el área de Wernicke y Broca –aquella relacionada con la codificación de la experiencia en palabras– prácticamente colapsan, reduciendo su actividad notablemente, según lo revelan los estudios de diagnóstico por imágenes. Simultáneamente, aumenta la actividad en el área del hipocampo, área que está relacionada con la memoria emocional, por lo tanto, se indica que el hecho traumático queda archivado en la memoria implícita, y sólo deficientemente en la memoria Explícita o Narrativa. Por esto, el trauma es llamado también el terror sin palabras; (IV) Se pueden presentar por la víctima aislamientos parciales o totales del entorno, así como notable falta de interés, lo cual impide que el sufriente valore en todo su contexto los hechos y las consecuencias de los mismos. Pero como lo hemos expresado, la sintomatología anterior no se concretiza ni en todos los hechos delictivos, ni respecto de todas las víctimas, de tal manera que cada caso particular debe ser cuidadosamente evaluado.

sentimientos de miedo, ansiedad, ira; b) sentimientos disfrazados o disimulados, lo cual provoca el fenómeno de “calma tensa”; c) pueden darse sentimientos de humillación y de auto responsabilidad, por lo cual la víctima se siente avergonzada y cree que el hecho en alguna medida se debe a su propia culpa.

En cuanto a la llamada fase crónica, la diagnosis es la siguiente: en una primera fase hay un fuerte arraigo del sentido del miedo, el cual asume dos aspectos: (a) el llamado miedo-choque, en el cual la víctima sufre emociones violentas que afectan el proceso psíquico, por lo cual pueden presentarse percepciones inexactas del suceso; (b) el denominado miedo-sentimiento, por lo cual la víctima puede llegar a sustituir la realidad del hecho por fantasías o hechos inverosímiles. La segunda etapa de la llamada fase crónica se caracteriza por: (a) tratar de encontrar las explicaciones del suceso, por lo cual la víctima puede llegar a autoinculparse o al estado de la autocompasión; (b) la víctima puede llegar a un sentido de impotencia persona, y padecer impotencia institucional; (c) por último puede sobrevenir la llamada sobrevictimización.

Por último, sobre este aspecto traumático es conveniente indicar que en el actual estado de cosas se sostiene –*Van der Kolk, Herman*– una nueva formulación de los aspectos traumáticos, el cual ellos han nominado como: “Trauma Complejo o Estrés Extremo”, por el cual se postula un nuevo diagnóstico, conocido como TPET Complejo (Complex PTSD) o Trastorno por Estrés Extremo (DESNOS; *Disorder of Extreme Stress Not Otherwise Specified*).

Esta forma de estrés traumático se circunscribe según tales autores, para los casos en los cuales la situación traumática se haya producido repetidamente y a lo largo de mucho tiempo, de tal manera que la exposición prolongada al trauma condiciona el mismo desarrollo de la personalidad del individuo. Se ha indicado por los expertos que este tipo de síndrome puede sobrevenir en aquellos casos de situaciones de abuso sexual prolongado, como cautiverio, prisioneros de campos de concentración, prisioneros de guerra, víctimas de la tortura, violencia doméstica extrema y reiterada, abuso físico y emocional, explotación sexual y delitos de especie similar.

Debe indicarse que en estos casos la sintomatología que se produce en un cuadro de síndrome de estrés postraumático (TPET) es ampliamente rebasada, las manifestaciones de un TPET complejo van mucho más allá de las consecuencias que puede tener un hecho traumático o un síndrome traumático, ya que en el llamado DESNOS las consecuencias son de gran intensidad, concurre una degradación de la identidad de la persona, así como de su vida relacional. Esto provoca unas alteraciones profundas a nivel cognitivo, perceptual de la regulación afectiva, en la conciencia, en la autopercepción, en el autoconcepto, en la personalidad, en la identidad.

Conclusiones

De todo lo que se ha expuesto pueden sostenerse determinados aspectos conclusivos, el primero es la relación directa entre proceso y revictimización; es decir, la obtención de la verdad en el proceso penal en relación a un hecho delictivo hace necesario el rito del proceso, pero el uso de este mecanismo inflige dolor y sufrimiento a las víctimas, especialmente a los infantes y adolescentes, muy particularmente en el ámbito del interrogatorio.

El segundo aspecto que es necesario considerar es que el sistema penal debe tener conciencia de la victimización secundaria que provocan las actuaciones de todos sus representantes y operadores, razón por la cual es importante reconocer la vigencia del conjunto de derechos que se incorporan para las víctimas de delito, los cuales tienen un desarrollo de mayor protección en la nueva legislación penal, y deben ser adecuadamente interpretados para garantizar un trato humano y una reducción de la victimidad en los menores de edad que prestan declaración.

Un tercer aspecto, se encuentra vinculado a las modificaciones que se han instaurado en el interrogatorio de niños, niñas y adolescentes, el cual es sustancialmente diferente al régimen de interrogatorio de testigos adultos. Tal diferenciación pretende normativamente generar un ámbito de mayor protección en los destinatarios, es decir, los menores de edad de edad tratando de reducir en la mayor medida posible los efectos de la victimización secundaria. En dicha actividad el rol del juez que dirige el acto es fundamental para garantizar un ejercicio correcto del contradictorio, teniendo en cuenta la primacía de principios de protección en favor de las víctimas.

Por último, la cuestión del ámbito de desarrollo de los menores de edad de edad en un contexto especial de comprensión del mundo, su capacidad evolutiva en el sentido cognitivo para prestar testimonio, las cuestiones exclusivas que deben tenerse en cuenta para generar una adecuada valoración del testimonio de los infantes y adolescentes, incluido el contexto de su situación traumática frente al delito y frente al proceso.

Como se ha dicho muchas veces y de diversas maneras, el derecho sólo sirve si es útil para el ser humano. Los niños, niñas y adolescentes constituyen un fin importante para la realización normativa. El proceso penal y el interrogatorio de menores de edad de edad no puede ser un instrumento utilizado sin tener en cuenta los derechos y la persona del infante o adolescente, sino, se corre el riesgo de hacer de ellos *incidis in scyllam cupiens vitare charybdim*.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. “Preguntas más frecuentes en la intervención policial con víctimas menores de edad de edad”. UNICEF. San Salvador El Salvador. 2009.

AA.VV. “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador”. ECPAT-CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005.

ACHÁVAL Alfredo. “Delito de Violación”. Estudio Médico legal y jurídico. Tercera edición actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998.

ACHÁVAL Alfredo. “Manual de Medicina Legal. Práctica forense. Tomo II. Sexta edición ampliada y actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2005.

ALBERTÍN CARBÓ Pilar. “Psicología de la victimización criminal” en Psicología Criminal. Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005.

ALONSO-QUECUTY María L. “Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual. Papeles del Psicólogo. Valencia. España. 1990.

BACIGALUPO Enrique. “El debido proceso penal”. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2005.

BATRES Gioconda. “Del Ultraje a la Esperanza. Tratamiento de las secuelas del incesto. ILANUD. San José Costa Rica. 1997.

BAYTELMAN Andrés A.; DUCE J. Mauricio. “Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2004.

BERISTAIN Antonio. “Proceso Penal y Víctimas”. Pasado, presente y futuro” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

BERISTAIN IPIÑA Antonio. “La sociedad/judicatura atiende a sus víctimas/testigos” en La Victimología”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 1993.

BURGOS MATA Álvaro. “El interrogatorio dirigido a personas menores de edad de edad” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. (Javier Llobet Rodríguez. Coordinador) Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007.

CABEZUDO RODRÍGUEZ N. “La administración de justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal” en Revista Jurídica de Castilla y León. Número 7. Octubre 2005. España. 2005.

CELAM “Vocabulario de Términos de Comunicación Social”. Colección de Documentos CELAM N° 147. Santafé de Bogotá Colombia. 1997.

CEMUJER “Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: Aportes desde El Salvador”. ECPAT-CEMUJER. San Salvador. El salvador. 2005.

CHIESA APONTE Ernesto L. “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”. Primera Reimpresión. Editorial Fórum. San Juan. Puerto Rico. 1995.

CLEMENTE DÍAZ Miguel. “Psicología aplicada a la labor judicial”. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San salvador. El salvador. 2008.

CORTEZ DE ALVARENGA Alba Evelyn. “El proceso penal con niñez víctima de delito”. Versión explicada conforme a las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal de El Salvador. UNICEF. San Salvador El Salvador. 2009.

DE LA MATA AMAYA J. “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales” en Actualidad Penal N° 47-48, Octubre. 2002. España. 2002

DELGADO Buenaventura. “Historia de la Infancia”. Ariel. Barcelona. España. 1998

DELVAL Juan. “Algunas reflexiones sobre los derechos de la niñez” en Infancia y Sociedad. Número 27-28. Madrid. España. 1994 p 22.

ESER Albin. “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”. Traducción de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba en “De los Delitos y las Víctimas”. AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

FARIA-COSTA Zelia. GOLDBARD Lillian en Seminario-Taller “Tratamiento Psicológico de Víctimas de Abuso Sexual”. San Salvador. El Salvador. Junio 2002.

FINKELHOR David. “Victimología Infantil. El abuso sexual en el menor de edad. Causas, consecuencias y tratamiento psicosocial”. Editorial Pax. México. 1980.

GALLEGO Juan Pablo. “Desprotección integral y revictimización de niños, niñas y adolescentes en la investigación del abuso sexual infantil” en AA. VV. Abuso Sexual en la Infancia. 3. La revictimización. (Jorge R. Volnovich Comp.). LUMEN. 1° edición. Buenos Aires. Argentina. 2008.

GARBARINO J. ECKENRODE J. “Por qué las familias abusan de sus hijos. Enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y adolescentes”. Ediciones Granica. Barcelona España. 1999.

GÓMEZ MORAN Lilian. “Temas de importancia en la investigación de los delitos sexuales contra personas menores de edad de edad”. Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000.

GONZÁLES CONTRÓ Mónica. “Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación”. Universidad Nacional Autónoma de México. 2008.

GUILLEN RODRÍGUEZ Ileana. “La valoración del testimonio de menores de edad en delitos sexuales”. Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 2005.

HIERRO Livorio L. “¿Tienen los niños derechos?”. Comentarios a la Convención sobre los Derechos del Niño. Revista Educación. Número 294. Madrid. España. 1991.

HUNT Lynn. “La vida privada durante la revolución francesa” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada”. Vol. 3. Taurus. Madrid. España. 1991.

JUÁREZ LÓPEZ Josep Ramón. “El menor de edad como testigo: fundamentos y técnicas” en Psicología Criminal. Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. Pearson. Madrid. España. 2005.

LARRAURI Elena. “Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias” en Revista de Ciencias Penales. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 16 N° 22. Septiembre 2004. San José. Costa Rica. 2004.

LARRAURI Elena. “Victimología” en “De los Delitos y las Víctimas”. AA.VV. AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1992.

LLOBET RODRÍGUEZ Javier. “Proceso Penal Comentado”. Código Procesal Penal Comentado. Segunda Edición. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003.

LÓPEZ ORTEGA Juan José. “La Protección jurídica de los niños-víctimas en el proceso penal” en Revista Justicia de Paz. N° 10. Año IV-Vol.-III. Septiembre-Diciembre-2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

LÓPEZ ROSETTI Daniel. “Estrés. Epidemia del Siglo XXI”. Lumen. Segunda edición. México D.F. 2001.

MENÉNDEZ LEAL Salvador. “La Víctima. Aproximación al problema procesal” en “Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal”. 1° edición. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998.

OCHAITA Esperanza. “Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia”. Universidad Autónoma de Madrid. España. 2000.

PÉREZ VALLADARES Gilma; GUIROLA Ima. “El marco legal e institucional para la protección de la niñez y adolescencia ante la explotación sexual comercial en El Salvador. Análisis de situación y propuesta de fortalecimiento”. ECPAT Internacional. CEMUJER. San Salvador. El Salvador. 2005.

PIAGET Jean. “El Criterio Moral en los Niños” Fontanella. Barcelona. España. 1974.

PIAGET Jean. “El nacimiento de la inteligencia en el niño”. Editorial Grijalbo. México. 1994.

PIAGET Jean. “Seis estudios de psicología”. Editorial Barral. Barcelona. España. 1977.

QUEREJETA CASARES Luis Miguel. “Las Víctimas y los daños personales derivados del ilícito penal” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

RAVAZZOLA Cristina. “Historias Infames: los maltratos en las relaciones. Serie Terapia familiar”. Paidós. Buenos Aires. Argentina. 1997.

RONCIÉRE Charles. “La vida privada de los notables toscanos en el umbral del Renacimiento” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada”. Vol. 3. Taurus. Madrid. España. 1991.

ROUSSEAU Jean Jacques. “Emilio o de la educación”. EDAF. Madrid. España 1980.

SAN AGUSTÍN [400]. “Confesiones”. Apostolado de la Prensa. Madrid. España. 1964

SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto, DÍAZ CASTILLO Marco Tulio, RIVERA MÁRQUEZ Sergio Luis. “Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2010.

SERRANO Amaya Arnaiz. “Los medios de prueba mencionados expresamente en el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal. La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”, en La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal. Thomson. Aranzadi. Navarra. España. 2006.

STINGO Néstor Ricardo y colaboradores. “Los trastornos Psíquicos. La psicopatología en el siglo XXI”. Ediciones Centro Norte. Buenos Aires. Argentina. 2000.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI Ignacio José. “Las Víctimas: Juicio oral y sentencia” en “Las Víctimas en el Proceso Penal”. 1 edición. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. San Sebastián. España. 2000.

TAMARIT SUMALLA Josep M. “La Víctima en el Derecho Penal”. Editorial Aranzadi. Pamplona. España. 1998.

ÚBEDA DE LOS COBOS Julio José. “Videograbación y Videoconferencia” en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2007.

VIEYNE Paul “El imperio Romano” en ARIÉS, Phillipe y DUBY Georges (directores) “Historia de la Vida Privada. Vol. 1 Taurus. Madrid. España. 1988.

**“LA VÍCTIMA Y EL
DERECHO DE ACCESO A
LA JUSTICIA EN EL
ÁMBITO PENAL
JUVENIL”**

CONSULTOR:

Martín Alexander Martínez Osorio

Sumario

1. Conceptos generales. 2. Las diversas concepciones históricas en relación a la víctima y el sistema penal. 3. El derecho de acceso a la justicia de las víctimas. 4. La víctima y el derecho de acceso a la justicia en el proceso penal juvenil. 5. Propuesta de una regulación del derecho de acceso a la justicia para la víctima en el proceso penal juvenil salvadoreño: el querellante adhesivo simple. Bibliografía. Abreviaturas. Anexos.

1. Conceptos generales

De inicio, resulta relevante establecer tres definiciones esenciales que provienen del ámbito de la disciplina científica conocida como victimología, y que nos servirán en todo el recorrido del presente trabajos. Estas definiciones son:

- (a) Qué vamos a entender por víctima;
- (b) En qué consiste el proceso de victimación
- (c) Qué es la desvictimación.

Pues en la actualidad, dentro de la cobertura de estos conceptos, se plantean cuestiones de tanta trascendencia como las estrategias de reducción de la victimización secundaria, el estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, la introducción de la justicia reparadora o la preparación de los escenarios de reencuentro o coexistencia entre agresor y víctima después del hecho delictivo y de la condena penal²¹¹.

Una definición amplia de **víctima** de delito es la que se relaciona en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985. En el referido instrumento se nombra como víctimas de hechos delictivos a quienes: “...individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros”²¹².

Pero también, tal instrumento efectúa una referencia separada a las víctimas que hayan sufrido los daños anteriormente mencionados como consecuencia de: “...acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos...”.

A esta definición general se estipula que “la expresión víctima incluye en su caso a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa, y a las personas que

211 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. Victimología, justicia penal y justicia reparadora, 32.

212 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, infra I-9.

hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación”.

Esta clara autonomía del concepto de víctima, propio de la victimología penal, se manifiesta en las diferencias existentes entre el mismo y el concepto de sujeto pasivo propio del Derecho penal. Pues, aunque a menudo ambos términos son usados como equivalentes, el primero tiene una mayor amplitud: sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido; mientras que el término víctima puede designar en sentido extenso a personas afectadas indirectamente por el hecho delictivo que no son el sujeto pasivo, como las personas allegadas al fallecido en el delito de homicidio, por ejemplo²¹³.

Es así, entonces, que en sentido victimológico penal, la idea de víctima se acerca más al concepto de perjudicado, como persona que se ha visto afectada de modo directo o indirecto por las consecuencias del hecho.

Aunado a lo anterior, conviene señalar que la noción de sujeto pasivo resulta poco adecuada para comprender la contribución que la víctima puede aportar a la génesis del hecho delictivo; precisamente porque ciertas corrientes victimo-dogmáticas han puesto de manifiesto que el rol de la víctima –en ocasiones– no es precisamente pasivo.

Por tales razones, resulta preferible utilizar los conceptos de persona ofendida o agraviada como sinónimos de sujeto pasivo²¹⁴.

1.1. Victimación y desvictimación

La victimación es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático. Dentro del cual se distinguen dos dimensiones: por una parte, la consideración de los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o traumatizante²¹⁵ y, el

213 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 41.

214 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 42.

215 En los que se agrupan los siguientes elementos: individuales, tales como edad y género, o las características de personalidad y las respuestas al hecho traumático; comportamiento de la víctima (exposición a situaciones de riesgo); las características del ofensor, su relación con la víctima, las motivaciones en la elección de la misma; oportunidad: de especial interés son la ausencia o la escasez de recursos de seguridad y la peligrosidad de determinados espacios y tiempos; sociales: elementos ambientales, la estigmatización o marginación de determinados colectivos de personas, que permite identificarlos como objetivos a agredir. Además de los anteriores argumentos, no puede desconocerse la existencia de situaciones que pueden ser definidas en términos de victimación, con la presencia de una víctima y, frecuentemente, de un ofensor perfectamente identificables, y que, pese a su proximidad con lo penal, no pueden ni deben ser concebidas como hechos delictivos. Efectos que producen en la víctima, como stalking (acecho, con connotaciones predatorias), bullying (acoso o intimidación, básicamente entre iguales, con especial interés en la población adolescente), mobbing (acoso laboral), harassment o harrcelement, “acoso moral” o a las conductas de descuido hacia menores de edad o incapaces (neglegt). Cfr. J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 49 y ss.

impacto de tal hecho sobre la víctima²¹⁶; esto es, el modo de vivir la experiencia de victimación. Aquí entran en consideración el conjunto de factores de los que depende el impacto del hecho y obliga a considerar los elementos de carácter individual, social y cultural que determinan el hecho de llegar a ser víctima; en suma, los que condicionan y modulan el modo de vivir la referida experiencia.

Este carácter complejo del proceso de victimación explica que sea habitual distinguir entre *victimación primaria, secundaria y terciaria*.

La **victimación primaria** es el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático. En tal sentido, Landrove Díaz la define como: "...aquella producida tras el contacto directo con el hecho delictivo..."²¹⁷.

El término **victimación secundaria** fue acuñado por Khüne²¹⁸, para referirse a todas las agresiones psíquicas —no deliberadas pero efectivas— que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios, policiales o de la judicatura —interrogatorios, reconstrucción de los hechos, asistencia a juicios, identificaciones de acusados, lentitud y demora de los procesos, etc.—²¹⁹.

En este sentido, al entrar en contacto con las instancias policiales y judiciales, la víctima recuerda la vivencia criminal, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor, abatimiento, que pueden conducir al padecimiento de desórdenes psíquicos, a los que sin duda también puede contribuir la estigmatización social como víctima.

En términos sencillos, cuando se relaciona la victimación secundaria se hace referencia, entonces a lo pernicioso de la relación de la víctima con el sistema legal²²⁰.

La **victimación terciaria** es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros. Al respecto, en el ámbito doctrinario, muchos autores relacionan en este concepto a los efectos que produce la prisión en los internos de los centros penitenciarios,

216 Se refiere al estudio científico en torno a la categoría psiquiátrica del trastorno por estrés postraumático (posttraumatic stress disorder). El desarrollo científico en el conocimiento del impacto psíquico permite la evaluación del mismo, lo cual puede tener efectos en el orden jurídico, como el reconocimiento de derechos, la cuantificación de daños indemnizables o, en su caso, la determinación de la medida de la pena a imponer al responsable del hecho delictivo. Cfr. J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 49 y ss.

217 G. Landrove. *Victimología*, 44.

218 E. Baca y otros. *Las víctimas de la violencia*, 139 -141. (Citando a Kühne HH. *Kriminologie: Victimologie der Notzucht*. Juristische Schulung, 1986, 94).

219 E. Baca y otros, "El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares" en: *Las víctimas de la violencia*., 139-185.

220 A. García-Pablos De Molina. *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño*, 292-293.

sobre sus hijos y demás familiares que mantienen contacto con ellos. De igual forma, en los casos del dictado de órdenes judiciales de alejamiento en el ámbito de la violencia doméstica, en relación a los ofensores y las víctimas, así como en su descendencia²²¹.

1.2. La desvictimación

Consiste en el proceso de reparación, entendido no sólo como indemnización de perjuicios, sino como reconocimiento, asistencia y reintegración social del afectado. Como tal, trata de conjurar riesgos como la estigmatización de la víctima, la instalación crónica del perjudicado en el status de la “eterna víctima”, así como el indeseable efecto de construir una “sociedad de víctimas”. Al igual que la victimación, se trata de un fenómeno altamente complejo, en el que intervienen diversos factores y actores sociales, entre los que se destacan en primera fila: el sistema de justicia penal, las fuerzas de seguridad, los servicios sociales, los profesionales sanitarios y de la salud mental. De igual forma, también intervienen los responsables políticos, los medios de comunicación, las instituciones de apoyo a las víctimas, las asociaciones de víctimas y familiares, entre los más importantes²²².

2. Las diversas concepciones históricas en relación a la víctima y el sistema penal

En tiempos pretéritos, se otorgó a las víctimas del delito un papel principal en el proceso penal, a tal extremo que, incluso, se llegó a dejar en sus manos la facultad para administrar justicia y la determinación de las consecuencias penales por la comisión del delito. Eran los tiempos en los que imperaba la venganza privada, en los que la ausencia de límites alcanzó niveles excesivos de crueldad.

En tal dimensión, la retribución se vinculó a la magia y a la psicología colectiva del clan, otorgándole un carácter eminentemente religioso y la pena se presentó como un sacrificio a la divinidad orientado a la purificación de un ambiente contaminado con el maleficio²²³. Se hace, entonces, responsables a objetos inanimados, a los animales y hasta los cadáveres²²⁴. Y en casos extremos, tal responsabilidad supera lo individual hasta transformarse en colectiva, como aconteció en la antigua China con la denominada Ley de Lynch. Conforme a la misma, eran decapitados todos los parientes masculinos del culpable en los casos de alta traición²²⁵.

221 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 52.

222 Cfr. J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte- *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 53 y 54.

223 Como sostiene Jiménez De Asua, *Tratado de Derecho Penal*, I, 241.

224 Cuenta Henting, como Dracón promulgó una ley en Atenas para que las cosas sin vida que cayeran sobre un hombre y lo matasen fueran proscritas. H. von Henting, *La Pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, 90.

225 Cfr. H. von Henting, *La Pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, 15.

Esta desproporción entre la lesión y la venganza fue superada por las leyes del talión²²⁶, con los que la venganza adquiere una medida y un objeto²²⁷.

Sin embargo, en el fin de esta etapa, se encuentra la creciente intervención de poderes centralizados que se erigieron como únicos definidores de las contiendas entre víctimas y victimarios. Estos terceros empiezan a apropiarse de una compensación económica, que debía ser compartida con la comunidad o con el rey. Esto ocasiona el nacimiento de la multa como una sanción de carácter pecuniario²²⁸.

La aparición de estos terceros supuso, de forma paulatina, el ensombrecimiento de un protagonismo que la víctima tenía en su propio conflicto y de sus intereses, los cuales ya dejaron de ser considerados de orden penal, para ser de orden civil.

Ello aconteció con singular nitidez en el modelo inquisitivo, donde la justicia del Estado era el fin único perseguido por la sanción penal –aparecen los delitos de lesa majestatis– y surge la figura del pretor, como un encargado de impartir justicia en nombre del rey²²⁹.

Es aquí donde empieza el denominado “periodo de neutralización de la víctima”²³⁰.

2.1. Neutralización de las víctimas

Conforme la irrupción de ese poder centralizado estatal se consolida el sistema de enjuiciamiento penal inquisitivo, en el que la víctima perdió todo protagonismo²³¹. Desde tal óptica, el conflicto penal dejó de ser un asunto inter partes, para constituirse en un problema entre el ofensor y el Estado. En otras palabras, la ofensa penal era hacia el poder central, y por ende, la sanción aparece como una potestad del soberano para castigar. Ello supuso importantes transformaciones en el ámbito del Derecho penal sustantivo y en el adjetivo.

226 Con ellas se dan los primeros pasos en la estructuración del poder político de los nacientes Estados y con su fortalecimiento se desliga a las víctimas del manejo de las penas, que pasa a manos de un juez imparcial que somete a prueba los hechos y gradúa la sanción de acuerdo con la gravedad de la lesión. Sus antecedentes se encuentran en el conjunto de leyes que conforman el Código de Hammurabi, promulgado por el sexto rey de la dinastía amorrea de Babilonia, probablemente en el año 40 de su reinado. Igualmente, en la Ley de las XII tablas y en la legislación mosaica, la cual terminó interpretándose en el sentido de dar un valor pecuniario al “mano por mano”, convirtiéndolo en pena de multa, teniendo en cuenta las condiciones de las víctimas, del delincuente y del delito. Cfr. C. Fontán Balestra, Tratado de Derecho Penal, I, 95.

227 Cfr. L. Jiménez De Asua. Tratado de Derecho Penal, I, 244.

228 Cfr. Á. Burgos Mata. La Victimología, 265-281.

229 Cfr. A. Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal, I, 50.

230 J. Maier. Derecho Procesal Penal Argentino, I, 211.

231 Es un sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, la idea extrema sobre el valor de la autoridad, la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano. El escaso valor de la persona humana individual frente al orden social. J. Maier, Derecho Procesal Penal Argentino, I, 209.

Así, las partes directamente comprometidas en el conflicto podían ejercer escasa influencia en el curso posterior de los eventos, una vez que una materia ha sido definida como criminal y que ella, como tal, ha sido tomada por el sistema²³².

En ese sentido, el delito se entendió como una vulneración a un bien –de naturaleza eminentemente abstracta– protegido por el Estado²³³. La pena adquirió una función esencialmente retributiva e intimidatoria, y el proceso se desarrolla conforme una profesionalización de los roles procesales, particularmente en cuestiones jurídicas y hasta oratorias –acusador, defensor, juez técnico–²³⁴.

Tal configuración del sistema procesal significó para la víctima una pérdida por partida doble. Primero, frente al delincuente, y segundo –y a menudo de una manera más brutal– frente al Estado, al serle denegada a participar en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida²³⁵.

Posteriormente, se da la instauración de la reforma liberal, y se efectúa la construcción de un modelo de enjuiciamiento de corte mixto –inquisitivo en el ámbito instructorio/acusatorio en el ámbito del juicio–²³⁶. Sin embargo, en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima, no se avanzó grandemente, pues, la preocupación en el ámbito de la legislación y la doctrina, se encaminó en revestir de mayores garantías al encartado durante la persecución y juzgamiento de los delitos. Basta advertirlo de una lectura rápida de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y la Constitución de los Estados Unidos de 1776²³⁷.

Hilvanando un sentido positivo a lo anterior, estos cambios históricos trajeron al menos –y es de reconocerse– un desapasionamiento del tema del conflicto, entendiendo el problema de la

232 Cfr. L. Hulsman. "El derecho de la víctima a no ser subordinada a la dinámica de la justicia penal", en Cuadernos de Criminología número 7, 100.

233 "El imputado es un sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el procedimiento se corresponde con la de un inocente –hasta tanto sea declarado culpable y condenado por sentencia firme–, razón por la cual es el Estado –acusador– quien debe demostrar con certeza su culpabilidad (in dubio pro reo), destruyendo ese estado, y no quien debe construir su inocencia". J. Maier. Derecho Procesal Penal Argentino, I, 216.

234 Cfr. M. Herrera Moreno. La Hora de la Víctima. Compendio de victimología, 55 y ss.

235 N. Cristhie. "Los conflictos como pertenencias", en De los Delitos y de las víctimas, 162 - 163.

236 "En la legislación derivativa de la reforma liberal solamente se encuentra vagamente la mención de la víctima en dos aspectos: el primero de ellos en referencia al Derecho penal sustancial, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima. En el segundo aspecto, la posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal quedó enclaustrado en los estrechos límites dentro del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, lo que dista mucho de ser considerado un mecanismo adecuado para la satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas". E. Righi, "Dogmatica y política criminal en la víctima" en Teorías actuales en el Derecho Penal, 334 y ss.

237 No puede dejar de destacarse la influencia que ha tenido para la doctrina penal desde antiguo de C. BECCARIA y su célebre obra De los delitos y las penas.

sanción penal como una cuestión en la que debe imperar la racionalidad y la necesidad²³⁸. Sin embargo, los intereses de la víctima seguían siendo olvidados hasta los inicios del siglo XIX con el positivismo italiano.

Así, CESARE LOMBROSO consideró la posible influencia emocional que la víctima podía tener sobre el criminal, y GAROFALO aseveró la importancia que la conducta de la víctima puede tener en la provocación al criminal en la ejecución del delito.

Años después, década de los cuarenta e inicios de los cincuenta del siglo pasado, la humanidad volvió la mirada hacia los atroces acontecimientos realizados en la segunda guerra mundial, generando una preocupación científica que trascendió al exclusivo tratamiento legal del delincuente²³⁹. Es aquí donde la víctima recobra lentamente el protagonismo perdido y desde distintos ámbitos –sociales, asistenciales, jurídicos y criminológicos– empieza a restablecerse su importancia.

2.2. *Re-descubrimiento de las víctimas*

La etapa de redescubrimiento de la víctima comienza con la aparición de estudios sobre la vulnerabilidad de ciertas personas, la contribución que éstas efectúan a su propia victimización y la interacción delincuente–víctima.

Es así que en las primeras investigaciones se abordan los efectos negativos del delito sobre la víctima, las causas y consecuencias del miedo al delito, el proceso de recuperación de las personas afectadas y el papel que el apoyo social juega en tal proceso, los mecanismos de compensación; así como las experiencias y actitudes de las víctimas hacia el sistema jurídico penal y las posibles estrategias de prevención.

Y lo más importante, a modo de colofón, es el surgimiento de la Victimología como una disciplina científica que tratará de modo especial la singular problemática de las víctimas de hechos delictivos²⁴⁰.

Pioneros en estos campos fueron los trabajos de VON HENTING, y en específico su célebre obra *The Criminal and his Victim* (1948), en el que recalcó el rol de la víctima y su contribución al hecho delictivo. Para ello, sobre la base de variables psicológicas y sociológicas, describió la existencia de diversos tipos de víctimas. Por otra parte, Mendelsohn siguió la vía iniciada por von Henting, pero realizó la clasificación sobre la base de la culpabilidad de la víctima en la

238 En tal sentido, sostienen Fiandaca/ Musco que la premisa común del iluminismo partía de la preocupación de racionalizar la aplicación del Derecho penal, así como su entendimiento como un instrumento útil para la prevención del delito, evitando una desproporción excesiva de la respuesta estatal. G. Fiandaca y E. Musco, *Derecho Penal, Parte General*, XVII.

239 C. Alonso y E. Garrido Martín. *La víctima: el gran olvido social*, 5 y ss.

240 Cfr. J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología. justicia penal y justicia reparadora*, 31.

producción del delito. Esta idea de la culpabilidad de la víctima llevaba una carga moral mayor que la idea de contribución apuntada por VON HENTING.

Ello fue proseguido por WOLFGANG, quien en su libro *Patterns in criminal Homicide* acuñó el concepto de precipitación para describir aquellos supuestos en los que la víctima había sido la primera en utilizar la violencia. Tal concepto de precipitación intentó aplicarse también en la explicación de ciertos delitos como el robo y violación sexual²⁴¹.

A finales de los años sesenta se llevan a cabo las primeras encuestas de victimización en los Estados Unidos de Norteamérica, y que fueron realizadas posteriormente en otros países como Alemania y España²⁴². El objetivo de las mismas fue conseguir la mayor información posible, para elaborar propuestas de política criminal acerca de las técnicas provisionales –medidas eficaces para prevenir una futura victimización– y represivas –áreas conflictivas en una ciudad– de cada episodio de victimización. De igual forma, para cuantificar las cifras probables de victimización real en algunos delitos, que vayan más allá de las incompletas estadísticas policiales²⁴³.

Es así que las encuestas de victimización ampliaron el conocimiento del fenómeno delictivo al constatar los siguientes datos: (a) existe un mayor número de delitos que aquél que es objeto de una denuncia; (b) cuando se produce la denuncia, ella obedece a motivos distintos del interés en conseguir el castigo del culpable; (c) en algunos tipos de personas, el factor influyente de victimización es el “estilo de vida”; de ahí que, quien tiene mayor probabilidad de convertirse en víctima es el joven que sale de noche; (d) las víctimas provienen de los sectores más pobres de la sociedad; (e) es frecuente que las víctimas conozcan al agresor; (f) la percepción de seguridad o de miedo no está directamente relacionado con la posibilidad matemática de ser víctima de un delito²⁴⁴.

Otros de los factores que estimularon el interés de las víctimas fueron los movimientos que reclamaron una mayor atención del tema y que exigían una serie de compensaciones y programas de apoyo para las personas que sufrieran algún tipo de victimización. A partir de tales exigencias, en varios países se crearon programas de compensación. El primero apareció en Nueva Zelanda en 1963, y estaba dirigido a las víctimas de delitos violentos. En Inglaterra, en 1964; en el estado norteamericano de California, en 1965; y posteriormente en Canadá, Australia, Irlanda y Suecia.

241 E. Larrauri. “Victimología”, en *De los Delitos y de las víctimas*, 284.

242 Cfr. W. Hassemer y F. Muñoz Conde. *Introducción a la criminología*, 186 – 187.

243 Cfr. E. Larrauri. “Victimología”, en *De los Delitos y de las víctimas*, 286 y ss.

244 E. Larrauri. “Victimología”, en *De los Delitos y de las víctimas*, 286.

En América Latina el pionero fue México, ya que en 1969 se creó una ley de protección y auxilio a las víctimas del delito²⁴⁵.

A su vez, los movimientos feministas comenzaron a reclamar una mayor focalización en la violencia dirigida a las mujeres, surgiendo investigaciones centradas principalmente en los malos tratos a la mujer y la victimización sexual²⁴⁶.

Finalmente, otros autores han apuntado cómo, a pesar de sus sesgos y sensacionalismos, los medios de comunicación contribuyeron a que se conocieran las consecuencias y el impacto del delito para las víctimas²⁴⁷.

De todas maneras, intencionalmente o no, lo cierto es que en los años setenta el interés por las víctimas crece dramáticamente, con la proliferación de congresos y simposios sobre el tema²⁴⁸, apareciendo la primera revista especializada de nombre *Victimology: an International Journal*. Pocos años después se crea la Sociedad Mundial de Victimología²⁴⁹.

2.3. La victimología en la actualidad

En la década de los ochenta resurge una –nueva– victimología, que se diferencia drásticamente de las concepciones positivistas de raíces lombrosianas y cuyo eje central fue la preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, sin contraponer los mismos a los del delincuente²⁵⁰.

245 En su articulado se fija claramente la manera de comprobar el estado económico de las víctimas a las cuales la ley protege. Se logra por medio de un organismo de antigua raigambre en varios Estados del país: el Departamento de Prevención y Readaptación social. Se fijan las formas de recaudar los fondos necesarios para el auxilio previsto, sin necesidad de recurrir a imposiciones de los contribuyentes. A. Beristain Ipiña. La Victimología. Nueve palabras clave, 458.

246 En este sentido, Sangrador señala que el interés por las víctimas fue estimulado por el célebre asesinato de una mujer, Kitty Genovese, en Estados Unidos. Esta mujer fue atacada en la puerta de su casa por un individuo que tardó 30 minutos en matarla y ninguno de los vecinos que contemplaron el crimen hizo nada para auxiliarla, ni siquiera se llamó a la policía. J.L. Sangrador. "La Victimología y el sistema jurídico penal", en Psicología Social y Sistema Penal, F. Jiménez Burillo y M. Clemente Miguel (Eds.), 61 -90.

247 V. Ferrer Pérez y E. Bosch Fiol. El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia contra las mujeres: el caso de España, (PW).

248 Se da el primer Simposio de victimología, celebrado en Jerusalén en 1973 y los recurrentes en los eventos internacionales celebrados cada tres años bajo los auspicios de la Sociedad Mundial de Victimología. Posteriormente, en el año de 1976, en la ciudad de Boston, Estados Unidos, se celebró el segundo Simposio Internacional de Victimología, en donde se destacó la importancia de la tarea asistencial de la víctima. En 1979 se realizó el tercer simposio, en Alemania. Su aporte más importante fue la creación de la Sociedad Mundial de Victimología. El cuarto simposio se realizó en 1982, en Japón e Italia, Lisboa en 1984, Zagreb en 1985, Italia en 1987, donde se señalaron los grandes temas de interés, como restitución y compensación. Todos estos simposios se han realizado con el objetivo de crear una ciencia encargada de desarrollar, estudiar e investigar los temas más trascendentales vinculados con la víctima. Cfr. H. Marchiori. La Victimología del Delito, 40.

249 E. Viano. Victims and Society, 179-193.

250 En concordancia a esta idea, algunos autores llaman esta etapa como de "desmarginalización de la víctima". Cfr. N. Cristhie y Silva Sanchez.

Para LARRAURI el resurgir de esta nueva victimología se justifica con la creación de políticas de “ley y orden” y la necesidad de establecer un contrapeso a la criminología crítica, que con sus análisis deterministas –sociales– parecía eximir implícitamente al delincuente de toda responsabilidad²⁵¹.

Ello desemboca en propuestas legislativas que realzan los derechos de la víctima a nivel legal, la superación de la autotutela, la minimización de la violencia, la democratización de la seguridad, la voluntad de impedir la negación de la dimensión humana del infractor y la reinserción social²⁵². Proceso que se encuentra actualmente en desarrollo y que tiene su ámbito de mayor discusión en los actuales diseños de la política criminal.

Sin embargo, este importante avance de conciencia político-legal en clave victimológica genera en algunos aspectos ciertos recelos que merecen una crítica aparte.

Si bien existen motivos para sostener la necesidad de un enfoque global y profesional acerca de los intereses de la víctima, en ocasiones la generosa concesión legislativa a sus demandas de corte punitivo pueden generar un control del delito notablemente contrario a las ideas liberales que dieron lugar a las constituciones nacionales. Al efecto, el profesor DIEZ RIPOLLÉS nos señala que, en la actualidad, lo que se ha producido es una inversión de papeles: ahora la víctima subsume dentro de sus propios intereses los intereses de la sociedad.

Por ende, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de sus intereses públicos, los cuales terminan siendo personalizados²⁵³. En contrapartida, ello puede significar el desarrollo de instituciones jurídicas inconsistentes y apresuradas, por no decir ineficaces²⁵⁴.

En palabras de MAIER estamos en presencia de la “nueva ola” en el debate político criminal, la cual puede ser manejada a conveniencia, sin que ello signifique una respuesta integral a las necesidades de la víctima²⁵⁵. Al contrario, la misma puede derivar en un desbalance procesal a favor de la víctima, que puede llegar a tener mayores derechos que el mismo imputado dentro del proceso penal.

Algo hartamente criticable, en la medida que tanto los derechos de la víctima deben ser cotejados o compatibilizados con otros intereses dignos de protección como los del imputado. Por ende,

251 E. Larrauri. “Victimología”, en *De los Delitos y de las víctimas*, 284 - 285.

252 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 73.

253 J. L. Diez Ripollés. *La política criminal en encrucijada*, 77 - 78.

254 J. M. Tamarit Sumalla, y C. Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, 73.

255 J. Maier. *Derecho Procesal Penal*, II Parte general, sujetos procesales, 582. Crítico: A. Bovino, *Principios políticos del procedimiento penal*, 103.

es necesario tomar con precaución todas aquellas propuestas pro-víctima que supongan un ensanchamiento del poder penal del Estado y en contrapartida generen menos libertad²⁵⁶.

En tal sentido, tanto NAUCKE como ALBRECHT sostienen que actualmente vivimos un Derecho penal político, en el cual los intereses sociales que generen réditos electorales son los únicos de interés para los políticos²⁵⁷. De esta forma, la existencia de grupos sociales pro-víctimas ha generado un desequilibrio en el ámbito de la justicia penal, en la medida que exigen una mayor intervención punitiva en determinados sectores sociales de visible vulnerabilidad, por ejemplo hacia el maltrato, y donde enfatizan la necesidad de respuestas más contundentes²⁵⁸.

Así, muchos países modificaron sus legislaciones en materia de delitos sexuales y la adopción específica de leyes que sancionarán la violencia doméstica²⁵⁹; justificado, de acuerdo a los movimientos feministas, por el alarmante grado de victimación sufrido particularmente por las mujeres, de acuerdo a lo señalado por las encuestas de victimización.

Sin embargo, el aspecto positivo de estas propuestas determinó la creación de mecanismos judiciales y administrativos que asegurarán a la mujer y niños el acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces²⁶⁰. A partir de ello, aparecen las primeras leyes compensatorias para mujeres y la atención sobre el maltrato infantil; así como el surgimiento de los centros de ayuda a víctimas en diversos países desarrollados.

Posteriormente, y en otros planos jurídicos –sin abandonar la elaboración de instrumentos destinados a reforzar la participación pasiva de la víctima– se avanzó en reconocer atribuciones procesales activas al ministerio público fiscal, para ejercer acción penal en el caso de víctimas vulnerables²⁶¹. No obstante que ello, en algunas ocasiones, signifique un desmejoramiento en relación a ciertas garantías y derechos del imputado en el proceso penal. Por ejemplo:

256 Cfr. H. Winfried y F. Muñoz Conde. Introducción a la criminología, 205 y ss.

257 Sostiene P. A. Albrecht: "que el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos, la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal" A.A.V.V., "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del Derecho Penal*, 50.

258 Cfr. J. M. Silva Sánchez. Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 13.

259 Estas leyes relativas a la violencia intrafamiliar, generalmente trascienden al ámbito de la mera reforma del Código Penal, y se trata de propuestas más o menos extensas que buscan crear sistemas normativos de corte punitivo-victimológico o mixtos, en los que se combinan la lógica de la prevención penal y la de atención a la víctimas, particularmente en sus necesidades de seguridad, recuperación personal y de garantía de condiciones de autonomía. Así, aparecen medidas como el alejamiento del agresor, la cual puede ser entendida como una medida cautelar en El Salvador, o para algunos una pena como acontece en el caso español. Al respecto, sobre estos sistemas véase: A. Asúa Batarrita, *Las recientes medidas de prevención de la violencia de género de la pareja en la legislación española*, 4; y. M. Acale Sánchez, *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código penal*, 301.

260 E. Larrauri. "Victimología", en *De los Delitos y de las víctimas*, 284.

261 E. Righi. "Dogmática y política criminal de la víctima", en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, A.A.V.V. 328.

considerando como de suficiente valor probatorio las declaraciones de la víctima-mujer; y en ocasiones, condenando únicamente con base en ello *–in dubio pro muliere–*²⁶².

3. El derecho de acceso a la justicia de las víctimas

Como se dejó evidenciado en el apartado anterior, tradicionalmente el proceso penal ha sido entendido como un instrumento de realización del ius puniendi del Estado, de modo que el derecho de castigar por la comisión de un ilícito penal sólo puede llevarse a cabo a través del proceso penal. Ello, particularmente, ha sido uno de los problemas fundamentales que han tenido las víctimas en relación a lograr una tutela adecuada a sus derechos.

Sin embargo, conviene efectuar matizaciones, pues la problemática presenta diversos perfiles según se trate de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden civil, con el objeto de reclamar la restitución, reparación o indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del hecho ilícito –posibilidad reconocida generalmente en los distintos ordenamientos jurídicos–. O, de acceder a los órganos jurisdiccionales del orden penal: ora para llevar a cabo un papel activo en las causas penales, ora simplemente para tener conocimiento del desarrollo del enjuiciamiento de los hechos que han sido objeto del proceso y conocer el resultado del mismo. Y aún cabe la tercera posibilidad de que únicamente sea para intervenir en el mismo en calidad de testigo, pero con la seguridad de que va a recibir la adecuada protección y tutela de su integridad personal. Se trata entonces de tres posibilidades, no siempre reconocidas en los diversos ordenamientos jurídico-penales, y si son reguladas, lo son de muy diversa forma y con distinta extensión.

Efectivamente, desde que el Estado asumió el monopolio del ejercicio del ius puniendi, el papel de la víctima ha quedado reducido en muchos casos al ámbito civil, considerándose su actuación en el proceso penal como innecesaria, e incluso negativa, por ser una forma de dar cabida a eventuales sentimientos represivos, alejados de la idea de un Derecho penal preventivo y resocializador.

Por otro lado, se teme que la mayor relevancia del papel de la víctima en el proceso penal sirva para devaluar el sistema de garantías fundamentales que tutelan la posición del imputado en el moderno²⁶³.

Sin embargo, tal concepción debe ser criticada, por lo siguiente: es cierto que el proceso penal tiene como finalidad básica la reconstrucción de la verdad histórica y la aplicación de la ley penal. Pero también es un instrumento de protección de los derechos fundamentales, los cuales se relacionan en el concepto de bien jurídico y en el objeto material en que recae la acción delictiva. Desde esta perspectiva, el proceso penal debe servir para asegurar el estándar mínimo

262 Cfr. H. Winfried y F. Muñoz Conde. Introducción a la criminología, 205 y ss.

263 A. M. Sanz Hermida. La situación jurídica de la víctima en el proceso penal, 63.

de derechos y garantías propias del debido proceso penal, tanto para el imputado como en relación a la víctima.

De ahí que el quid de la cuestión no radique en replantear los derechos y garantías del inculpado, sino de amparar de forma adecuada y en un plano de equilibrio los intereses de la víctima, lo que no debe significar una desmejora en el estatuto procesal penal del primero²⁶⁴. Desde esta óptica, las soluciones pasan por determinar cuáles son los medios óptimos para otorgar a las víctimas una mayor protección y participación en el proceso penal.

Así, la primera premisa a tomar en cuenta es que los diversos sistemas de enjuiciamiento criminal de fines del siglo pasado se han hecho pensando básicamente en los derechos y garantías fundamentales del imputado, siendo generalmente desplazado el interés por las víctimas del delito²⁶⁵. De ahí que tengan razón las críticas relativas a la victimización secundaria que produce el proceso penal, en la medida que se vuelve nula la posibilidad de obtener información sobre sus derechos, como el no recibir atención jurídica ni psicológica alguna y obligándose –en la regularidad de casos– a enfrentarse al delincuente durante la prestación de su testimonio, lo cual supone ahondar todavía más en la afectación personal sufrida con el delito²⁶⁶.

A fin de evitar o minimizar estas consecuencias se vienen propugnando en recientes instrumentos jurídicos de carácter internacional, medidas que buscan estatuir diferentes derechos y facultades que las víctimas poseen dentro del proceso penal. En primer lugar, se encuentra la Resolución de la ONU dictada en el año 1985, en la que se adoptó la **Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder**. Y en segundo lugar, aunque referida únicamente en relación a la Unión Europea, la **Decisión Marco** del 15 de Marzo de 2001, referida al **Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal**.

En relación a la primera merece destacarse lo relativo al derecho de acceder a la Administración de Justicia, lo cual se destaca en la segunda parte del numeral 4° del literal A), cuando se subraya que ellas “tendrán derecho al acceso de los mecanismos de la justicia (...)”. Prosiguen en el numeral 6) que impone “(...) la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos de las necesidades de las víctimas (...)”, especialmente “permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses” (numeral 5°, literal b).

De mayor avance resulta ser la Decisión Marco, la cual establece:

“El derecho a ser oída durante las actuaciones judiciales y presentar elementos de prueba.

264 Ibid., 63.

265 J. Solé Riera. La tutela de la víctima, 27

266 A. M. Sanz Hermida. La situación jurídica de la víctima en el proceso penal, 64,65

La adopción de las medidas necesarias para que las víctimas sólo sean interrogadas en la medida necesaria para el proceso penal.

El derecho a recibir información sobre las medidas de protección y asistencia de que dispone el ordenamiento jurídico, así como los órganos, asociaciones o entidades encargadas de proporcionarla.

La necesidad de prestar, en su caso, asistencia y asesoramiento jurídico.

El derecho a la protección de la víctima y de sus familiares.

Cuando la víctima reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar”.

Este instrumento europeo destaca, además, la necesidad de garantizar que la víctima sea informada de su denuncia y del desarrollo del proceso penal, salvo en los casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado y, finalmente, conocer la sentencia del tribunal (artículo cuatro).

Es evidente que tales instrumentos internacionales pueden considerarse un desiderátum en relación a la realidad jurídica; pues, conforman un abanico obligado de opciones legislativas que en mayor o menor grado se han insertado en la mayor parte de estatutos procesales penales del ámbito latinoamericano, con todos los problemas interpretativos y prácticos en su interpretación. Pero debe reconocerse que se trata de un estándar mínimo, al cual deben procurar adaptarse las legislaciones nacionales, cualquiera que sea su naturaleza. En nuestro caso también el régimen penal juvenil.

3.1. La víctima como parte en el proceso penal de adultos. El principio constitucional de la autonomía de la víctima

Tomando en cuenta lo anterior, el ordenamiento procesal penal comienza, en forma progresiva, a tomar en cuenta a la víctima del delito como un personaje importante dentro del procedimiento²⁶⁷. Así, el Código Procesal Penal vigente se adhiere a una tendencia sumamente dominante en el ámbito latinoamericano, de permitir su presencia como querellante adhesivo en los procesos por delitos de acción pública y acción pública previa instancia particular²⁶⁸.

267 En varios CPP la figura de víctima se entiende en forma amplia. Para el CPP de El Salvador comprende también al cónyuge, al compañero de vida o conviviente, a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, al hijo o padre adoptivo y al heredero testamentario, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido. A los socios, respecto a los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes, o por quienes dirijan o administren una sociedad controlada, controlante o vinculada. A las asociaciones, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses. (Art. 105 del CPP).

268 Art. 107 y 108 del CPP.

Adicionalmente, se reconoce un catálogo taxativo de derechos a la víctima, los cuales puede hacer dentro del procedimiento penal, aunque su inobservancia no reporte efecto procesal alguno —es decir, su incumplimiento no implica en ningún caso una nulidad del procedimiento—²⁶⁹. En relación a esto último, su reconocimiento no supone de ninguna forma el “derecho a ser parte”, sino más bien, un derecho a intervenir o a participar teniendo que ser escuchada en aquellos actos procesales de especial trascendencia.

No obstante lo anterior, la participación de la víctima en el proceso penal como un sujeto procesal que pueda instar el procedimiento de forma autónoma, es un debate que recientemente se ha revitalizado, en razón de las disfunciones que presenta el monopolio exclusivo de la acción penal pública por parte del ente público constitucionalmente facultado para ello —la Fiscalía General de la República—. Y con un especial énfasis, cuando no decide darle trámite en el diligenciamiento de alguna denuncia o querrella, o se demuestra retardo en su prosecución.

269 En nuestro CPP, con respecto a la víctima, específicamente se enuncia que tendrá derecho (art. 106):

- 1) A intervenir y tener conocimiento de todas las actuaciones ante la policía, la fiscalía, cualquier juez o tribunal y conocer el resultado de las mismas.
- 2) A ser informada de sus derechos, y a ser asistida por un abogado de la fiscalía cuando fuere procedente o por su apoderado especial.
- 3) A que se le nombre intérprete o persona que sea capaz de explicar sus expresiones cuando sea necesario.
- 4) A ser oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado, salvo los casos en que habiéndose citado no comparezca a la audiencia.
- 5) A impugnar las resoluciones favorables al imputado aunque no haya intervenido en el procedimiento.
- 6) A ser escuchada en la fase ejecutiva de la pena antes de conceder permiso de salida de los condenados, libertad condicional o la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
- 7) A ser notificada del abandono o desistimiento de la querrella o de la acusación o de cualquier otra decisión que implique la no continuación del proceso.
- 8) A ofrecer pruebas personalmente en las etapas procesales determinadas para tal fin en este Código, sin perjuicio de las facultades conferidas al fiscal.
- 9) A ser indemnizada por los perjuicios derivados del hecho punible, a que se le reparen los daños ocasionados por el mismo o a que se le restituya el objeto reclamado.
- 10) Cuando la víctima fuere menor de edad de edad:
 - a) Que en las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior.
 - b) Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso.
 - c) A recibir asistencia y apoyo especializado.
 - d) A que se proteja debidamente su intimidad y se apliquen la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de sus familiares.
 - e) A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles, y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con él cuando fuere menor de edad de doce años.
 - f) Ser oída por la autoridad judicial o administrativa antes de adoptar una decisión que le afecte.
 - g) A que se le de aviso de inmediato a la fiscalía.
 - h) A que se le designe un procurador, a los efectos de asegurar la debida asistencia y apoyo durante el procedimiento, cuando carezca de representante legal o éste tenga interés incompatible con el del menor de edad o cuando sea solicitado por la víctima con discernimiento.
- 11) A gozar de las medidas previstas en los regímenes de protección que sean aplicables.
- 12) A recibir apoyo psicológico o psiquiátrico cuando sea necesario.
- 13) Los demás establecidos en este Código, en tratados vigentes y otras leyes.

A ello, se ha sumado el interés de los medios de comunicación y organizaciones sociales, que se muestran alarmados por el aumento de las víctimas en determinados ámbitos delictivos – delitos contra la libertad sexual, delitos provenientes de organizaciones criminales nacionales y/o transnacionales, actos de terrorismo a gran escala o hechos delictivos realizados por niños y jóvenes, por destacar algunos de ellos–. En tal sentido, el reclamo de participación activa de las víctimas se inscribe y se hace más enérgico en un contexto de “sistemática violación de los derechos individuales y el desprecio a la ley, unido al alarmante nivel de impunidad”²⁷⁰.

Por ello, es que ciertos sectores doctrinarios defienden la recuperación y el fortalecimiento de la capacidad proactiva de la víctima en los sistemas de persecución y juzgamiento de los delitos públicos y semi-públicos, que actualmente son de exclusividad fiscal²⁷¹. Y otros, a *contrario sensu*, abogan por mantener la situación tal y cual existe, a fin de alejar el procedimiento penal de cualquier interés vindicativo²⁷².

Entre las razones a favor de dotarle de un mayor grado de participación se encuentra en que su inclusión se convierte en un elemento dinamizador del proceso; siendo ello de ineludible urgencia en la actualidad, en razón de los insoslayables requerimientos de la justicia penal, que poco a poco se va burocratizando hasta volverse lenta y rutinaria²⁷³.

Este argumento, relativo a la excesiva burocratización del Estado, supone que su intervención permitiría sacar el *caso penal* de la rutina impuesta y volverlo más personalizado e individual. Sin embargo, tal aseveración no persuade plenamente, pues la complejidad y lentitud del sistema penal no se relaciona tanto con la víctima, sino con una correcta gestión judicial que permita optimizar de mejor manera los recursos humanos y materiales –es decir, al estilo de las grandes empresas corporativas actuales–²⁷⁴.

No obstante, lo cierto es que el debate ha fructificado en diversos cauces, en referencia a la posibilidad de que la víctima pueda acceder al sistema de justicia penal, a saber: (a) un sistema amplio de participación, que le permita aún constituirse en un querellante autónomo; (b) un sistema de única vía o sumamente restringido de participación, la cual corresponda en exclusiva al ministerio público; y (c) un sistema intermedio, con presencia de una acusación o querella adhesiva.

Dentro del primer sistema, se encuentra el regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el cual prevé no sólo la participación del ofendido como acusador –particular o

270 E.R.Zaffaroni. Crisis y legitimación de la política criminal del derecho penal y procesal penal, 22.

271 J. Cafferata Nores. Introducción al nuevo código procesal de la provincia de Córdoba. Marcos, 33.

272 A. M. Sanz Hermida. La situación jurídica de la víctima en el proceso penal, 63.

273 A. Borthwick. Nuevo Sistema Procesal Penal, 43.

274 R. P. Lanzón. “La intervención de la víctima en el proceso penal y su derecho a actuar como querellante”, en El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, 235.

privado— en cualquier tipo de delitos; sino, incluso, la participación de cualquier ciudadano como acusador popular en los denominados delitos públicos²⁷⁵. De los segundos, los ejemplos suelen ser pocos y en razón de la naturaleza del proceso, como acontece en el ámbito de la justicia penal juvenil. Sin embargo, la mayoría de los sistemas procesales de corte romano-germánico se decantan por las soluciones intermedias. Es decir, conciben la participación de la víctima como un coadyuvante o un interviniente adhesivo del Ministerio Fiscal.

3.2. El querellante adhesivo y el derecho a la jurisdicción en el proceso penal de adultos

Como apuntamos anteriormente, en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos se permite la intervención de la víctima mediante la figura del querellante adhesivo o coadyuvante. Ellos actúan en un papel de colaboradores del Ministerio Público en los procesos de naturaleza pública o semi-pública, quedando subordinada su actuación a lo que dispense el primero en sus peticiones ante el juez. Las diferencias radican, de acuerdo a la regulación concreta que se haya establecido, y aún de la fase procesal en que vaya a intervenir —etapa preparatoria o de apertura de la instrucción por ejemplo—.

Esta figura, en sus diversas modalidades y matices, ha sido prevista en el ordenamiento jurídico salvadoreño, además del argentino, portugués, mejicano, brasileño, guatemalteco, panameño, entre otros²⁷⁶.

En tal sentido, y tomando como base el derecho comparado, la Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina ha opinado que la facultad de querellar adhesivamente es una mera concesión legal de carácter relativo y susceptible de ser suprimida en todo el tiempo. De igual forma, un fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, consideró que “...el rol del querellante significa la actividad de un sujeto eventual del proceso cuya intervención no es necesaria para la validez del procedimiento...”²⁷⁷.

275 Efectivamente, en el proceso penal español ya desde la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se introdujo la acción popular (art. 101), en virtud de la cual se regula la legitimación e cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo, para el ejercicio de la acción penal en la persecución de los delitos públicos, previsión que fue refrendada en el art. 125 de la vigente Constitución española de 1978. Junto a esta acción popular, y como no podía ser de otro modo, se reconoce un estatus propio al ofendido o perjudicado por el delito al que no sólo se le da la existencia del proceso, ofreciéndole la posibilidad de comparecer como parte activa (art. 309), sino que además no se le exige la prestación de fianza alguna como sucede en el caso de la acción popular (art. 280). Se le proporciona asistencia jurídica gratuita si carece de recursos económicos suficientes para litigar y puede además en el proceso abreviado constituirse en parte en el proceso sin necesidad de querella (art. 771. 1ª). Junto a estas posibilidades se procura en todo momento que la víctima tenga conocimiento de las contingencias que pueda sufrir la causa, y muy especialmente de las medidas de asistencia que prevé la legislación vigente (art. 776).

276 En algunos de estos ordenamientos jurídicos reconociendo la posible intervención de cualquier ciudadano en el ejercicio de lo que sería una acción popular, cuando se trata de determinados delitos cometidos por funcionarios públicos (art. 95 CPP 98 de El Salvador, art. 116 CPP de Guatemala o art. 51.4 CPP de Nicaragua entre otros). A. M. Sanz Hermida, La situación jurídica de la víctima en el proceso penal, 68.

277 R. Bielsa. Derecho Constitucional, 294.

Sin embargo, CAFFERATA NORES se muestra crítico de tales explicaciones, pues considera que si bien la protección de los intereses generales puede corresponder al Ministerio Público fiscal, el interés particular del afectado se canaliza mediante la querella. De ahí que, en el proceso penal, existe una tutela –si se quiere subsidiaria– de aquellos intereses generales simbolizados en los bienes jurídicos, pero en los que debe tutelarse también los intereses concretos de la víctima²⁷⁸.

Esto nos lleva, a una sobrada justificación político-criminal del querellante adhesivo, en la medida que ejerce un valioso rol coadyuvante al esclarecimiento de la verdad real, como fin último del proceso penal. Pero también de una postulación procesal que se muestra legítima, en razón de ser la persona que de modo singular e individual ha resultado dañada por el hecho punible²⁷⁹.

Por otro lado, se puede afirmar que si bien lo que las legislaciones intentan receptar es la figura del querellante adhesivo, no son pocas las voces que se han alzado en reparos de orden constitucional respecto del reconocimiento actoral de este sujeto, argumentando que el ejercicio de la acción penal pública –por parte del agraviado– conspira contra el principio de igualdad procesal; ya que, por un mismo delito, el imputado puede llegar a tener dos acusadores, generando una suerte de litispendencia formal.

Quizás la confusión deriva en la equivocada equiparación entre el derecho de acceso a la jurisdicción de la víctima –el cual se deriva dentro del sistema interamericano, del derecho al recurso establecido en el art. 25.1 CADH– con el derecho a impulsar el proceso, derecho a querellar²⁸⁰. Equiparación que no puede ser correcta, puesto que si los dos derechos fueran lo mismo, cada Estado tendría que instaurar la figura del querellante²⁸¹.

En tal sentido, el correcto entendimiento de lo establecido en tal disposición del Pacto de San José, es que la víctima tenga derecho a conocer del curso de la investigación, a conocer la

278 J. Cafferata Nores. Introducción al nuevo código procesal de la provincia de Córdoba, 32.

279 C. J. Rubianes. Estudio Jurisprudencial de la querella de acción pública, 49.

280 De acuerdo a señalado por la Comisión IDH, el art. 25.1 CADH establece: (a) el acceso a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado. (b) que se realice una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. Y (c) obtener del Estado una investigación judicial que se realice seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a sus responsables y de imponer sanciones pertinentes.

281 En relación a lo anterior se establece: que si efectivamente se confundiera el derecho a la jurisdicción –que tiene toda víctima por ser tal y no por su condición de querellante– con el derecho a que sea un tribunal y no un fiscal el que resuelva el litigio, se estaría afectando su derecho a la jurisdicción, cuando se priva al tribunal de dictar una sentencia cuando el fiscal no acusa. En tal caso, el juez estaría entonces facultado para avanzar en el proceso por la acusación particular. Por otra parte, si hacemos preponderar el derecho a la jurisdicción, la víctima –aún y cuando no se encuentre legitimada como querellante– por su sola calidad, también el proceso debería avanzar. Ello implicaría desatender a quien resulta obligado constitucionalmente al ejercicio de la acción, y pasar indefectiblemente a la etapa del juicio oral. Sobre lo anterior: S. E. Namer., “La autonomía del querellante y el derecho de la jurisdicción”, en El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, 329.

verdad de lo acontecido y que sea debidamente escuchada en relación a sus peticiones por el órgano jurisdiccional respectivo. Adicionalmente, y si se constituye en querellante, a un procedimiento y a una sentencia regular²⁸².

Quizás, en razón de tales confusiones y en la necesidad de un equilibrio más racional de la aplicación del Derecho penal y del Derecho procesal penal, conviene efectuar las siguientes acotaciones²⁸³: (a) la regulación de la figura del querellante se encuentra reservada al legislador nacional, y mal puede equipararse el derecho a la jurisdicción y el derecho a querellar, pues dejaría fuera del derecho a la jurisdicción a quienes no tienen el derecho a querellar; (b) es incorrecto afirmar que únicamente la querella autónoma permita un adecuado ejercicio del derecho a la jurisdicción; al contrario, a efectos de mantener la naturaleza pública de la respuesta penal, el querellante adhesivo se muestra como la opción más adecuada para compatibilizar los intereses proactivos del Estado y de la víctima²⁸⁴; (c) el desarrollo jurisprudencial de los organismos internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la tutela judicial efectiva no justifican en sí mismo el derecho de la víctima a una querella autónoma. Sino que sus pronunciamientos hacen relación a casos en los que el damnificado no tenía un acceso razonable a la jurisdicción. Y por último, (d) la existencia de límites al ejercicio integro de una acusación particular autónoma en los delitos de acción pública, no son más que restricciones razonables, al tan discutido derecho a la condena, y que se ha sostenido como un elemento inherente a la reparación integral.

No obstante lo anterior, se mantiene quizás un consenso tanto doctrinario como legal en el ámbito del derecho comparado, de dotar de una cierta participación a la víctima dentro del proceso penal, pero sin llegar a considerar su intervención como una parte procesal propiamente dicha²⁸⁵. Desde esta óptica, se ha previsto la posibilidad de que ella intervenga, aunque a veces

282 Significativo resaltar que tal situación puede causar un efecto tanto al principio de legalidad procesal; al dictado de un criterio de oportunidad o a la figura del juicio abreviado. Y ello porque si el hecho sobre el cual se ponen de acuerdo la víctima e imputado, la calificación legal o la pena pactada fueran menos gravosos que lo pretendido por el querellante éste no podrá oponerse a una eventual condena; puesto que, si bien podrá ser escuchado por los jueces, su opinión no resultara vinculante. Estas soluciones, cuyo fundamento político criminal descansa en un juicio de eficacia y oportunidad, puede que terminen beneficiando a la víctima al facilitar el esclarecimiento global del hecho, pero, con la probable insatisfacción de la víctima a que el castigo no resulte proporcional al daño causado. Situaciones como estas, son la que han dado lugar a la tesis de la bilateralidad de las garantías judiciales que trae aparejada la dificultad natural del uso de una misma herramienta para proteger a víctimas e imputados cuando sus intereses son opuestos. Cfr. J. Maier. La víctima y el sistema penal, 193.

283 Sobre lo anterior: S. E. Namer, "La autonomía del querellante y el derecho de la jurisdicción", en *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, 249 y ss.

284 Sobre lo anterior, con mucha claridad lo expone J. Maier: "La participación de la víctima en los casos de delitos de acción pública debe ser a título de querellante adhesivo, pues ésta es la única solución compatible con un sistema de pena estatal y persecución penal pública, pues permitir la autonomía de la acusación privada significa en ciertas circunstancias convertir la persecución penal pública en privada", *Derecho Procesal Penal*, 236.

285 De esta forma, lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que el art. 25.1 CADH no implica el reconocimiento de la obligatoriedad de los estados de regular la figura del querellante. Inclusive el artículo 14 del PIDCP limita más el derecho de toda persona a ser oída, al otorgárselo únicamente al sujeto contra el cual se sustancie "cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de

el contenido de su actuación no aparezca seriamente delimitada –si únicamente en lo relativo a la pretensión penal o si es con referencia a la reclamación de la reparación, restitución o indemnización de daños y perjuicios– ostentando tan sólo *un derecho a intervenir sin más*, potencial y limitado²⁸⁶.

En sintonía con tal postura, MAIER considera que los derechos de la víctima –aún en aquellos casos que no quiere intervenir en el proceso penal– son los siguientes:²⁸⁷

Derechos relativos a la información:

Sobre: (a) la forma y términos en que puede proteger sus intereses; (b) se le permita conocer la verdad en relación con los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual ha sido víctima; y, (c) se le informe sobre la decisión definitiva en relación con la persecución penal, como de ser notificada de los actos principales del procedimiento, aquellos que lo concluyen o clausuran, (como el sobreseimiento, archivo de la sentencia, etc.) o aquellos importantes del curso del procedimiento, (como la acusación del fiscal, los actos relativos a la celebración de la vista pública), etc.

Deber de informar que corre por cuenta de la policía y/o el fiscal correspondiente desde el momento mismo en que la víctima intervenga, y que no se contrae a que conozca los derechos de los que es titular, sino que comprenda lo acontecido en un lenguaje adecuado a su edad y madurez, antes, durante y después de la persecución penal. De ahí que el acto procesal de la notificación se vuelva trascendental, así como el acompañamiento de un intérprete.

Derechos relativos a la intervención:

Al margen de las posibilidades para ser parte a las que se ha hecho referencia, se encuentran como poder iniciar un proceso penal, el emitir su opinión a lo largo del proceso y, en especial, al final del juicio –sí está presente en él– el derecho a impugnar las decisiones que directamente le afecten.

Derechos relativos a la protección:

En los órdenes de intimidad y seguridad personal, es decir, frente a las eventuales acciones del victimario, provenientes de terceras personas o ambos. Las medidas de protección se proyectan en tres etapas: en la fase de indagación e investigación, en el proceso penal propiamente dicho y llegan más allá de la tramitación misma del proceso.

carácter civil...". Todo lo anterior determina que el legislador nacional está perfectamente legitimado para –en una eventual reforma normativa– privar al ofendido de intervenir en el proceso penal en el carácter de querellante. Al respecto, véase el Caso "Bulacio", serie C, número 100, párrafo 118.

286 J. Hemptinne. "The status and role of the victim", en Casseese Gaeta Jones, The Rome Statut, 1387 -1419.

287 J. Maier. Derecho Procesal penal, 769-770.

Derechos relativos a la asistencia:

En la faceta intraprocesal y extraprocesal. La primera, relativa a contar con una asesoría jurídica especializada; y, la segunda, a contar con soporte, respaldo y acompañamiento en los planos médicos, psicológicos, rehabilitación, emocionales y de recuperación.

Derechos relativos a la reparación:

Que abarque: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. Éstas no son excluyentes una de otras y pueden concurrir, según el caso, simultáneamente. La reparación debe ser adecuada, justa y pronta y puede ser individual o colectiva, según la naturaleza del derecho violado y el conjunto humano afectado²⁸⁸.

Dejando de lado lo anterior, deben enumerarse dos situaciones en las que las opiniones doctrinarias resultan pacíficas: en primer lugar, en relación a la pretensión de restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización de los perjuicios ocasionados con el hecho punible, donde se les reconoce legitimación directa y principal. En segundo lugar, cuando las víctimas se constituyen en sujetos procesales activos en los denominados delitos de acción o instancia privada. Aquí se suele dejar exclusivamente en manos de la víctima la persecución y enjuiciamiento de dichos delitos, a cuyo efecto deberán presentar la acusación oportuna (art. 28 CPP).

3.3. Derechos de las víctimas relativos a la intervención del proceso

La relación entre el sistema penal y la víctima es bidimensional en el sentido que, por un lado la víctima necesita del sistema penal para cumplir sus objetivos, sean reparatorios o vindicativos. Pero por otro lado, el sistema penal necesita de la víctima para cumplir los suyos, básicamente para lograr la efectiva persecución de los delitos²⁸⁹.

Efectivamente, en muchos casos es la víctima quien realiza la primera selección penal al poner en conocimiento de los órganos competentes para la investigación penal la *notitia criminis* que da lugar al inicio de estas actuaciones. Posteriormente, su colaboración puede resultar también esencial en la destrucción de la presunción de inocencia, a través de la aportación de los elementos de prueba necesarios a tal fin. Concluyendo, la presencia o participación de la víctima puede tener importancia en la finalización de la causa, la impugnación de las decisiones judiciales, etc.

De este modo, la intervención de la víctima en el proceso –además de las posibilidades a las que se acaba de hacer referencia, como en los casos en que actúa en calidad de testigo o conforme a las regulaciones internas de los Estados en los que interviene, como parte o en situación *sui generis* de participante activo– suele tener facultades sumamente diversas.

288 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 136/99, de 22 de diciembre de 1999, Caso 10.488 –Ignacio Ellacuría y otros–, párr. 224.

289 X. Ferreiro Baamonde. La víctima en el proceso penal, 279.

Y es que una especial mención merece *la participación de las víctimas como testigos en el proceso penal*, sobre todo en aquellos supuestos en los que su declaración se erige en una prueba de cargo fundamental para la condena del acusado.

Aquí se presentan diversos problemas, porque efectivamente en la declaración de las víctimas como testigos se erigen en un importante mecanismo de victimización secundaria, ya que en muchas ocasiones el mismo sujeto se ve obligado a declarar durante el periodo de investigación y posteriormente durante la fase contradictoria. De esta manera, la víctima se ve obligada a revivir una y otra vez hechos que, en buena parte de los casos, quieren no volver a recordar. Lo anterior sumado a que estas declaraciones se practiquen en presencia del acusado. Y el miedo de las víctimas a eventuales represalias aumenta las posibilidades de victimización secundaria.

3.4. El derecho de acceso a la justicia en el ordenamiento salvadoreño de adultos

El Código Procesal Penal, en materia de principios de justicia para las víctimas, no solamente dispensa gran importancia y acogimiento a la participación de la víctima dentro y a lo largo del procedimiento; sino que, inclusive, llega al extremo de estimar como primordial el derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia, tal como se aprecia en el art. 11 CPP.

Ese acceso de las víctimas a la justicia significa que no solamente deben contar con la posibilidad de intervenir directa y efectivamente dentro del proceso penal; sino que, adicionalmente, deben ser escuchadas en cuanto a sus intereses, expectativas y aspiraciones a lo largo del mismo.

Por su parte, el CPP fomenta el acceso de las víctimas al proceso penal en dos apartados genéricos de importancia: en un primer momento, en el ya mencionado artículo 11 que enuncia –incluso, a modo de derecho fundamental de las víctimas– el tener acceso a la administración de justicia. Y en relación a las declaraciones contenidas en el art. 106 numeral 4: “A ser oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado, salvo los casos en que habiéndose citado no comparezca a la audiencia”. Numeral 5: “A impugnar las resoluciones favorables al imputado aunque no haya intervenido en el procedimiento”. Numeral 6: “A ser escuchada en la fase ejecutiva de la pena, antes de conceder permiso de salida a los condenados, libertad condicional o la suspensión condicional de la ejecución de la pena”. Numeral 8: “Ofrecer pruebas personalmente en las etapas procesales determinadas para tal fin en este Código, sin perjuicio de las facultades conferidas al fiscal”. Y el numeral 3: “A que se le nombre intérprete o persona que sea capaz de explicar sus expresiones cuando sea necesario”.

La premisa de la que se parte y que resulta de capital importancia para comprender el radio y ámbito de actuación que tendrá la víctima en toda las actuaciones relativas a su caso, se relaciona con ese derecho de acceso a la jurisdicción, el cual implica “...no solamente que conozca de su reclamación frente a terceros y la resuelva, sino también a que le dispense una asistencia jurídica y protección cuando su integridad física o moral, así como la de su familia, se encuentre puesta en peligro, antes, durante y después del proceso penal”.

Ese proceder en garantía de sus derechos comprende: (a) la participación en todo el procedimiento penal; (b) la inclusión de derechos sustantivos a las víctimas; (c) la regulación del querellante y la ampliación de los supuestos de la querella, para reivindicar su carácter autónomo o reducir la subsidiariedad en los supuestos de conversión de la acción penal; (d) la conciliación en materia del procedimiento especial en los delitos de acción privada; (e) la promoción de acuerdos de tipo reparatorio en algunos delitos de persecución pública; y (f) la enumeración de un catálogo de deberes que tanto las instituciones del sistema penal como los sujetos procesales deben tener en cuenta en su relación con las víctimas²⁹⁰.

Sin embargo, es claro que tal derecho de acceso a la jurisdicción por parte de la víctima, presenta ciertas peculiaridades en el ámbito penal en general y que ha llevado a nuestro máximo tribunal constitucional a establecer el denominado *principio de autonomía de la víctima*, el cual debe ser respetado en el ámbito del proceso penal. Así, en la sentencia constitucional anteriormente examinada –ref. 5-2001 del 23/XII/2001– se estipuló:

“(…) El derecho a la protección jurisdiccional conlleva, entonces, a la posibilidad de que un supuesto titular del derecho, o que tenga interés legítimo, pueda acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión o a oponerse a la ya incoada, y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso justo y equitativo, tramitado de conformidad con la Constitución, el Derecho Internacional vigente y las leyes correspondientes. (...) Se advierte, entonces, que estamos en presencia de un derecho de prestación, que conlleva la obligación del Estado de crear las condiciones legales, judiciales y administrativas necesarias para el acceso real y expedito a la jurisdicción y a la protección efectiva de los derechos de las personas”.

Si se toma en cuenta lo anterior podemos hablar en la actualidad de un principio de naturaleza político-criminal, que se relaciona con la autonomía de la víctima, y que se constituye en un nuevo lineamiento estructural que informa a los sistemas de enjuiciamiento criminal modernos, en especial el nuevo Código Procesal Penal.

Tal directriz tiene un claro anclaje constitucional, en la medida que quien ha visto lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico fundamental o instrumental contemplado en la Constitución, cuenta con el derecho de acceder a la jurisdicción; no solamente que conozca de su reclamación frente a terceros y la resuelva, sino también a que le dispense una asistencia jurídica y protección cuando su integridad física o moral, así como la de su familia, se encuentre puesta en peligro, antes, durante y después del proceso penal²⁹¹.

290 Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 5/2001 (acumuladas) del día veintitrés de diciembre de dos mil diez.

291 Adicionalmente, la Sala dictaminó una serie de reglas específicas que desde la óptica de la protección a los derechos de la víctima deben ser observadas por los aplicadores del derecho. Así, a partir de una interpretación generosa del artículo 2 Cn. Sostuvo que la víctima está facultada para: (i) Ser escuchada en los casos en que el Fiscal quiera aplicar el criterio de oportunidad, conforme al art. 20 del C.Pr.Pn. del anterior estatuto punitivo. (ii) Impugnar la decisión judicial que concede el

4. La víctima y el derecho de acceso a la justicia en el proceso penal juvenil

4.1. Naturaleza jurídica de su intervención

En el proceso penal juvenil, con carácter general, es la Fiscalía General de la República quien monopoliza la pretensión penal al estar prohibido su ejercicio por particulares. De este modo, el ministerio público fiscal es quien se convierte en parte acusadora, única y necesaria del proceso, la cual debe sostener la acusación o, en su caso, declarar que no existe mérito para promover la acción (art. 50, 69 y 71 LPJ).

En cuanto al fundamento de la exclusión del ejercicio de la pretensión penal por los particulares se ha sostenido que, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal común, el proceso penal juvenil responde a especiales finalidades educativas del sistema; lo que mal se compadece con la presencia proactiva de la persona afectada por el hecho delictivo cometido, y que lógicamente ejercitaría su pretensión por consideraciones ajenas a dicho interés superior.

En razón de lo anterior, las peticiones del ministerio público fiscal son las que van a marcar la extensión del principio acusatorio, conforme al cual el juez de menores de edad no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el ente fiscal²⁹².

Al mismo tiempo, ese mismo monopolio de la pretensión penal por parte del órgano público acusador, cumple una función instrumental, ya que potencia el posible juego del principio de oportunidad en este ámbito jurídico, y contribuye a dar efectividad al superior valor que la ley concede al interés del menor de edad (art. 70 LPJ). Ello implica que desde el momento en que promueve la imposición de una medida cautelar o ejercita la acción penal, se convierte en una parte acusadora dentro del proceso penal juvenil, ejerciendo funciones similares al procedimiento común de adultos; pero con la particularidad que ha atender al principio de reeducación y reinserción social del menor de edad, lo cual supone solicitar las medidas que estime adecuadas a la consecución de tal fin.

Por ello es, precisamente, que el estatuto penal juvenil impone a la Fiscalía General de la República –al postular ante estrados algunas medidas sancionatorias legalmente previstas– exponga razonadamente los fundamentos jurídicos y educativos que considere que deben tenerse en cuenta en su adopción (art. 50 LPJ).

mencionado criterio de oportunidad. (iii) Solicitar la conversión de la acción penal pública en privada, conforme al art. 29 del C.Pr.Pn. (iv) Ejercer la acción penal privada –como querellante–, según el art. 21 inc. 2º del C.Pr.Pn., si el supuesto no es de lo que se contemplan en el art. 29 de tal Código.

4.2. La regulación de los derechos de la víctima que efectúa la Ley Penal Juvenil salvadoreña.

De lo preceptuado en el art. 51 de la LPJ se deduce que la actuación de la víctima en el proceso penal juvenil se va a “delimitar” a lo siguiente:

- a- Ser informada de los resultados del procedimiento y de los posteriores a la resolución definitiva, independientemente que haya o no intervenido en los mismos.
- b- A participar en la conciliación, el desistimiento y la vista de la causa, así como en cualquiera otra audiencia que afecte su interés, conforme a lo establecido en la presente ley.
- c- A impugnar el sobreseimiento, la absolución o la cesación del proceso, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento;
- d- A que no se revele su identidad, ni la de sus familiares:
 - I. Cuando la víctima fuere menor de edad de edad.
 - II. Cuando tal revelación implicare un peligro evidente para la misma.
 - III. Cuando la víctima lo solicite.
- e.- A que se le brinden medidas de protección;
- f.- A recibir asistencia médica o psicológica, cuando la necesite.

Iguales derechos tendrán el cónyuge o conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el adoptante o adoptado del ofendido, cuando la infracción haya provocado la muerte de éste.

Para el ejercicio de los derechos señalados en los literales b) y c) de este artículo, excepto en la conciliación, la víctima podrá designar mediante escrito que dirigirá al tribunal respectivo, un abogado para que la represente, sin perjuicio de que pueda hacerlo a través de mandatarios. Además, la víctima podrá nombrar a una persona de su confianza en calidad de acompañante en todas las fases del proceso”.

Como se evidencia, la víctima del delito cada vez adquiere mayor importancia legal. Precisamente es en el campo del Derecho penal juvenil donde adopta un papel más activo y conciliador. Así, por ejemplo, el artículo 36 en relación con el 62 de la LPJ establece la posibilidad de suspender el procedimiento por arreglo conciliatorio entre el menor de edad y la víctima.

4.3. Perspectivas en el Derecho comparado: el caso de España

La LORRPM española, siguiendo las modernas orientaciones de los ordenamientos jurídicos y las tendencias doctrinales iniciadas en la década de los ochenta –las cuales buscaban reforzar la

posición de la víctima en el ámbito penal– introdujo algunas consideraciones dignas a tomar en cuenta en el tema. En particular, tratando de lograr un difícil equilibrio entre el interés del joven sindicado, el del perjudicado por el delito y el interés de la sociedad²⁹³.

Así, el punto de arranque lo constituye el derecho a la tutela judicial efectiva como un mecanismo jurídico de protección frente a la injusticia. Desde esta óptica, el orden jurídico debe ser expresión formal de ese ideal y los órganos jurisdiccionales deben acercarse al mismo a sus usuarios, sean autores del delito o víctimas²⁹⁴.

Es así que el art. 19 de la LORRPM concede a la víctima o perjudicado un importante papel en el sobreseimiento del asunto cuando exista conciliación del menor de edad y la víctima o aquél haya asumido un compromiso de reparación del daño causado, atendiendo a la “gravedad y circunstancias de los hechos y del menor de edad, de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos”.

Lo anterior, en relación con el art. 51. 2 de la Ley, que dota de un importante valor al acuerdo de conciliación efectuado tras la sentencia ya que puede servir para dejar sin efecto o sustituir la medida impuesta al menor de edad.

En todos estos supuestos, la reparación y la conciliación se erigen en instrumentos que contribuyen de forma eficaz a la consecución del principio educativo que preside el sistema²⁹⁵, y se da la aplicación directa al principio de oportunidad como uno de los instrumentos fundamentales en la consecución de los fines propios en este sistema²⁹⁶.

De ahí que con la conciliación y con el compromiso de reparación, se garantiza entonces una “satisfacción moral y material” a favor del perjudicado por el delito, o en su caso, a favor de la comunidad en general²⁹⁷.

Por otra parte, en lo que se refiere a la participación del ofendido en la causa penal, el art. 25 de la LORRPM dispone que:

“Cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia”.

293 A.M. Sanz Hermida. El nuevo proceso penal del menor de edad, 165.

294 G. Quinteros Olivares . La justicia penal en España, 77.

295 J. De Lano Rubio. La víctima en el actual proceso de menores de edad: presencias y ausencias, 4 y ss.

296 En este sentido el art. 3b de la CDN; las reglas 6ª y 11. 2 de las Reglas de Beijing, el art. 2 de la Recomendación 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

297 F. Bueno Arús. Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores de edad delincuentes, 7-18.

Sin embargo, pese al tenor de la disposición, su actividad se ve limitada a la aportación de medios de prueba de los hechos delictivos que se le imputan al menor de edad y a efectuar las alegaciones oportunas, sin que pueda realizar manifestación alguna sobre las medidas a aplicar al menor de edad, ni sobre las circunstancias personales, familiares y sociales de éste.

De estas previsiones puede deducirse que la participación del perjudicado en estas causas tiene dos características esenciales: (a) es contingente, pues sólo actuará en los casos en los que se admita su personación por el órgano competente, una vez concurran los presupuestos legalmente establecidos; y (b) es de carácter accesorio, puesto que se va a centrar fundamentalmente en contribuir o coadyuvar al éxito de la pretensión ejercida por el ministerio público fiscal²⁹⁸.

Se advierte en este punto que la intención del legislador español no fue que la víctima en estos supuestos ejercite una acción particular en sentido estricto, sino que su objetivo es contribuir a la consecución de la acción penal y la eficacia de la justicia; pero también, eliminar consideraciones de castigo o venganza que, eventualmente, pudieran perseguir los perjudicados por el delito. Por ello, únicamente se les permite la aportación o introducción de medios de prueba y no la petición de sanciones para el joven imputado.

A salvo hay que dejar, sin embargo, la novedad introducida por dicha Ley, ya que de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas se permite la intervención del perjudicado en los procesos penales contra mayores de dieciséis años, sin que pueda considerarse, que ejercita acción particular en sentido estricto; ya que la disposición legal restringe dicha actuación a tener vista de lo actuado, proponer pruebas y participar en la práctica de las mismas y en su valoración "...sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas" para el joven inculpado.

Empero, con esta estricta regulación de participación, este sistema se permite tomar en consideración las alegaciones de las víctimas y el "sentir" de las mismas, como formas de coadyuvar precisamente a ese principio educativo que preside a todo el sistema penal juvenil.

Lo que sí puede resultar discutible y aún criticable, es que se ha optado por una intervención restrictiva a determinados supuestos, en función de la gravedad de los hechos y la edad del sujeto activo, lo que de acuerdo a la opinión de Sanz Hermida "...obedece a consideraciones de índole retributiva, sin establecer un desarrollo pormenor de edadizado de los cauces procedimentales y derechos de que gozan"²⁹⁹.

De igual forma, tal regulación ha merecido sobradas críticas en relación a la restricción de ciertas facultades del perjudicado que se apersona al proceso; pues si bien le permite tener vista de lo actuado, solicitar la práctica de las pruebas que estime pertinentes dentro de los límites legalmente señalados y alegar en relación a la valoración que sobre las mismas pueda llevarse

298 V. Gimeno Sendra. El proceso penal de menores de edad, 2.

299 A. M. Sanz Hermida. El nuevo proceso penal del menor de edad, 168.

a cabo, no puede efectuar “...manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas por el ministerio público fiscal”.

Sin embargo, y a pesar de las críticas que sin duda merece tal regulación, no puede dejar de reconocerse que constituye un reconocimiento cuasi-integral de sus derechos fundamentales y, por ende, una dignificación jurídica de la misma³⁰⁰.

En suma, desde una aproximación evolutiva, se puede concluir que la intervención del particular en el proceso de menores de edad hasta la reforma de 2003 podría caracterizarse por una participación *sui generis*, que sólo era posible a través de la incoación del expediente por parte del ministerio fiscal. Ello se justificaba por el interés de las víctimas en contribuir al esclarecimiento de los hechos³⁰¹. Pero a partir de la reforma del 2003 con la posibilidad de apersonamiento de las víctimas como acusación particular, es que se generó un trastocamiento de efectos tremendos en la normativa penal juvenil española.

Y es que, junto a estos razonamientos jurídicos, la propia redacción del precepto, según la opinión de *Perez Machío*, presenta una técnica legislativa no sólo defectuosa, sino en distintas ocasiones contradictoria; pues resulta de la interpretación conjunta del derecho a instar la imposición de medidas (letra b. del artículo 25) y el derecho a proponer pruebas, ello resulta imposible cuando las mismas versen sobre aspectos personales, familiares, educativos, sociales o psicológicos del menor de edad. Esto ha dado lugar a que le sea vetada la posibilidad de acceder al informe del Equipo Técnico, el cual –en aras de salvaguardar la intimidad del niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal– únicamente pueden tener acceso el ministerio fiscal y el juez de menores de edad.

Contra el presente planteamiento existe, sin embargo, un grupo de autores que no creen vulnerado el interés superior del menor de edad frente a la introducción en el proceso del ejercicio de la acción particular. Para ellos, la posibilidad de que los perjudicados o víctimas puedan proponer una medida de carácter sancionatorio no resulta contraria a la salvaguarda del menor de edad; pues, pese a no tener acceso al informe del equipo técnico y no disponer de la información suficiente para determinar la medida más adecuada, será el juez de menores de edad quien en última instancia dictamine la medida más apropiada a dichas circunstancias, de acuerdo a los principios que inspiran el régimen legal.

En razón de lo anterior, podemos afirmar que la introducción de la acusación particular dentro del proceso penal juvenil español a partir del año 2003 –además de ser el resultado de una determinada demanda social– es la traducción más clara de un “derecho al pataleo”, facultad que mientras se mantenga en consonancia con los postulados inspiradores del proceso penal

300 A. I. Pérez Machío. Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores de edad, 303.

301 *Ibíd.*, 304.

juvenil tendrá una repercusión real, pero que al perseguir finalidades meramente vindicativas y retributivas, se reducirá a un mero reconocimiento jurídico sin ningún tipo de influencia procesal³⁰².

5. Una propuesta de lege ferenda para la víctima, para el proceso penal juvenil salvadoreño: el querrellante adhesivo con facultades limitadas

Como se ha señalado con anterioridad en los procesos penales juveniles, no cabe el ejercicio de la pretensión por particulares; quedando, en principio, excluidos de estos procesos las víctimas o perjudicados por el delito ya que el ejercicio de la acusación se atribuye en un monopolio exclusivo a la Fiscalía General de la República.

Se señalaba que la justificación de tal funcionamiento es que no nos encontramos en cualquier clase de proceso, sino en el que juzgamos a un joven infractor; el cual, de alguna manera, está sometido a un régimen especial judicial de protección, lo que puede ser desnaturalizado con la puesta en escena judicial de un acusador particular. Es así que la presencia de este último puede ser un elemento distorsionador y disfuncional dentro del sistema de la justicia penal juvenil.

Desde esta óptica, son razones sancionadoras pero con preeminencia educativa las que alejan del Derecho penal juvenil cualquier otra finalidad cercana al castigo y a la mera venganza personal; máxime cuando se trata de un ámbito en que el interés superior del menor de edad y la protección de la víctima deben ser conciliados³⁰³.

Así, tenemos como ejemplo el proceso penal juvenil español, en el que la víctima o el perjudicado es parte procesal pero con atribuciones limitadas, dada la naturaleza especial de este tipo de enjuiciamiento. De su análisis advertimos: (a) en primer lugar, no se trata de un derecho que asiste con carácter general a la víctima o perjudicado por el delito, sino tan sólo de una posibilidad de personarse en el procedimiento cuando el órgano competente así lo acuerde, previa concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas; y (b) su actividad se ve limitada a la aportación de medios de prueba de los hechos delictivos que se le imputan al menor de edad y a efectuar las alegaciones oportunas, sin que ello pueda influir en la determinación judicial de la medida sancionatoria a imponer más allá de las peticiones que, al respecto, formule el ministerio público fiscal.

De acuerdo a estas consideraciones, la intervención del perjudicado o víctima en los procesos penales juveniles podría catalogarse como la de un sujeto procesal *sui generis*, en el que podrían establecerse restricciones en el ejercicio de ciertas facultades en aras de salvaguardar la finalidad reeducativa de la medida sancionatoria. Y cuya inclusión en el proceso penal juvenil salvadoreño devendría en razón de una reforma legislativa en la LPJ, que le otorgue facultades limitadas – posibilidad de aportar pruebas, contradecir la que ofrecen otros sujetos procesales, efectuar alegaciones relativas a la gravedad del hecho delictivo causado en sus intereses, etc.–.

302 A. I. Pérez Machío. Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores de edad, 304.

303 *Ibid.*, 301.

Es así que la naturaleza singular de esta participación se asemejaría en gran medida a la figura del querellante coadyuvante, en tanto que ostenta un interés legítimo en la causa –como víctima o perjudicados por el ilícito cometido– y al cual el Código Procesal Penal vigente en materia de adultos les habilita para comparecer en el proceso, e intervenir en el mismo como partes accesorias, subordinadas y secundarias a la actuación de la Fiscalía General de la República –al menos en lo que respecta a la apertura del procedimiento penal–. Intervención que, por otra parte, difícilmente puede ser calificada como litisconsorcial, puesto que el estatuto procesal penal general no les permite deducir una pretensión de contenido distinto a la formulada por los sujetos procesales principales. Sin embargo, por la especialidad del régimen penal juvenil, la supletoriedad de tal figura –de acuerdo al art. 41 LPJ–es inviable.

Por ende, su intervención tendrá que regularse de manera adhesiva simple, y en el que la participación del perjudicado se enfocará principalmente en contribuir o coadyuvar al éxito de la pretensión fiscal³⁰⁴.

Esta propuesta resulta favorable en nuestro país, como un mecanismo de control de la actividad procesal de la Fiscalía General de la República en el ámbito penal juvenil, pues contribuiría para desterrar cualquier percepción –en ocasiones infundada– de parcialidad, arbitrariedad o indolencia en la persecución pública de aquellos delitos que puedan revestir de una mayor gravedad social.

Sin embargo, las reticencias y objeciones devendrían de la inclusión legal de un querellante o acusador autónomo dentro del proceso penal juvenil. Pues ello supondría una inaceptable equiparación con la jurisdicción penal de los adultos y lo despojaría de los pilares básicos que imperan en el Derecho penal juvenil: interés superior del menor de edad, finalidad reeducativa y de reinserción de la sanción penal, etc.³⁰⁵. Y es que la especialidad del proceso penal de menores de edad y el interés en que exista un alejamiento de los postulados tradicionales del Derecho Penal de adultos, atribuyen a este primero una serie de especificidades traducidas en la primacía del interés superior del menor de edad y en la persecución de finalidades sancionadoras-educativas, como ejes fundamentales de todo el proceso.

Así, no teniendo el proceso de menores de edad connotación retributiva alguna, sino educativa, la intervención de ofendidos o perjudicados, como acusación particular, resulta inaceptable en la medida que se persiga con ella la satisfacción de un interés vindicativo. Ya que si es reparatorio, su satisfacción está suficientemente garantizada mediante el ejercicio de la acción civil en sede civil, o mediante los mecanismos de mediación y conciliación.

Vuélvase a reiterar, entonces, que son las finalidades sancionadoras-educativas la protección del interés superior del menor de edad; la necesidad de que la medida objeto de aplicación se oriente a la resocialización y reeducación del menor de edad; las circunstancias personales,

304 A. M.. Sanz Hermida. El nuevo proceso penal del menor de edad, 168.

305 A. I. Pérez Machío. Aproximación crítica a la intervención de la acusación particular en el proceso de menores de edad, 305.

familiares, sociales y psicológicas del mismo y la necesidad de potenciación de los mecanismos alternos a la resolución de los conflictos penales los argumentos fundamentales para su no inclusión.

De ahí que la salvaguarda de los derechos de las víctimas no se debe medir por la intensidad de su intervención en un procedimiento tan delicado como el penal juvenil, sino más bien a través de la puesta en práctica de fórmulas donde adquieran la notoriedad y la importancia que les corresponde.

Adicionalmente, y en relación a las razones constitucionales que ciertos sectores doctrinales justifican en la inclusión de la víctima como un sujeto procesal activo, conviene afirmar que si bien es cierto que el “derecho a querellar” puede ser relacionado con el derecho de acceso a la justicia, todo derecho fundamental es de configuración legal y, por ende, sujeto a limitaciones normativas que el legislador estime pertinentes. En otras palabras, puede ser limitado a procesos específicos y de acuerdo a los requisitos que el legislador estime convenientes.

Desde esta óptica, el “derecho a acusar” no puede configurarse como un derecho absoluto, y mucho menos como el elemento clave del genérico derecho a la tutela judicial efectiva o a la protección jurisdiccional; pues él mismo se resguarda con asegurar al derecho a que un juez predeterminado por la ley conozca del caso, se otorgue el derecho de defensa y asistencia jurídica necesaria, se desarrolle un juicio público con todas sus garantías y sin dilaciones indebidas, así como se permita utilizar todos los elementos pertinentes en defensa de sus pretensiones, entre otras garantías³⁰⁶.

Por ello, la posibilidad de que las víctimas se personen como acusación particular autónoma, rompe el espíritu de los sistemas de enjuiciamiento penal juvenil.

En realidad, y enfatizando verdaderamente en donde se ubica el problema, lo que se debe intentar es concebir y tratar las necesidades de la víctima en una forma integral y articulada, sin que ello deba interpretarse como un absoluto e ilimitado derecho a ser considerado parte procesal; sino más bien, como un conjunto de obligaciones estatales dirigidas a garantizar: (a) el respeto a su dignidad personal; (b) el derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar los elementos de prueba; (c) el derecho a recibir información que incluirá unos mínimos, esto es el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyos, el tipo de apoyo que puede recibir, el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia, las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellos, el modo y las condiciones en que podrá obtener protección, la medida y las condiciones en que pueda acceder a asesoramiento jurídico o a asistencia jurídica gratuita, los requisitos para tener derecho a una indemnización y, residiendo en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de los derechos que puede utilizar, entre otros.

306 Ibid. , 305.

En suma, no existiendo obligación ni disposición normativa interna que exija la concesión a las víctimas de delitos de una condición de parte procesal activa y autónoma, su dignificación y reconocimiento integral no comporta necesariamente su intervención como acusador particular, sobre todo frente a procedimientos en los que dicha participación no puede ser conciliada con otros intereses.

En otras palabras, razones de carácter jurídico y de justicia material ponen en entredicho y excluyen la institución del acusador particular autónomo en el proceso penal juvenil. Sin perjuicio de que la opción por un querellante simple o con facultades limitadas pudiera, en una futura reforma legal, ser la opción indicada para dotar de un suficiente equilibrio procesal en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Bibliografía

- A.A.V.V. “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, España, 1999.
- Acale Sánchez M. *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código Penal*, d. Reus, Madrid, 2006.
- Sanz Hermida, A. *El nuevo proceso penal del menor de edad*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2002.
- Asúa Batarrita A. Las recientes medidas de prevención de la violencia de género de la pareja en la legislación española, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-224s.pdf> (consultado el 28 de junio de 2011).
- Baca E y Otros. “El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares”. En: *Victimología*. Fundación Archivos de Neurobiología, 2003, 139-185.
- Beristain Ipiña, A. *La Victimología*. Nueve palabras clave, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Bielsa R. *Derecho Constitucional*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1959.
- Borthwick A. *Nuevo Sistema Procesal Penal*. Mave, 1999.
- Bovino, A. *Principios políticos del procedimiento penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Bueno Arús F. *Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores de edad delincuentes*, 1999.
- Burgos Mata, Á. *La Victimología*, Revista Acta Académica, número 40, San José, Costa Rica: Universidad Autónoma de Centro América, 2007.
- Cafferata Nores J., *Introducción al nuevo código procesal de la provincia de Córdoba*. Marcos Lerner Editora Córdoba, 1992.
- Cristhie N. “Los conflictos como pertenencias” en *De los Delitos y de las víctimas*, segunda reimpresión, Ad-hoc, Argentina, 2008.
- De Lano Rubio J. *La víctima en el actual proceso de menores de edad: presencias y ausencias*, La Ley, 1999.
- Diez Ripollés, J. L. *La política criminal en encrucijada*, Madrid, 2007.
- Ferreiro Baamonde, X. *La víctima en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2005.
- Ferrer Pérez V. y Bosch Fiol E. *El papel del movimiento feminista en la consideración social de la violencia en contra de las mujeres: el caso de España*, disponible en: http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0421/El_papel_del_movimiento_feminist.pdf.

Fiandaca G., y Musco E. Derecho Penal, Parte General, 4º Edición, Zanichelli Editore, Bologna, 2005.

Fontán Balestra, C., Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Parte General.

García Pablos, A. “El redescubrimiento de la víctima, Victimización secundaria y programas de reparación del daño”, en Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

Gimeno Sendra V. El proceso penal de menores de edad, en La Ley número 5386, 2001.

Hassemer, W. y Muñoz Conde F. Introducción a la criminología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Hemptinne Jorda. “The status and role of the victim”, en Casseese Gaeta Jones, The Rome Statut, 1387 -1419.

Henting, H. von, La Pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales, Tomo I, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1967.

Herrera Moreno, M. La Hora de la Víctima. Compendio de victimología, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

Hulsman L. “El derecho de la víctima a no ser subordinada a la dinámica de la justicia penal”, en Cuadernos de Criminología número 7, Instituto de Criminología de Santiago.

Jiménez De Asua, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 5º Edición, 1992.

Jiménez Burillo F. y Clemente Miguel M. (Eds.), Psicología Social y Sistema Penal, 61 -90, Madrid, Alianza Universidad.

Landrove, Díaz, G. Victimología, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

Lanzón R., “La intervención de la víctima en el proceso penal y su derecho a actuar como querellante”, en El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, AD-HOC, Argentina, 2010.

Larrauri E., “Victimología” en De los delitos y de las víctimas, segunda reimpresión, ad-hoc, Argentina, 2008.

Maier J., Derecho Procesal Penal Argentino, tomo 1, Buenos Aires, Argentina, 2004. Derecho Procesal Penal, II Parte general, sujetos procesales, Buenos Aires, Argentina, 2004.

Marchiori, H. La Victimología del Delito, Córdoba, Buenos Aires, 1996.

Namer Sabrina E. “La autonomía del querellante y el derecho de la jurisdicción”, en El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos, AD-HOC, Argentina, 2010.

Quinteros Olivares G. La justicia penal en España, Pamplona, Aranzadi, 1998

Righi E. “Dogmática y política criminal de la víctima”, en: A.A.V.V., Teorías actuales en el Derecho Penal, Ad hoc, Buenos Aires, 1998.

Rubianes C. Estudio Jurisprudencial de la querella de acción pública, Jurisprudencia Argentina. T.1.959-II.

Sanz Hermida A. El nuevo proceso penal del menor de edad. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.

Silva Sánchez, J. Aproximación al Derecho penal contemporáneo, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

Solé Riera J. La tutela de la víctima en el Proceso Penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Tamarit Sumalla, J. M. y Villacampa Estiarte, C. Victimología, justicia penal y justicia reparadora, Edit. Ibañez, Bogotá, 2006.

Vélez Mariconde A. Derecho Procesal Penal, Argentina, 2ª edición, tomo I, 1969.

Viano E. Victims and Society, Washington, Visage Press, 1983, 179-193.

Zaffaroni Eugenio, R. Crisis y legitimación de la política criminal del derecho penal y procesal penal, Advocatus, Cordova, 2002.

ABREVIATURAS

A.A.V.V.	Autores varios.
art.	Artículo.
Cfr.	Confrontar.
Cn.	Constitución.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CPP	Código Procesal Penal.
Inc.	Inciso.
LPJ	Ley Penal Juvenil.
LORRPM	Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de edad de España.
MF	Ministerio Fiscal.
CPP	Código Procesal Penal de El Salvador vigente.

ANEXOS

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA APLICABLE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PROCESAL PENAL JUVENIL

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD 5-2001(ACUM)

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez.

I

“...[e]n resumen, no es perceptible dentro del orden constitucional, mandato jurídico alguno que obligue al Ministerio Público Fiscal, a que –además de promover la acción penal– deba proseguir con la misma intensidad y gasto de recursos todos los hechos que entren a su conocimiento. En razón de ello, la pretensión de inconstitucionalidad examinada debe ser desestimada (...). Lo anterior no debe ser entendido como que el Fiscal General tiene la plena disponibilidad de esta salida alterna, sin tener en cuenta la opinión y los derechos fundamentales de las víctimas.

Se advierte que en este beneficio que opera a favor del imputado, se les ignora totalmente, pues en los arts. 20 y 21 del C. Pr. Pn. no aparece consignado el mandato de escuchar su opinión, ni se les habilita expresamente la posibilidad de intervenir en la tramitación de la mencionada salida. (...) Sin embargo, esta Sala interpreta que, de lo prescrito en el art. 13 num. 4 del C. Pr. Pn., se deduce que la víctima tiene que ser “oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado”. Ello significa que tiene el derecho de oponerse a la concesión del referido beneficio; o en su caso, promover la acción penal privada (art. 21 inc. 2º del C. Pr. Pn.), cuando se trate de los delitos y supuestos no comprendidos en el art. 29 núm. 3 del C. Pr. Pn., o pedir la conversión de la acción, si se trata de los supuestos de este último artículo. (...) En todo caso, con fundamento en el derecho de las víctimas de tener acceso a la jurisdicción, derivado del art. 2 inc. 1º in fine Cn., el Fiscal está obligado a autorizar la conversión de la acción penal pública en acción penal privada, cuando prescinde de la acción pública a fin de garantizar, en definitiva, el derecho de acceso a la jurisdicción y la protección o tutela judicial efectiva.

Dicha obligación también tiene fundamento en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (ONU, 1985), en la que se reconoce que las víctimas tienen “derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido”. Para ello, “se facilitará la adecuación de los

procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (...) b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente”. (...) Por tanto, la querella a que se refiere el inc. 2º del art. 21 del C. Pr. Pn., comprende no sólo la intervención de la víctima en el proceso penal cuando el Fiscal ha presentado un requerimiento en que sostenga una pretensión punitiva, sino también cuando el requerimiento tenga un contenido inhibitorio de la promoción de dicha pretensión punitiva, como es el caso de la aplicación de un criterio de oportunidad. (...) Es decir, que a partir del art. 2 Cn., la víctima está facultada para: (i) ser escuchada en los casos en que el Fiscal quiera aplicar el criterio de oportunidad, conforme al art. 20 del C. Pr. Pn.; (ii) impugnar la decisión judicial que concede el mencionado criterio de oportunidad; (iii) solicitar la conversión de la acción penal pública en privada, conforme al art. 29 del C. Pr. Pn.; y (iv) ejercer la acción penal privada –como querellante–, según el art. 21 inc. 2º del C. Pr. Pn., si el supuesto no es de lo que se contemplan en el art. 29 de tal Código”.

II

“...[p]ara comprender de mejor manera el contexto constitucional en el que debe interpretarse la función Fiscal, es preciso retomar algunas consideraciones jurisprudenciales sobre el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la protección jurisdiccional o tutela judicial efectiva y su relación con los derechos de las víctimas, derechos y garantías que les permiten participar en los procesos judiciales, ser escuchados, aportar pruebas, recurrir de los fallos o resoluciones judiciales y obtener una reparación integral.(...) Desde la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se configura el deber genérico de protección de los mismos. Así, de la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional, se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones de parte de los individuos, sino que ha de ser asumida por el Estado. Por consiguiente, no se deduce solamente la obligación negativa para éste de no lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos.(...) En efecto, según ha sido caracterizada por la jurisprudencia constitucional, la justicia –conectada con el principio de igualdad– exige garantizar a todos los individuos una cuota igual y equitativa de libertad, entendida como concepto comprensivo de todos los derechos fundamentales (Sentencia de 23-III-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 8-97).

(...) En ese sentido, los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son la fuente de obligaciones hacia el Estado, principalmente en las tareas de prevención, promoción, protección y reparación de los daños ocasionados. (...) Desde esta perspectiva, es preciso recalcar que el deber estatal de proteger los bienes jurídicos o derechos fundamentales de todas las personas corresponde también a la función jurisdiccional que se realiza mediante el proceso como un instrumento del cual se vale para satisfacer las pretensiones de los particulares, pues

viabiliza el reclamo jurídico frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos (Sentencia de 6-IV-2005, pronunciada en el proceso de Amparo 492-2004). (...) De ello deriva un derecho consecuente que se relaciona con el acceso a la jurisdicción, en el que se integran los arts. 2, 11, 12, 15 y 172 Cn., y que se ha definido como la aptitud que toda persona tiene al acceder a los tribunales —a través de las vías legalmente establecidas— para la defensa de sus derechos, con el propósito de obtener una resolución motivada y fundada en derecho. (...) El derecho a la protección jurisdiccional conlleva, entonces, la posibilidad de que un supuesto titular del derecho o que tenga interés legítimo, pueda acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión o a oponerse a la ya incoada, y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso justo y equitativo, tramitado de conformidad con la Constitución, el Derecho Internacional vigente y las leyes correspondientes.

(...) De la anterior noción se advierte que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: (a) el acceso a la jurisdicción; (b) el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; (c) el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y (d) el derecho a la ejecución de las resoluciones (Sentencia de 12-XI-2010, pronunciada en el proceso de Inconstitucionalidad 40-2009). (...) Se advierte, entonces, que estamos en presencia de un derecho de prestación, que conlleva la obligación del Estado de crear las condiciones legales, judiciales y administrativas necesarias para el acceso real y expedito a la jurisdicción y a la protección efectiva de los derechos de las personas. (...) Pero, además, es una garantía procesal fundamental del debido proceso y, por ende, es un principio del orden constitucional y del Estado de Derecho, cuyo respeto es obligatorio para todos los órganos del Estado, lo cual vale también para la Fiscalía General de la República, en la vertiente de protección jurisdiccional penal (Sentencia de 2-X-2009, pronunciada en el proceso de Amparo 348-2004).

(...) Esta línea jurisprudencial se muestra en consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con una pronta investigación y enjuiciamiento de aquellos hechos que supongan violación a cualquiera de las categorías jurídicas estipuladas en la Convención. (...) Al efecto, en el fallo dictado el 29-VII-1998 (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras) se sostuvo que el Estado "...está en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación" (Considerando 174). (...) En similar sentido se expresó dicha Corte Interamericana en el fallo emitido el 1-III-2005 (Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador), donde estableció que los "familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho y los Estados la obligación a que lo sucedido (...) sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; además que se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; y en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido" (Considerando 64).

(...) Tanto de las consideraciones anteriores como de los pronunciamientos jurisdiccionales citados, se deriva la obligación del Estado de investigar, identificar a los responsables o autores mediatos e inmediatos, perseguir, enjuiciar y sancionar a quienes resultaren responsables de una afectación o menoscabo a los bienes jurídicos de las víctimas. (...) Y es que no puede desconocerse el desarrollo de la victimología como una nueva disciplina de las ciencias penales y la adopción de instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (ONU, 1985), así como los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (ONU, 2005).

(...) Desde esta nueva perspectiva, tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal han sufrido diversas transformaciones y permitido el ingreso de la víctima a nuevos escenarios jurídicos, entre ellos: (a) su participación en todo el procedimiento y en la ejecución penal; (b) la inclusión de derechos sustantivos a las víctimas; (c) la regulación del querellante y la ampliación de los supuestos de la querella para reivindicar su carácter autónomo o reducir la subsidiariedad en los supuestos de conversión de la acción penal; (d) la conciliación en materia del procedimiento especial en los delitos de acción privada; (e) la promoción de acuerdos de tipo reparatorio en algunos delitos de persecución pública; y (f) la enumeración de un catálogo de deberes que tanto las instituciones del sistema penal como los sujetos procesales deben tener en cuenta en su relación con las víctimas.

(...) Si se toma en cuenta lo anterior, podemos hablar en la actualidad de un principio de naturaleza político-criminal que se relaciona con la autonomía de la víctima, y que se constituye en un nuevo lineamiento estructural que informa a los sistemas de enjuiciamiento criminal modernos, en especial, el procesal penal todavía vigente. (...) Tal directriz tiene un claro anclaje constitucional, en la medida que quien ha visto lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico fundamental o instrumental contemplado en la Constitución, cuenta con el derecho de acceder a la jurisdicción; no solamente que conozca de su reclamación frente a terceros y la resuelva, sino también a que le dispense una asistencia jurídica y protección cuando su integridad física o moral, así como la de su familia, se encuentre puesta en peligro, antes, durante y después del proceso penal.

(...) Conforme al principio de independencia y la colaboración entre órganos establecido en la Constitución, se recomienda a la Asamblea Legislativa efectuar una revisión del tratamiento procesal-penal que recibe la víctima en relación con el proceso penal y su derecho constitucional de acceder a la tutela jurisdiccional mediante el proceso penal. Particularmente, en relación con la no promoción de la acción penal mediante el respectivo requerimiento fiscal. (...) En este sentido, el ordenamiento jurídico procesal penal vigente no estipula mecanismo alguno para acceder a la jurisdicción, ante el desinterés o negativa de investigar que puede mostrar el fiscal del caso o su superior, lo cual supone una clara desventaja y desprotección para la víctima;

quien una vez vea imposibilitado su acceso a la justicia penal tendrá que recurrir a la instancia contencioso-administrativa o constitucional para salvaguardar su derecho a la protección jurisdiccional, lo cual puede desembocar en una protección tardía e ineficaz.

(...) Es evidente que tal insuficiencia legal debe llevar a compatibilizar los intereses de la víctima con el supuesto monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal, y particularmente sobre la supuesta característica de “exclusividad” en su ejercicio. Y aunque si bien tal actividad oficial no puede estar supeditada a la voluntad de los particulares, puede modificarse la regulación del querellante adhesivo a fin que pudiera autónomamente –es decir, ya no de forma complementaria– iniciar y proseguir una persecución penal en aquellos casos en que la autoridad respectiva –por desinterés o cualquier otro motivo– no quiera penalmente investigar o no quiera proseguir con el proceso penal. (...) De lo anterior se concluye que el ejercicio de la acción penal pública no es un monopolio ni competencia exclusiva del Fiscal General de la República, puesto que entenderlo así implicaría un desconocimiento o anulación del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos. En razón de ello, el art. 193 ord. 4° Cn., conforme al principio de unidad de la Constitución, debe ser interpretado armónicamente con el art. 2 inc. 1° in fine de la misma Ley Suprema.(...) Este pronunciamiento conlleva un cambio a los precedentes emanados de las sentencias de 23-XII-2003, pronunciada en el proceso de HC 78-2003, de 23-XII-2003, pronunciada en el proceso de Amparo 674-2001; y de 24-IX-2007, pronunciada en el proceso de Amparo 91-2006”.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO COMPARADO

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

(Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985)

A.-Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “víctima” a una persona con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación

inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas reglamentaciones y leyes, de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasi oficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental, como consecuencia de delitos graves.

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará capacitación al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, de forma que se vuelvan receptivos a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

B.-Las víctimas del abuso de poder

18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes. Promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico, y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y se establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal

(2001/220/JAI)

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto el Tratado de la Unión Europea y, en particular, su artículo 31 y la letra b) del apartado 2 de su artículo 34.

Vista la iniciativa de la República Portuguesa ⁽³⁰⁷⁾.

Visto el dictamen del Parlamento Europeo ⁽³⁰⁸⁾.

Considerando lo siguiente:

(1) De acuerdo con el plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y en particular con el punto 19 y la letra c) del punto 51 del mismo, en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado se debe abordar la cuestión del apoyo a las víctimas, mediante un estudio comparativo de los sistemas de compensación para las víctimas y evaluar la viabilidad de una actuación a escala de la Unión Europea.

(2) El 14 de julio de 1999, la Comisión presentó al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social una comunicación titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea, Normas y medidas». El Parlamento Europeo aprobó el 15 de junio de 2000 una resolución relativa a la comunicación de la Comisión.

(3) Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en particular su punto 32, establecen que deberán elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre su acceso a la justicia y su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Además, deberán crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas.

(4) Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.

(5) Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimación secundaria.

(6) Por esta razón, las disposiciones de la presente Decisión marco no se limitan a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto. Engloban, asimismo, algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito.

(7) Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil.

307 DO C 243 de 24.8.2000, P. 4

308 Dictamen emitido el 12 de diciembre de 2000 (no publicado aún en el Diario Oficial).

(8) Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro, distinto del de la comisión del delito.

(9) Las disposiciones de la presente Decisión marco, sin embargo, no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso.

(10) Es importante la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima antes, durante y después del proceso penal.

(11) Es necesario que las personas que están en contacto con la víctima reciban una formación adecuada y suficiente, algo fundamental tanto para la víctima como para la realización de los objetivos del proceso.

(12) Conviene utilizar las redes de puntos de contacto existentes en los Estados miembros, ya sea dentro del sistema judicial, ya en el sector de las organizaciones de apoyo a la víctima.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN MARCO:

Artículo 1

Definiciones

A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:

a) «Víctima»: la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

b) «Organización de apoyo a la víctima»: la organización no gubernamental constituida legalmente en un Estado miembro y cuyas actividades de apoyo a las víctimas de delitos sean gratuitas y ejercidas en condiciones adecuadas, sean complementarias de la actividad del Estado en este ámbito.

c) «Proceso penal»: el prescrito en la legislación nacional aplicable.

d) «Actuaciones»: en sentido lato, además del proceso penal, todos los contactos que la víctima establezca, como tal, con cualquier autoridad, servicio público u organización de apoyo a la víctima en relación con su causa, antes, durante o después del proceso penal.

e) «Mediación en causas penales»: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.

*Artículo 2***Respeto y reconocimiento**

1. Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose porque las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.
2. Los Estados miembros velarán porque se brinde a las víctimas, especialmente vulnerables, un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación.

*Artículo 3***Audición y presentación de pruebas**

Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.

*Artículo 4***Derecho a recibir información**

1. Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular, desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible, en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses.

Dicha información incluirá como mínimo:

- a) El tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo.
- b) El tipo de apoyo que puede recibir.
- c) El lugar y el modo en que puede presentar una denuncia.
- d) Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas.
- e) El modo y las condiciones en que podrá obtener protección.
- f) La medida y las condiciones en que puede acceder a:
 - i) Asesoramiento jurídico, o
 - ii) Asistencia jurídica gratuita, o

iii) Cualquier otro tipo de asesoramiento, siempre que en los casos contemplados en los incisos i) y ii) la víctima tenga derecho a ello.

g) Los requisitos para tener derecho a una indemnización.

h) Si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.

2. Los Estados miembros garantizarán que la víctima que lo solicite sea informada:

a) Del curso dado a su denuncia.

b) De los elementos pertinentes que le permitan, en caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal relativo al inculcado por los hechos que la afectan, salvo en casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado.

c) De la sentencia del tribunal.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima.

4. En la medida en que un Estado miembro transmita por iniciativa propia la información a que se refieren los apartados 2 y 3, deberá garantizar a la víctima el derecho a optar por no recibir dicha información, salvo en el caso en que su envío sea obligatorio en el marco del proceso penal de que se trate.

Artículo 5

Garantías de comunicación

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, cuando ésta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables al procesado.

Artículo 6

Asistencia específica a la víctima

Los Estados miembros garantizarán que, de forma gratuita cuando esté justificado, la víctima disponga de asesoramiento con arreglo al inciso iii), de la letra f), del apartado 1, del artículo 4, sobre su papel en las actuaciones, y, si procede, de asistencia jurídica con arreglo al inciso ii), de la letra f), del apartado 1, del artículo 4, cuando pueda ser parte en el proceso penal.

*Artículo 7***Gastos sufragados por la víctima en relación con un Proceso penal**

Los Estados miembros, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables, darán a la víctima, cuando ésta sea parte o testigo, la posibilidad de que le sean reembolsados los gastos que le haya ocasionado su participación legítima en el proceso penal.

*Artículo 8***Derecho a la protección**

1. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada.
2. Para ello, y no obstante lo dispuesto en el apartado 4, los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de las personas en situación equivalente.
3. Los Estados miembros velarán, además, porque en las dependencias judiciales pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas.
4. Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

*Artículo 9***Derecho a indemnización en el marco del proceso penal**

1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

3. Salvo en caso de necesidad absoluta impuesta por el proceso penal, los objetos restituibles pertenecientes a la víctima y aprehendidos durante las actuaciones se devolverán a la víctima sin demora.

Artículo 10

Mediación penal en el marco del proceso penal

1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.
2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

Artículo 11

Víctimas residentes en otro Estado miembro

1. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes estén en condiciones de tomar las medidas necesarias para paliar las dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción, en especial en lo que se refiere al desarrollo de las actuaciones. A tal fin, dichas autoridades deberán sobre todo estar en condiciones de:

-Decidir si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción.

-Recurrir en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los artículos 10 y 11 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000 ⁽³⁰⁹¹⁾.

2. Los Estados miembros velarán porque la víctima de una infracción cometida en un Estado miembro, distinto de aquél en que reside, pueda presentar la denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia, en caso de que no haya podido hacerlo en el Estado miembro en el que se cometió la infracción o, si se trata de una infracción grave, en caso de que haya optado por no hacerlo.

La autoridad competente ante la que se haya presentado la denuncia, en la medida en que ella misma no ejerza su competencia a este respecto, la transmitirá sin demora a la autoridad competente del territorio en que se haya cometido la infracción.

Esta denuncia se tramitará con arreglo al Derecho interno del Estado en el que se haya cometido la infracción.

(309 1) DO C197 de 12.7.2000, P. 1.

*Artículo 12***Cooperación entre Estados miembros**

Los Estados miembros deberán apoyar, desarrollar y mejorar la cooperación entre sí para facilitar la defensa más eficaz de los intereses de la víctima en el proceso penal, ya mediante redes directamente vinculadas al sistema judicial, ya mediante vínculos entre organizaciones de apoyo a la víctima.

*Artículo 13***Servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima**

1. Los Estados miembros fomentarán, en el contexto de las actuaciones, la intervención de servicios de apoyo a la víctima que organicen la acogida inicial de ésta y le presten apoyo y asistencia posteriormente, ya sea mediante personal especialmente preparado de los servicios públicos nacionales, ya sea mediante el reconocimiento y la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima.

2. Los Estados miembros propiciarán la participación en las actuaciones de dicho personal o de las organizaciones de apoyo a la víctima, en particular por lo que respecta a:

- a) La transmisión de información a la víctima.
- b) La prestación de apoyo a la víctima en función de sus necesidades inmediatas.
- c) El acompañamiento de la víctima, en caso necesario y siempre que resulte posible, durante el proceso penal.
- d) La asistencia a la víctima, cuando ésta lo solicite, una vez que haya finalizado el proceso penal.

*Artículo 14***Formación de las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima**

1. Los Estados miembros propiciarán, a través de sus servicios públicos o mediante la financiación de organizaciones de apoyo a la víctima, iniciativas en virtud de las cuales las personas que intervienen en las actuaciones o que tienen otro tipo de contacto con la víctima reciban la adecuada formación, con especial atención a las necesidades de los grupos más vulnerables.

2. El apartado 1 se aplicará en especial a los agentes de policía y a los profesionales del derecho.

*Artículo 15***Condiciones prácticas relativas a la situación de la víctima
durante las actuaciones**

1. Los Estados miembros propiciarán la creación gradual, en el marco de las actuaciones en general y especialmente en los lugares en los que puede incoarse el proceso penal, de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimación secundaria o evitar que la víctima se vea sometida a tensiones innecesarias. Para ello, velarán en, particular, porque se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y porque se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima.

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, los Estados miembros tendrán especialmente en cuenta los medios de que disponen las dependencias judiciales, comisarías de policía, servicios públicos y organizaciones de apoyo a la víctima.

*Artículo 16***Ámbito de aplicación territorial**

La presente Decisión marco se aplicará a Gibraltar.

*Artículo 17***Aplicación**

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco:

- En lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006.
- En lo que se refiere a los artículos 5 y 6, a más tardar el 22 de marzo de 2004.
- En lo que se refiere a las demás disposiciones, a más tardar el 22 de marzo de 2002.

*Artículo 18***Evaluación**

Los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, en las fechas establecidas en el artículo 17, el texto de las disposiciones que incorporen al ordenamiento jurídico nacional las obligaciones impuestas por la presente Decisión marco. El Consejo evaluará, en el plazo de un año consecutivo a dichas fechas, las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación de lo estipulado en la presente Decisión marco. Se basará para ello en un informe elaborado por la Secretaría General, a partir de la información recibida de los Estados miembros y en un informe escrito presentado por la Comisión.

Artículo 19

Entrada en vigor

La presente Decisión marco entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Hecho en Bruselas, el 15 de marzo de 2001.

Por el Consejo

El Presidente

M-I. KLINGVALL



Este libro se imprimió
en Talleres Gráficos UCA,
en el mes de abril de 2013
la edición consta de 2000 ejemplares.

Con el apoyo de:



Comisión Coordinadora del Sector de Justicia