

INDETERMINACIÓN TEMPORAL FÁCTICA
DE LA ACUSACIÓN, DERECHO A LA DEFENSA Y
HALLAZGOS CIENTÍFICOS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS PROCESOS
DE MEMORIA EN NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES*

KAREN GUZMÁN VALENZUELA
Fiscalía Nacional del Ministerio Público

SUMARIO: I. Indeterminación temporal fáctica de la acusación. II. Derecho a la defensa. III. Hallazgos científicos en la investigación de la memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales. IV. Algunas reflexiones finales.

PALABARAS CLAVE: delito continuado, indeterminación temporal, reiteración, delitos sexuales.

Durante el año 2012, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar realizó una revisión de fallos pronunciados por tribunales orales en lo penal de todo Chile, en los que se había condenado al acusado por la comisión de un delito sexual en carácter de continuado. Al analizar los fallos revisados, se observó que algunos tribunales aplicaban esta figura por estimar que se cumplían los requisitos que parte de la doctrina considera deben concurrir para su configuración; en otros, en cambio, se advirtió que pese a que se había acreditado la existencia de varios episodios abusivos, cometidos en un contexto temporal diverso en contra de una misma víctima, pero en los que no se habían podido establecer fechas precisas respecto de cada uno de aquellos eventos, el tribunal condenó por delito continuado, justificando su decisión en esta misma “indeterminación temporal” de los hechos¹.

En estos casos se hace referencia y se justifica la calificación aludida por parte del tribunal, invocando como fundamento la infracción al principio de congruencia

* Artículo previamente publicado en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 56, septiembre de 2013, pp. 131-146.

¹ En este sentido, Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, 25 de enero de 2010, RUC N° 0900583907-3, RIT N° 112-2009, considerando 17°; Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 31 de octubre de 2010, RUC N° 0900811647-1, RIT N° 144-2010, considerando 16°; y Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de mayo de 2011, RUC N° 0901228405-2, RIT N° 162-2011, considerando 12°.

consagrado en el art. 341 del C.P. P.²⁻³ y al derecho a la defensa. Así, algunos fallos indican que la falta de precisión de dos o más conductas independientes, traducidas en una descripción global que incluye de manera genérica todas las descripciones típicas que se suponen ejecutadas en un determinado lapso, no cumplen con el requisito relativo a la relación circunstanciada de el o los hechos que se atribuyen al acusado, de conformidad con el art. 259⁴ del C.P. P.

En las sentencias analizadas, se sostiene que la reiteración requiere una mayor precisión por parte de la imputación en los distintos hechos que se atribuyen al acusado, sobre todo, por el rango de pena que puede aplicársele. En definitiva, ciertos tribunales consideran que el requerimiento de una mayor pena trae aparejada también una exigencia mayor en la precisión del contenido fáctico de la acusación respecto a la diversidad de hechos, con una fijación separada de fechas, de horarios, de circunstancias, de modo que el imputado pueda defenderse adecuadamente de la imputación que se le formula.

En este artículo se abordarán precisamente los argumentos formulados por los tribunales para aplicar la figura del delito continuado en los casos en que existe “indeterminación temporal” de los hechos de la acusación, y se hará también referencia a la fundamentación judicial que sostiene que esta situación afectaría al derecho a la defensa del acusado. Posteriormente, se describirán los hallazgos de las investigaciones respecto de los procesos de memoria en niños y niñas de corta edad

² Artículo 341 C.P. P.: “*La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella... Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia... Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella*”.

³ En este artículo no se desarrollará la temática relativa al principio de congruencia, sin embargo, se puede consultar en este sentido: LÓPEZ ROJAS, Dayán, Otra mirada en torno a la regla de congruencia en el proceso penal cubano, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4, (2013), pp. 87-119; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena, en *Revista Ius et Praxis*, N° 2 (2008), pp. 87-125; SERRET LARA, Anet. Los problemas del objeto del proceso a la luz del principio de correlación imputación-sentencia en el proceso penal cubano, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXXIII (2012), pp. 13-28. En la jurisprudencia relacionada con el principio de congruencia en materia de delitos sexuales, destacan dos fallos: Corte Suprema, 19 de agosto de 2008, Rol N° 3193-08 y Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, Rol N° 6902-12.

⁴ Art. 259 C.P. P.: “*La acusación deberá contener en forma clara y precisa:b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;...La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica*”.

y la posibilidad de recordar circunstanciadamente hechos abusivos reiterados en el tiempo. Finalmente, se hará una reflexión en torno a la posibilidad de conciliar estos resultados con los principios jurídicos en juego ya mencionados.

I. INDETERMINACIÓN TEMPORAL FÁCTICA DE LA ACUSACIÓN⁵

Como se sabe, en materia de delitos sexuales, las víctimas corresponden mayoritariamente a niños, niñas y adolescentes, siendo aproximadamente el 70% de las víctimas ingresadas al sistema judicial en esta clase de delitos⁶. En este contexto y considerando las dificultades que presentan las víctimas en general, y particularmente este grupo etario para recordar eventos traumáticos como se describirá más adelante, es común que al ente persecutor le sea bastante difícil precisar circunstanciadamente los hechos constitutivos del ilícito que investiga y por los que luego acusa.

Si a lo anterior se suma la dinámica propia de los delitos sexuales, especialmente cuando estos se presentan en un contexto familiar o entre conocidos, en los que es común la multiplicidad de eventos abusivos, resulta frecuente que la descripción fáctica de la formalización y de la acusación en estos ilícitos sea redactada en términos tales como: *“En fechas indeterminadas, entre los meses de junio y agosto del año..., en el domicilio ubicado en..., el acusado accedió carnalmente por vía vaginal a la menor de iniciales..., nacida el...”* o, *“desde marzo de 2010 hasta el mes de agosto de 2012, en reiteradas ocasiones, el acusado realizó tocaciones en la vagina y pechos de la menor de iniciales..., nacida el..., en el domicilio que ambos compartían de...”*.

Frente a esta descripción fáctica y realizados los respectivos juicios orales, algunos tribunales han razonado en el sentido indicado por el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, en el fallo dictado el 25 de enero de 2010, RUC N° 0900583907-3, RIT N° 112-2009⁷, en su considerando decimoséptimo: *“...Que, el Tribunal para*

⁵ Junto con los fallos ya citados, también se refieren a la indeterminación temporal fáctica de la acusación las siguientes sentencias: Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 3 de octubre de 2009, RUC N° 0800435687-0, RIT N° 242-2009; Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de abril de 2010, RUC N° 0800262128-3, RIT N° 67-2010; Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 16 de marzo de 2011, RUC N° 0900699396-3, RIT N° 30-2011 y Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 16 de marzo de 2011, RUC N° 0901029030-6, RIT N° 20-2011. Algunos tribunales se refieren a esta situación como indeterminación procesal, por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, en fallo del 7 de enero de 2011, RUC N° 1000344442-8, RIT N° 234-2010, considerando 6°.

⁶ MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco y CASTRO HUERTA, Sofía, Aproximación fenomenológica de los delitos sexuales en Chile. La realidad nacional, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 47 (2011), p. 205.

⁷ En este caso, se tuvieron por acreditados los siguientes hechos: *“...Que en fechas no determinadas durante el año 2008 hasta junio del año 2009, el acusado..., en el domicilio ubicado en el*

establecer la calificación que atribuirá en definitiva a los hechos que se tengan por establecidos, no solo supone el análisis de la prueba incorporada a juicio con la finalidad de demostrar las circunstancias fácticas imputadas, sino que exige además, una adecuada valoración de la acusación, en cuanto actuación procesal relevante para la decisión jurisdiccional, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, por lo que no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella; congruencia fáctica que la ley extiende también a la formalización y a la acusación, según se desprende del artículo 259 del citado texto legal. Esta obligación que la ley ha impuesto a los tribunales deviene en un análisis valorativo de la imputación formulada por el Ministerio Público en el libelo acusatorio, la que además se encuentra íntimamente vinculada con la formalización, en cuanto ambos constituyen actuaciones unilaterales del ente persecutor, que no pueden ser impugnadas o dejadas sin efecto por los jueces y que se encuentran enmarcados en la función de ejercer la acción penal pública que la ley asignó a dicho organismo dentro del procedimiento penal; todo ello en consideración al derecho de defensa que ampara al acusado respecto de los hechos y circunstancias que se le imputan... Que en este caso, la imputación formulada en el libelo acusatorio, pretendió atribuir a las acciones desplegadas por el agente, el carácter de reiteradas sin precisar las dos o más conductas independientes, que de acuerdo a su teoría del caso permitirían configurar la existencia de delitos reiterados, conforme al concepto antes referido, siendo insuficiente para ello una descripción global que incluya de modo genérico todas las descripciones típicas que se suponen ejecutadas enmarcándolas en un lapso determinado, sosteniendo en el uso de las expresiones “durante el año 2008 y hasta junio de 2009..de manera reiterada... en varias ocasiones...”; toda vez que en el evento de acoger el Tribunal la pretensión de los acusadores, en ausencia de la descripción fáctica de los episodios, eventos, contextos o hechos que se suponen cometidos en contra de la víctima y que se atribuyen al acusado, ello significaría una vulneración evidente al derecho a defensa, cuya consideración subyace en las exigencias legales impuestas al Ministerio Público y a los Tribunales de justicia en orden a consignar, tanto en la acusación como en la sentencia respectivamente, una relación circunstanciada de él o los hechos que se atribuyen y la calificación jurídica de los mismos, como se desprende de los artículos 259 letra b) y 342 letra c) del estatuto procesal penal, principio consagrado también en los artículo 14 N° 3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N° 2 letra b) del Pacto San José de Costa Rica... Esto resulta relevante, ya que conforme a los argumentos expuestos por el Tribunal, si existen falencias a nivel imputativo, como ha ocurrido en la especie, aún cuando resulten probadas en juicio

sector... de la ciudad de Puerto Montt, accedió carnalmente por vía bucal a la menor de iniciales..., nacida el..., hija de ... y reconocida legalmente por él”.

las diversas acciones atribuidas al acusado, el Tribunal se encuentra impedido para adecuar o ajustar los hechos contenidos en la acusación conforme a la actividad probatoria desarrollada en el juicio, bajo sanción de nulidad por infracción a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, como lo establece el artículo 374 letra f) del mismo texto legal; de lo que se desprende de manera palmaria que las actividades imputativa y probatoria son diversas y se encuentran sujetas a imperativos legales específicos... Que si bien es cierto, el contenido fáctico de los hechos que ha tenido por acreditado el tribunal, podrían permitir como lo pretendían los acusadores, sostener que los ilícitos cometidos en contra de la víctima, correspondían a tres figuras diferentes, no es menos efectivo, que la indeterminación temporal de cada uno de los episodios atribuidos, conspiran a tal consideración...”.

En términos similares, el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en fallo pronunciado el 31 de octubre de 2010, RUC N° 0900811647-1, RIT N° 144-2010⁸, afirma en su considerando decimosexto: “...*Tal como se adelantó en el veredicto, los hechos descritos anteriormente constituyen la existencia de un delito de violación de una menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado en esta ciudad en fechas indeterminadas entre los meses de junio a agosto del año 2009, en la comuna de Pudahuel, delito que se sancionará en carácter de continuado, atendidos los siguientes fundamentos... En primer lugar, como ya se razonó latamente el punto en el considerando decimotercero, párrafo 1°, el sustrato fáctico de la acusación cuando trata de circunscribir el marco temporal donde se efectuaron los actos sexuales adolece de una deficiente redacción, pues no da margen para fijar los distintos encuentros sexuales, con el objeto de ser considerados como delitos reiterados. En efecto, como ya se explicó no queda claro desde cuándo debe comenzar a computarse ese período, toda vez que se utilizan expresiones poco claras y sobre todo coincidentes con el período de los presuntos abusos sexuales, sin efectuar diferencias en unidades de tiempo, que deben ser apreciadas objetivamente... Esta deficiencia afecta sin duda el derecho a la defensa técnica, ya que ante la vaguedad es imposible acreditar lo*

⁸ Los hechos que se tuvieron por acreditados son los siguientes: “*Que en fechas indeterminadas entre los meses de junio a agosto del año 2009, en el domicilio ubicado en..., comuna de..., el acusado..., sostuvo relaciones sexuales –vía vaginal– con la menor..., de 13 años de edad a esa fecha, nacida el...”.* En el considerando décimo tercero del mismo fallo, se establece que: “...1.- *Época de los actos sexuales: En primer lugar, es dable destacar que la redacción del sustrato fáctico de la acusación en relación a este hecho es deficiente, confusa e inadecuada, ya que comienza a fijar un marco temporal a partir de agosto del año 2008, pero en relación a los presuntos abusos sexuales. Luego, la acusación indica que “durante los días siguientes”, continuaron los eventuales abusos, sin precisar el inicio de ese período o alguna referencia a cuáles fueron esos días, para luego proseguir con una frase que introduce el núcleo de este delito, toda vez que se expresa que “... hasta que penetró vaginalmente a la menor de edad”. Como puede apreciarse no se indica con exactitud la época en que habrían ocurrido esos actos sexuales de penetración vaginal. Tampoco remedia lo anterior el párrafo final que se refiere a la reiteración de esas conductas, pues solo se limita a fijar como límite final el día 17 de agosto del año 2009, pero no aclara en qué fechas se cometieron”.*

que el acusado hizo o no hizo en cada día que comprende ese lapso indefinido. Por eso, hubo que recurrir a los dichos de la víctima para esclarecer esas falencias, quien tampoco corroboró los antecedentes de la investigación, en cuanto a que la actividad sexual había comenzado el año anterior, sino que introdujo una nueva información referida al mes de junio de 2009, que hubo que valorar en su contexto. De lo anterior se colige que fijar un marco temporal para los efectos de determinar las condiciones mínimas que requiere un hecho probado –como verdad procesal se entiende– implicó en la especie conjugar diversos factores probatorios que no fueron del todo solventes, puesto que esa dimensión temporal quedó a lo más especificada con un lapso de tres meses. Dentro de este período tampoco fue posible precisar el número de veces en que los involucrados tuvieron relaciones sexuales ni tampoco cuál fue la primera o cuál fue la última, ya que solo es posible atender a aproximaciones... Consecuencia de esa falta de precisión en el marco temporal no se cumple en principio con los requisitos que el Código Procesal Penal exige a todo sentenciador para fijar el hecho probado. Por eso mismo, aunque hay elementos para colegir que existieron más de dos encuentros sexuales en ese período, la reiteración exige de la imputación una mayor precisión en los distintos hechos que se atribuyen al justiciable, sobre todo por el rango de pena que enfrenta ese ciudadano y que obliga al órgano jurisdiccional a elevar la sanción en un grado, debiendo fundamentar las razones que se tuvo para arribar a esa determinación. En otras palabras, la exigencia de una mayor pena debe también sustentarse en mayor precisión respecto de la redacción del factum, para que no quepa dudas que se le está sancionando por hechos diversos, separados entre sí, en los que hay una fijación separada de fechas, de horarios, de circunstancias, pues solo de esa manera se podrá garantizar que el imputado responda adecuadamente a la imputación que se le formula. Obviar esa exigencia, y aplicar una pena ostensiblemente superior sin considerar estas advertencias, sin duda conduce a la arbitrariedad... En consecuencia, dado que la reiteración de delitos exige mayor prolijidad en la descripción fáctica, dada la mayor pena que postula, lo que no se ha cumplido en el presente caso; que se dan los requisitos que la doctrina exige para estar en presencia de un delito continuado..., el Tribunal concluye que ha de calificarse los distintos actos sexuales, que configuran el delito de violación a una menor de edad, ocurridos entre los meses de junio a agosto del año 2009, como un solo delito consumado, que tiene el carácter de continuado”.

Como se observa de los párrafos de las sentencias transcritas, algunos tribunales orales estimaron que pese a que se acreditaron varios hechos abusivos en el juicio oral con la prueba rendida, la descripción fáctica de la acusación se apreció como general, global e insuficiente para calificar los múltiples hechos probados como delitos reiterados. Se trata de la posición de algunos tribunales orales, ya que otros no han considerado esta descripción fáctica como un obstáculo para condenar por delito reiterado.

La Corte de Apelaciones de Arica, en resolución de 9 de agosto de 2010, Rol N° 150-2010, rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, recogiendo

esta última posición, indicando en el considerando segundo que: “*SEGUNDO: Que en el motivo segundo del fallo impugnado se consigna la acusación sostenida por el ente persecutor, al efecto: “Durante el transcurso del año 2006, precisamente a partir del mes de Agosto de ese año, hasta Octubre del año 2007, el imputado en reiteradas oportunidades, a lo menos en cinco, accedió carnalmente, vía vaginal, a la menor de iniciales....., quien en la época tenía entre 12 a 13 años de edad, lo cual realizaba cuando la madre de la menor, quien era su conviviente, salía a trabajar desde las 08:00 hasta las 15:30 horas, ocasión en que el imputado...”*. De lo anterior, se advierte que la época de perpetración de los hechos se encuentra debidamente establecida, acotándose a un espacio de tiempo determinado, sin embargo, cabe señalar que, en razón de la naturaleza de los delitos no es posible establecer con exactitud cada acontecimiento y su fecha, lo que en absoluto es constitutivo de un impedimento del derecho a la defensa, la que por el contrario, ha sido ejercida cabal y adecuadamente”.

El anterior fallo es interesante pues recoge como argumento para rechazar el recurso de nulidad, las dificultades para hacer una relación más circunstanciada de los hechos constitutivos de este tipo de delitos, dada la naturaleza de los mismos. Más adelante, se volverá sobre este tema⁹.

II. DERECHO A LA DEFENSA

Como se indicó en líneas anteriores, algunos tribunales han estimado que la llamada indeterminación temporal fáctica de la acusación afectaría el derecho a la

⁹ Valga decir que en España también se encuentran fallos en este sentido, con la diferencia que en dicho país se consagra legalmente la figura del delito continuado en delitos sexuales. Así por ejemplo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, en resolución de fecha 23 de abril de 2010, Roj STS 2207/2010, N° de Recurso 10964/2009, N° de Resolución 422/2010 indica: “*Se queja también la parte impugnante de que no se pormenoricen en el relato fáctico los episodios singulares que integran la base fáctica del delito continuado. Sin embargo, y como es sobradamente conocido, en los delitos contra la libertad sexual perpetrados en el ámbito familiar durante un período de tiempo que abarca varios años no resulta factible concretar fechas determinadas, ni tampoco se considera necesario para subsumir las conductas en la norma penal especificar fechas y horas, pues se parte siempre de que la prueba acredita que las acciones han sido numerosas en el curso del tiempo, dada la facilidad y multitud de ocasiones que propicia el marco familiar para ejecutar esta clase de conductas sobre una menor de edad. Especialmente en un caso como el presente en el que la madre trabaja fuera del hogar. Por consiguiente, y a tenor de lo razonado sobre la enervación del derecho a la presunción de inocencia, el motivo no puede prosperar*”. El artículo 74.1 del Código Penal español señala: “*El que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado... 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*”.

defensa, pues el acusado se vería impedido de defenderse adecuadamente de los cargos que se le formulan.

En términos generales, el derecho de defensa consiste en *“la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”*¹⁰. También se ha definido como la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y *“formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes. Tratándose del derecho de defensa en el proceso penal, ... consiste en el derecho del imputado para formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en [el Código Procesal Penal](artículo 8°)”*¹¹.

Carocca define la defensa procesal como la *“garantía constitucional que asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional”*¹².

Según Horvitz y López, el derecho a defensa comprende, a su vez, los siguientes derechos para el imputado:

“a) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;

b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;

c) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;

d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y

*e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista”*¹³.

¹⁰ VÁSQUEZ ROSSI, Jorge, El proceso penal. Teoría y práctica, (Buenos Aires, 1986), p. 49, citado por HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, (Santiago, 2002), p. 226.

¹¹ MATURANA MÍQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, Derecho Procesal Penal. Tomo I, (Santiago, 2012), p. 132.

¹² CAROCCA PÉREZ, Alex, Garantía constitucional de la defensa procesal, (Santiago, 1998), p. 100. También lo considera como una garantía constitucional: MAIER, Julio B. J, Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I, (Buenos Aires, 1999), p. 552.

¹³ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, ob. cit., p. 227.

El derecho a la defensa del imputado comprende tanto la defensa material como la técnica. En lo que aquí interesa, se sostiene por la doctrina que para poder defenderse eficazmente, el imputado requiere conocer el contenido de la imputación que se le hace; de modo que si no lo conoce, no puede defenderse, produciéndose una situación de indefensión. El conocimiento acerca de la imputación supone tener información clara y precisa del contenido de la misma, lo que se refleja en una relación circunstanciada del o los hechos que se le atribuyen, considerando el tiempo, lugar y circunstancias que lo rodearon. Estos requisitos no los cumpliría una acusación genérica¹⁴.

En este mismo sentido, a propósito de la indeterminación fáctica de la acusación, Maier plantea que: *“El concurso material de hechos punibles (CP, 55) agrega, en la práctica un caso llamativamente persistente, que, sin embargo, solo tangencialmente se puede considerar incluido en esta problemática. Ya por error en la descripción de lo que se imputa o porque, realmente, el acusador no ha podido definir circunstanciadamente los diversos hechos punibles homogéneos o similares que atribuye, por defecto probatorio, se interponen acusaciones indefinidas, en las cuales lo único cierto es la atribución de varios comportamientos homogéneos o, al menos, similares, en un período temporal. La sentencia no puede superar esta indefinición, por lo que le será lícito verificar el concurso material de hechos punibles, pero nunca condenar por más de dos de ellos o, en su caso, por uno más de los definidos circunstanciadamente. Es lícito también considerar que se trató de un concurso continuado de hechos punibles, si el debate da pie para ello, porque la figura penal considera único –para la reacción penal– aquello que, en la realidad, se presentó como múltiple (temporal o espacialmente), y de tal manera, se beneficia al imputado”*¹⁵.

Como se puede observar, el conocimiento que tenga el imputado acerca de los hechos de la imputación es considerado como un elemento fundamental para establecer el respeto al derecho a la defensa. En este sentido, la doctrina estima que una imputación clara y precisa en cuanto al tiempo, lugar y circunstancias que rodearon al hecho atribuido es la que permite al imputado defenderse adecuadamente; cuestión que no se cumpliría en el caso de acusaciones genéricas, como por ejemplo en las acusaciones que recaen sobre delitos sexuales reiterados en el tiempo, en los que no se ha fijado la fecha precisa respecto de cada uno de los episodios abusivos acontecidos.

¹⁴ En este sentido: CAROCA, ob. cit., pp. 259-260; TORO CORNEJO, El derecho al debido proceso, (Santiago, 2012), p. 171; CAROCA PÉREZ, Alex, El nuevo sistema procesal penal, (Santiago, 2005), p. 86; RIEUTORD ALVARADO, Andrés, El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal, (Santiago, 2007), pp. 75-76; MAIER, ob. cit., pp. 553, 558-559.

¹⁵ MAIER, ob. cit., p. 577.

III. HALLAZGOS CIENTÍFICOS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA MEMORIA EN NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Más de un siglo de investigación en la Psicología del Testimonio ha llevado a asentar algunos principios acerca de los procesos de memoria en las personas, tales como que la memoria no reproduce sino que reconstruye el pasado, y que los testigos exhiben una gran variedad de tipos de memoria¹⁶. Múltiples investigaciones acerca de los procesos que subyacen y los factores que afectan el recuerdo de un evento pasado se han llevado a cabo¹⁷, especialmente, con víctimas de delitos y, particularmente, con víctimas de delitos sexuales, atendidas las repercusiones jurídicas que tienen los relatos de las víctimas acerca de los eventos que han vivido.

La literatura especializada ha descrito latamente los distintos factores que pueden afectar el recuerdo de un evento. Así, por ejemplo, destacan entre estas variables: la atención y el procesamiento de la información objetivo; la distinción y la relevancia de los detalles del hecho; la información relacionada; la deseabilidad social y la motivación; el conocimiento previo, los prejuicios y las expectativas; la presencia de estrés o trauma al momento de la ocurrencia del episodio; el intervalo presente entre el evento y su recuerdo; la edad de los testigos; las diferencias individuales, etc.¹⁸.

En el caso de los delitos sexuales con víctimas menores de edad, interesa relevar los hallazgos relativos a la influencia que tiene la edad del testigo en los procesos de memoria. Se sabe que mientras más jóvenes son las víctimas, presentan mayores dificultades para comprender, codificar y recuperar los recuerdos de los sucesos que las afectaron¹⁹. Así, por ejemplo, la codificación de los episodios –entendida como el proceso por el cual las experiencias que vive una persona son transferidas a su memoria–, presenta dificultades en los niños y en las niñas, pues algunos tipos de información no son capaces de almacenarlos, pues no los entienden. La

¹⁶ HERVÉ, Hugues F, COOPER, Barry S. y YUILLE, John C. “Biopsychosocial Perspectives on Memory Variability in Eyewitnesses”, en COOPER, Barry S., GRISEL, Dorothee y TERNER, Marguerite, (Edit), *Applied Issues in Investigative Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment*, (London, 2013), pp. 102-103.

¹⁷ Para profundizar acerca de los procesos de memoria en general, consultar, entre otros: SMITH, Edward E. y KOSLYN, Stephen M. *Procesos Cognitivos. Modelos y bases neuronales*, (Madrid, 2008), capítulos 4, 5, 6 y 8.

¹⁸ POWELL, Martine. *Eyewitness Testimony*. [en línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_testimonio_de_los_testigos.pdf [fecha de consulta: 14 de agosto de 2013].

¹⁹ PAZ-ALONSO, Pedro A, OGLE, Christin M. y GOODMAN, Gail S. “Children’s Memory in “Scientific Case Studies” of Children Sexual Abuse: A Review, en COOPER, Barry S., GRISEL, Dorothee y TERNER, Marguerite, (Edit), *Applied Issues in Investigative Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment*, (London, 2013), p. 149.

información acerca de los eventos es más fácil almacenarla cuando se puede asociar con otras experiencias. Obviamente, los niños y las niñas tienen pocas experiencias con las que hacer estas asociaciones y, por ello, es común que ciertas vivencias no las guarden en su memoria²⁰.

Limitaciones cognitivas relacionadas con la capacidad lingüística de los niños y de las niñas —en comparación con los adultos, los niños y las niñas pequeños tienen un vocabulario más limitado e idiosincrático e interpretan las palabras en forma más concreta y restrictiva—²¹ con las estrategias para recuperar recuerdos y con la comprensión de los actos abusivos como tales, sobre todo, en los más pequeños, puede contribuir a que estos tengan dificultades para expresar y reportar información relevante acerca de lo que les ha sucedido²².

Desde Piaget se sabe que la noción de tiempo presenta serias dificultades para los niños y las niñas. Su comprensión es una habilidad que se adquiere a lo largo del desarrollo evolutivo, incluso más allá de la adolescencia. Términos como “antes”, “después”, “primero” o “último” son problemáticos para los niños y las niñas, así como la determinación de la fecha precisa de los eventos experimentados²³.

Por otra parte y en relación con el tema que aborda este artículo, diversas investigaciones en el ámbito de la Psicología del Testimonio señalan que recordar un episodio específico dentro de una pluralidad de eventos es difícil para cualquier testigo, especialmente, después que ha pasado algún tiempo; estas dificultades se profundizan en el caso de los niños y niñas víctimas, por las cuestiones que se han descrito en los párrafos anteriores²⁴.

²⁰ LA ROOY, David J., MALLOY, Lindsay C. y LAMB, Michael E, “The Development of Memory in Childhood”, en LAMB, Michael E, LA ROOY, David J, MALLOY, Lindsay C. y KATZ, Carmit, (edit), *Children’s Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*, (United Kingdom, 2011), pp. 50 y 51.

²¹ LAMB, Michael E, MALLOY, Lindsay C. y LA ROOY, David J. “Setting Realistic Expectations: Developmental Characteristic, Capacities and Limitations”, en LAMB, Michael E, LA ROOY, David J, MALLOY, Lindsay C. y KATZ, Carmit, (edit), *Children’s Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*, (Kingdom, 2011), p. 15.

²² PAZ-ALONSO, Pedro A, OGLE, Christin y GOODMAN, Gail S., ob. cit., pp. 155 y 164.

²³ LAMB, Michael E, MALLOY, Lindsay C. y LA ROOY, David J, ob. cit., pp. 22-24. En el mismo sentido, LA ROOY en su exposición: “Cómo obtener la mejor información del relato de los niños y adolescentes en el marco del respeto de sus derechos”, en el IV Seminario Internacional sobre Agresiones Sexuales Infantiles. Los derechos fundamentales del niñ@ víctima en el proceso penal, realizado los días 26 y 27 de septiembre de 2013, en Santiago de Chile. LA ROOY señaló: “*Los niños tienen problemas para comprender algunos conceptos como: detrás/delante/sobre/bajo, antes/después, horas/fechas/edades, talla/altura/peso, igual/distinto, él/ella/ellos. En general, respecto de las preguntas ¿cuándo ocurrió? ¿cuántas veces ocurrió?, no hay recuerdo*”.

²⁴ POWELL, Martine y McMEEKEN, Lisa. “Cuéntame sobre la vez que...”: Nueve reglas de oro para entrevistar a niños acerca de un delito múltiple. [En línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_cuentame_sobre_la_vez_que.pdf

Después de experimentar en varias oportunidades un evento, los niños y las niñas—en el caso de los adultos, sucede lo mismo— tienden a dar más detalles comunes a muchas situaciones de un evento, pero la repetición de la experiencia disminuye su capacidad para recordar detalles específicos de una situación particular²⁵. En otras palabras, los niños y las niñas que han sido víctimas de un delito en múltiples ocasiones por el mismo agresor son capaces de relatar lo que “habitualmente sucedía”²⁶, pero en general tendrán mayores dificultades para recordar características contextuales específicas de una situación particular relacionada con el delito, tales como el lugar y la época en que estos hechos ocurrieron. En estos casos, las víctimas tenderán a mezclar detalles ocurridos en otras situaciones o, sencillamente no podrán recordar detalles más específicos de un evento en particular²⁷.

Desde la psicología, se explica esta situación, planteando que las personas desarrollan un script o guión para recordar, que refleja la mezcla de similares episodios en uno solo o, en otras palabras, una descripción genérica de un evento repetido²⁸. Todas las personas tienen y utilizan estos guiones y, en el caso de las víctimas que han sufrido crímenes reiterados, como suele suceder en el abuso sexual infantil o en la violencia intrafamiliar, también los desarrollan. De ahí que no sea extraño que víctimas que han sufrido repetitivos abusos tengan un recuerdo de lo que solía suceder y que la información acerca de episodios específicos se suela perder cuando se forma un script²⁹.

[fecha de consulta: 2 de agosto de 2013] y ROBERTS, Kim P y POWELL, Martine B. Describing individual incidents of sexual abuse: A review of research on the effects of multiple sources of information on children’s reports [En línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_los_efectos_de_multiples_fuentes_de_informacion_en_las_declaraciones_de_los_ninos.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2013].

²⁵ PAZ-ALONSO, Pedro A, OGLE, Christin y GOODMAN, Gail S., ob. cit., p. 149. Estos autores citan un estudio en el que se llegó a la conclusión que el recuerdo de eventos repetitivos, como un abuso sexual recurrente, es menor en calidad que el recuerdo de un evento único.

²⁶ HERVÉ, Hugues F, COOPER, Barry S. y YUILLE, John C., ob. cit., p. 107.

²⁷ POWELL, Martine y McMEEKEN, Lisa, ob. cit., pp. 2 y 3. En el mismo sentido, POOLE, Debra A., y LAMB, Michael E. *Investigative Interviews of Children*, (Washington, DC, 2009), p. 42 y DICKINSON, Jason J, POOLE, Debra A. y LAIMON, Rachel L. *Children’s Recall and Testimony*, en BREWER, Neil y WILLIAMS, Kipling D, (edit), *Psychology and Law. An Empirical Perspective*. The Guilford Press, (New York, 2005), pp. 160 y 161. Estos autores hacen la siguiente distinción: La capacidad de recordar de los niños y de las niñas respecto de eventos repetitivos es generalmente mejor cuando los detalles son consistentes o constantes entre estos que cuando estos detalles difieren en los distintos eventos. En este último caso, los niños y las niñas tienden a confundir detalles de distintos episodios y consecuentemente reportan situaciones que no corresponden al episodio que se está explorando.

²⁸ POOLE, Debra A y LAMB, Michael E., ob. cit, p. 42.

²⁹ POOLE, Debra A y LAMB, Michael E., ob. cit, p. 42.

En términos adaptativos, la formación de estos guiones constituye una eficiente estrategia para organizar y recuperar la gran cantidad de información que manejan los seres humanos³⁰. Pero, esta misma habilidad cognitiva se transforma en una dificultad en el contexto judicial a la hora de describir pormenorizadamente los eventos abusivos que han afectado a un niño o a una niña.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Ciertos tribunales han calificado como un delito continuado, múltiples episodios abusivos respecto de una víctima, en contextos temporales distintos, pero en casos en los que la prueba rendida no ha permitido establecer fechas precisas respecto de cada uno de los hechos imputados.

La argumentación esgrimida por los tribunales para llegar a esta conclusión ha sido que la solicitud de aplicación de la reiteración por parte del Ministerio Público, exige una mayor precisión de la descripción fáctica de la acusación, puesto que, de otro modo, se infringe el principio de congruencia y, en definitiva, el derecho a la defensa, ya que una descripción global que incluye de manera genérica todas las descripciones típicas ejecutadas durante cierto período de tiempo, impide al acusado defenderse adecuadamente.

En los delitos sexuales, es frecuente que la víctima sea un niño o una niña y, además, muchas veces existe una relación de parentesco o cercanía entre la víctima y el agresor, lo que propicia la pluralidad de eventos abusivos. Lo anterior lleva a que en muchas investigaciones, los Fiscales suelen encontrarse con que las víctimas no son capaces de entregar mayores detalles acerca de cada uno de los hechos que las han afectado, especialmente en lo que dice relación con la precisión temporal de cada episodio. En ciertos tribunales, ante esta situación, algunos jueces requieren una imputación fáctica precisa en cuanto al tiempo, lugar y circunstancias, para asegurar al imputado una adecuada defensa, so pena de calificar varios hechos como un solo delito continuado.

Sin embargo, la revisión de la literatura especializada en materia de procesos de memoria, muestra importantes hallazgos relativos a la influencia que tiene la edad en la recuperación del recuerdo. Así, se sabe que mientras más jóvenes son las víctimas, tienen mayores dificultades para comprender, codificar y recuperar los recuerdos de los eventos que las han afectado. Especiales limitaciones presentan los niños y las niñas para manejar la noción de tiempo y, sobre todo, la determinación de la fecha precisa de acontecimientos.

Por otra parte y también de acuerdo con la bibliografía especializada en la materia, el recuerdo de episodios específicos en el contexto de múltiples eventos

³⁰ DICKINSON, Jason J, POOLE, Debra A. y LAIMON, Rachel L., ob. cit., p. 160.

es extremadamente difícil no solo para los niños y las niñas, sino que también para los adultos, puesto que generalmente se tiende a recordar lo que acontecía habitualmente, sin considerar los detalles específicos de un hecho puntual.

Surge entonces la interrogante acerca de cómo conciliar las limitaciones evolutivas propias del relato de los niños y de las niñas sobre las experiencias abusivas vividas y las restricciones cognitivas generales en relación al recuerdo de episodios múltiples, con el requerimiento de la defensa relativo a la precisión temporal fáctica de la acusación en los casos de delitos sexuales reiterados.

Sin lugar a dudas, es posible mejorar las técnicas y las habilidades para entrevistar a los niños y las niñas víctimas de delitos sexuales, de manera de obtener la máxima información posible con la mayor calidad de la misma, intentando precisar algunos de los varios episodios que pudieron haberlos afectado, aunque teniendo siempre presente las limitaciones ya descritas. Pero también hay que tener en cuenta que la valoración de la prueba rendida en el juicio oral –fundamentalmente el relato de la víctima en los delitos sexuales– debe hacerse sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; por lo que, para no infringir esta limitación, es indispensable flexibilizar la exigencia de mayor precisión fáctica temporal de la imputación en los casos de delitos sexuales en contra de niños y niñas, para lograr no solo respetar el derecho a la defensa sino que también el derecho a que se haga justicia a las víctimas³¹, a las que no se puede exigir algo imposible de alcanzar.

³¹ Recientemente, el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua recoge esta postura, en el considerando undécimo del fallo pronunciado en el segundo juicio oral desarrollado en el denominado caso “Jardín Infantil Divina Providencia”, de fecha de 7 de agosto de 2013, RUC N° 1100561408-4, RIT N° 377-2012, publicado en esta misma sección con el comentario de la Fiscal Gabriela Carvajal Bravo.