

C.A. de Temuco

Temuco, veintiuno de marzo de dos mil once .

VISTOS.-

A fojas 13 comparece Héctor Leiva Martínez, Fiscal Regional Subrogante del Ministerio Público, quien interpone recurso de protección en contra de la Jueza Subrogante de Carahue Paola González Montecinos y a favor de la víctima del delito investigado, por haber dado lugar a la solicitud de la defensa en orden a que, aplicando el artículo 320 del Código Procesal Penal, peritos de la defensa se entrevistaran con la víctima de un delito de violación con el objeto de elaborar una nueva pericia de credibilidad del relato. Agrega que en causa Rut 820-2010 de ese Juzgado se encuentra imputado Luis Poza Huenten por el delito de violación del artículo 362 del Código Penal, precisando que se le hizo el informe de credibilidad del relato por el Ministerio Público, el cual siempre ha estado a disposición de la defensa, no obstante ello, el tribunal acogió su petición ya referida. Señala que el artículo 320 del Código Procesal Penal no es aplicable al caso, pues tal norma se refiere a objetos, documentos o lugar, sin perjuicio que además es innecesario, pues ya se hizo ese informe sobre credibilidad del relato. Por ello señala que se infringe el artículo 6° y 7° de la Constitución, teniendo presente que la investigación le corresponde al Ministerio Público y que la defensa puede allegar también sus pruebas, según el artículo 93 letra c) y 183 del Código Procesal Penal. Por otra parte señala que se expone innecesariamente al menor a revivir los hechos, pues ya fue entrevistado y que ello pugna con el deber del Ministerio Público de proteger a las víctimas. Agrega que se infringe el artículo 19 N° 1 de la Constitución y disposiciones de la Convención de los Derechos del niño, artículos 12 y 39 y que así se ha resuelto en varias causas de distintas Cortes de Apelaciones que cita. Por todo lo anterior pide se acoja el recurso de protección y se deje sin efecto la resolución referida. Acompañó documentos de fs. 1 a 12.

A fojas 26 y siguientes rola el informe de la recurrida quien señala que el artículo 320 del Código Procesal Penal permite dictar instrucciones necesarias para que peritos puedan acceder a examinar objetos, documentos o lugares a que se refiere la pericia o para cualquier otro fin pertinente. Señala que no siendo posible efectuar metaperitajes por el Ministerio Público, sólo queda la posibilidad de periciar por la defensa, garantizando su derecho a defensa. Agrega que no hay perjuicio alguno para la víctima, pues se puede negar al examen y no hay apercibimiento para ello. Estima en síntesis que no se vulnera el derecho del niño a ser oído, por lo que también precisa que esta hipótesis pedida por la defensa cabe en el artículo 320 del Código Procesal Penal y en su calidad de Jueza de Garantía debe garantizar los derechos del imputado.

A fs. 29 se hizo parte la Defensoría Penal Pública, quien acompañó documentos de fs. 32 a 51.

A fs. 30 se trajeron los autos en relación.

### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO.-**

**PRIMERO:** Que el objeto de esta acción de protección consiste en la actuación de la recurrida en cuanto con fecha 11 de febrero de 2011 hizo lugar a la solicitud de la defensa en base al artículo 320 del Código Procesal Penal y autorizó a los peritos de la defensa a entrevistarse con la víctima menor de edad con el fin de elaborar una nueva pericia, respecto a la credibilidad de su relato, dicha actuación en concepto del actor vulnera el artículo 19 n°1 de la Constitución, artículo 12 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño.

**SEGUNDO:** Que tanto en doctrina como en la jurisprudencia, la acción de protección respecto de resoluciones judiciales se ha considerado que debe ser de **carácter estricto**, puesto que la cuestión a decidir y los derechos de los intervinientes o partes ya se encuentran al amparo de la jurisdicción, salvo que la resolución afecte el derecho de tal entidad o bien sea contraria a principios mínimos y básicos del propio estatuto u ordenamiento que regulan la materia que se hace necesario, para proteger al recurrente que la Corte respectiva tome todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. En todo caso, no hay que olvidar que la acción de protección no obsta al ejercicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

**TERCERO:** Que expresado lo anterior, conviene precisar tal como lo menciona el actor el estatuto por antología que regula los derechos de los niños que es la **Convención sobre los Derechos del Niño** que establece en su artículo 12 el derecho del niño a formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, por lo que el niño tendrá la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial, ya sea directamente o por medio de un representante. Bajo esa perspectiva, hay que decir que tratándose de los niños y el sistema judicial, el **estándar internacional** es siempre proveer soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico y ello, porque la capacidad mental del menor en este caso, 8 años según alegato de estrados, está generalmente disminuida y debe protegerse, **ya sea infractor o víctima**. El menor debe gozar de todos los atributos que garantiza un Estado de Derecho. En general, en este caso de la víctima, una vez acaecido el hecho se deben proponer medidas de restablecimiento, de recuperación, deben tenerse no sólo en consideración el interés superior del niño que se traduce en **la plena satisfacción de sus derechos, deseos y sentimientos**, derecho al desarrollo, el respeto a la opinión del niño y a su dignidad.

**CUARTO:** Que continuando con la idea anterior y en relación al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el derecho del

niño a ser oído en asuntos que van a afectar su vida está estrechamente vinculado como señala Jaime Couso con el principio de **autonomía progresiva**. Si decimos que el interés superior del niño es el pleno goce de todos los derechos del niño o niña que no se pueden restringir considerando además sus deseos, sentimientos e intereses, considerar su opinión es un aspecto de la mayor importancia. El derecho del niño a ser oído implica tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales. Este derecho no se satisface consultando simplemente la opinión del niño, sino la posibilidad de participar en la construcción desde un principio -atendida su edad- directamente o a través de un representante. Luego, si se toma la decisión de un asunto relevante en la vida del niño sin permitirle la participación en la producción de la decisión, **implica un acto de extrema violencia**.

**QUINTO:** Que cavilado lo anterior, entonces, aparece que la petición de la defensa basado en el artículo 320 del Código Penal y la posterior decisión de la Jueza recurrida han omitido lo que es el Estatuto Internacional de la Convención de los Derechos del Niño, en especial, tratándose de delitos sexuales. Está más que asentado y es un lugar común en la doctrina, jurisprudencia, justicia restaurativa, estudios de campo en materia psicológica que el paso por el sistema judicial para el menor siempre **es una experiencia que le afectará en su desarrollo** y no se considera positiva. En esa perspectiva, la interpretación que hace la defensa del artículo 320 para este caso no sólo no es atinente por referirse como supuestos de hecho un objeto, un documento o un lugar, sino que por el propio estatuto de la Convención de los Derechos del Niño; ello no es aplicable en la especie. Más aún, la recurrida y la Defensa olvidan que están en el sistema procesal penal y, en definitiva, el asunto se traduce no en el interviniente que aporte la prueba, sino que exista prueba y de acuerdo a un debido proceso, ella en la audiencia del juicio oral pueda ser rebatida. Y esto en modo alguno está debatido.

**SEXTO:** Que conforme a lo anterior, el menor no puede ser objeto de instrumento o medio, sino que el deber en este caso de los Tribunales de Justicia es protegerlo y con el actuar de la recurrida, sin duda que se quebranta el artículo 19 n°1 de la Constitución al vulnerar su integridad y el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que se ha quebrantado su derecho a ser oído, ya sea directamente o a través de su representante.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución, 12 de la Convención de los Derechos del Niño **SE DECLARA:**

Que **se acoge** la acción de protección interpuesta a fs. 13 por el Ministerio Público en contra de la Jueza de Garantía Subrogante de Carahue, Paola González Montecinos y, en consecuencia, se deja sin efecto la resolución que ordena el peritaje psicológico al menor de iniciales J.N.B.P. dictada el 11 de febrero de 2011.

Redactada por el Ministro Álvaro Mesa Latorre.-  
Regítrese e incorpórese en su oportunidad en la carpeta digital.  
Civil-182-2011.(brz.)

SR. GRANDON

SR. MESA

SR. TRONCOSO

Pronunciada por la Segunda Sala

Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre y Fiscal Judicial Sr. Luis Troncoso Lagos.

En Temuco, veintiuno de marzo de dos mil once, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.