

LAS NULIDADES PROCESALES: RETOS FRENTE A LA REVICTIMIZACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Procedural annulments: Challenges against the re-victimization of children and adolescents

Lic. Yeney Valido Andrés

Facultad de Derecho, Universidad de La Habana



000-0003-4128-2019

yeneyvalidoandres@gmail.com

RESUMEN.

Las nulidades procesales son de las instituciones más novedosas que trajo la reforma procesal cubana, por lo cual su reconocimiento trajo consigo diferentes interrogantes para los operadores del Derecho que las aplicaban. Así, los principales debates se relacionaron con la posibilidad de repetición de un acto procesal sobre el que se decretaba una nulidad absoluta. En aras de dar respuesta a esta interrogante el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular emitió la Instrucción 281 de 2023, la cual logra detallar y dotar de contenido a la Ley del Proceso Penal con el fin de lograr una mejor aplicación práctica de las mismas. De esta forma, con este trabajo se pretenden analizar los efectos que traen las nulidades procesales en actos procesales como la exploración de la persona menor de edad, toda vez que con su

repetición se generará una revictimización del niño, niña o adolescente.

Palabras claves: nulidades procesales, revictimización, exploración, niño, niña o adolescente.

ABSTRACT.

Procedural annulments are one of the most innovative institutions brought by Cuban procedural reform, which is why their recognition brought with it different questions for the legal operators who applied them. Thus, the main debates were related to the possibility of repetition of a procedural act for which absolute nullity was declared. In order to answer this question, the Governing Council of the Supreme Court issued Instruction 281 of 2023, which details and provides content to the Criminal Procedure Law in order to achieve a better practical application of them. In this way,

Yeney Valido Andrés

this work aims to analyze the effects that procedural nullities have on procedural acts such as the exploration of the child, since their repetition will generate re-victimization of the child or adolescent.

Keywords: procedural nullities; re-victimization; exploration and children and adolescents.

Fecha de enviado: 12/05/2024

Fecha de aceptado: 25/05/2024

INTRODUCCIÓN

Las nulidades procesales se introducen en la Ley del Proceso Penal como una herramienta que permitirá sanear el proceso y con ello salvaguardar los derechos y garantías fundamentales que son reconocidos en la Carta Magna. En tal sentido, las nulidades traen 3 remedios fundamentales: la renovación, rectificación o el cumplimiento del acto procesal defectuoso, salvo aquellos casos que se traten de pruebas ilícitas o actos cuya repetición afecten la relevancia probatoria.

En las nulidades se presenta una problemática fundamental relacionada con aquellas pruebas cuya repetición afectaría los derechos de las víctimas como es el caso de la exploración de la persona menor de edad que de declararse la

renovación de este acto procesal se incidiría en la revictimización del niño, niña o adolescente que resultó víctima.

Se ha de destacar que la exploración de la persona menor de edad resulta en ocasiones una prueba sustancial para la probanza de los hechos, toda vez que en casos de delitos de abuso sexual infantil predomina la secretividad, por lo cual el dicho del infante es fundamental de cara a conocer lo ocurrido, de aquí que se trate de una diligencia que deberá ser realizada correctamente de cara a lograr un equilibrio entre los derechos de la víctima y del imputado.

En consecuencia, con estas líneas se pretende analizar lo referente a las nulidades procesales y los efectos que produciría su declaración en la exploración de las personas menores de edad.

1. Nociones generales sobre las nulidades procesales.

La nulidad puede ser definida como la falta de valor, fuerza o efecto de una cosa por no estar hecha de acuerdo con las leyes y de manera específica, se puede entender como una condición o vicio esencial de un acto, contrato, resolución o procedimiento, que determina que pueda instarse contra este una solicitud de nulidad.

Dentro de estas, las nulidades procesales se presentan como un remedio idóneo para lograr

el buen funcionamiento del proceso, es decir, el saneamiento de aquellos actos procesales que presentan determinado vicio que los convierte en ineficaces y requieren ser subsanados.

De esta manera, entre las definiciones aportadas se destacan dos posturas fundamentales: la primera encaminada a tener a las nulidades como un recurso y la segunda como una sanción. Dentro de la primera vertiente se destacan autores como Salas Vivaldi y Torres Alagia, donde por el primero se llegan a conceptualizar a las nulidades procesales como: *“la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso de sus efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquella* (Salas Vivaldi, 2004).”

Por otro lado, Torres Alagia alude que: *“La nulidad es la sanción legal, sea expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formalidades exigidas* (Torres Alagia, 1993)”. De manera que en ambos conceptos se denotan una serie de características fundamentales: la primera vinculada a su carácter de sanción, la segunda sobre su carácter legal y que tienen como principal consecuencia la privación de los efectos jurídicos que producirá ese acto procesal que fue realizado

pese a poseer un vicio; sin embargo, por Torres Alagia se hace alusión a un nuevo elemento que radica en su carácter expreso o tácito.

Dentro de los defensores del carácter de las nulidades procesales como recursos radican autores como: Vivanco-Riofrio y Ramón-Merchán quienes argumentan que: *“Las nulidades son la declaración judicial, por medio de la cual se deja sin efecto un acto procesal por violaciones de este y, fundamentalmente de garantías constitucionales* (Vivanco-Riofrio, 2022)”. En tal sentido, por medio de esta concepción se plantea el carácter judicial de la declaración de nulidad al únicamente poder ser emitida por medio de una resolución judicial y por ende se alude a que su naturaleza jurídica será como recurso.

Lo cierto será que las nulidades procesales logran por sí mismas que los actos irregularmente realizados no surtan efectos hasta que sean corregidos, en los casos de ser posible, por lo cual es una herramienta para optimizar el sistema de justicia penal que sin importar la naturaleza jurídica que se le otorgue será efectiva y vital para el proceso penal.

No obstante, a los efectos de esta investigación las nulidades procesales han de ser vistas como un medio de impugnación, concepto con mayor sentido y alcance que el de recurso y que alude

a todas las herramientas que están en manos de las partes para combatir una decisión tomada durante el proceso.

Esta postura presenta una mayor coherencia que su estimación como sanción, toda vez que si bien es cierto que la declaración de una nulidad producirá una consecuencia jurídica para el proceso; sin embargo, a los efectos del Derecho Penal se entiende como sanción a una medida de coerción aplicada al responsable de un delito mediante una sentencia dictada por los Tribunales (Quirós Pérez, 2015).

1.1. Clasificación de las nulidades procesales. Su saneamiento.

La principal clasificación de las nulidades se divide en absolutas y relativas, las primeras relacionadas con la vulneración de un derecho o garantía fundamental o la obtención de una prueba ilícita y la segunda irá dirigida al incumplimiento de determinadas formalidades establecidas en la ley que pueden ser subsanadas y convalidarse con el transcurso del tiempo (Salas Vivaldi, 2004).

De esta manera, las nulidades pueden ser saneadas con el fin de la subsanación del acto procesal deficiente y donde según Salas Vivaldi se destacan 3 remedios fundamentales frente a la declaración de una nulidad que permitirán el saneamiento del proceso: la renovación, la

rectificación o la ratificación (Salas Vivaldi, 2004).

La renovación de la o las actuaciones anuladas procederá si la irregularidad es de tal magnitud que solo es superable mediante su repetición sin que sea necesario retrotraer el proceso, mientras que la rectificación se utiliza cuando se incorpora algún medio probatorio incompleto como sería el caso de la falta de firmas en determinadas diligencias. Por su parte, el cumplimiento está encaminado a la subsanación o corrección de algún requisito del acto que resultó omitido como sería, según las condiciones de este autor, el apercibimiento a un testigo de su obligación de decir la verdad.

Asimismo, en el caso de las nulidades relativas se presenta un remedio adicional que sería la convalidación, toda vez que el interesado cuenta con un término para la solicitud de nulidad relativa y una vez transcurrido este se tiene como convalidada y por ende no podrá ser nuevamente invocada, contrario a las nulidades absolutas que pueden ser alegadas en cualquier momento del proceso precisamente por afectarse con ellas un derecho o garantía fundamental.

Habrán casos en que la irregularidad que afecta al acto presuntamente anulable es de tal magnitud

que imposibilita su saneamiento mediante el empleo de los remedios señalados al comprometer con su renovación la eficacia probatoria, por lo cual se ha de prescindir totalmente de él.

Ahora bien, resultan de fácil comprensión los diferentes remedios que se encuentran en manos de los operadores del Derecho; pero se ha de tener presente que el proceso se encuentra integrado por una concatenación de actos procesales, por lo cual habrá casos en los que la declaración de una nulidad tendrá un efecto extensivo al existir una relación de dependencia entre el acto írrito y otros que son su consecuencia, por lo cual deberán ser declarados nulos la totalidad de actos que se deriven de aquel que presente determinado vicio en su realización.

Este carácter extensivo también resultará aplicable a los supuestos de pruebas obtenidas ilícitamente, las cuales deberán ser excluidas del proceso de conjunto con aquellos medios probatorios que se le deriven, lo cual se sustenta en la teoría del fruto del árbol venenoso, que detalla cómo adquieren este carácter de ilicitud las pruebas aparentemente legales, pero que se encuentran prohibidas por los métodos utilizados para su obtención (Goite Pierre, 2022).

1.2. Diferencias entre actos nulos y actos inexistentes.

El concepto de actos inexistentes se ha transportado a la órbita penal desde el Derecho Civil. Según Torres Aliaga (Torres Alagia, 1993) se alude a la inexistencia cuando a un hecho material le falta algún elemento esencial para constituirse en un acto jurídico, sea en el sujeto, el objeto o la forma, entendiéndose esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto respecto al objeto. En tal sentido, se trata de meros hechos que no existen ante los ojos de la ley por carecer de los elementos indispensables para ser concebidos.

Por su parte, para que exista nulidad se requiere que se configure un acto procesal, pero que presente determinada irregularidad que no le priva de su condición de acto jurídico, sino que le impide producir los efectos señalados en la ley, por lo cual un acto jurídicamente inexistente no podrá ser rectificado porque no existe.

Tal diferenciación presenta una trascendencia práctica, toda vez que existen diferentes sucesos que pueden acontecer a lo largo del proceso penal que no podrán ser declarados nulos por el simple hecho de que no ostentan la condición de acto procesal y donde se puede citar como ejemplo la emisión de una resolución judicial

por una persona diferente a un juez, lo cual carecerá de un elemento esencial para la constitución del acto correspondiente a la identidad del sujeto que emitió la resolución judicial y en consecuencia se tratará de un acto inexistente.

2. Las nulidades procesales en la Ley del Proceso Penal cubana.

Las nulidades procesales es de las instituciones más novedosas que trajo la reforma penal cubana y que según lo estipulado en la Ley del Proceso Penal permiten anular los actos procesales ejecutados vulnerando las garantías consagradas en la Constitución, la propia Ley del Proceso Penal y en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba, así como para los que se ejecuten en inobservancia de las formalidades previstas en la Ley.

En tal sentido, la Ley del Proceso Penal presenta dos grandes clasificaciones que se encuentran en consonancia con los estudios teóricos del tema: las nulidades absolutas y las relativas. Las primeras se interponen cuando se tratan de actuaciones ejecutadas con vulneración de los derechos y las garantías fundamentales del debido proceso y en el caso de las nulidades relativas se invocan cuando se tratan de actos

procesales ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en la ley.

Ahora bien, con derechos y garantías del debido proceso penal la Ley del Proceso Penal se refiere al conjunto de garantías judiciales que deben regir el proceso penal y que permitirán un proceso penal que se rija bajo las bases de lo justo y equitativo. Estas garantías del debido proceso penal se encuentran principalmente desarrolladas en el Artículo 95 de la Constitución; sin embargo, se trata de derechos y garantías que transversalizan la Constitución y demás leyes por lo cual no se pueden tener como únicas garantías para la producción de una nulidad absoluta las estipuladas en este articulado.

Principalmente para el análisis del debido proceso se deberá partir del Artículo 94 constitucional que si bien no se dirige al proceso penal, recoge garantías que irradian las actuaciones judiciales y administrativas y donde se recoge la posibilidad de solicitar la exclusión de medios de prueba que han sido obtenidos violando lo establecido, aquellas pruebas que dado su carácter ilícito son objeto de una nulidad absoluta.

Otra cuestión a señalar es que en la ley procesal se reconoce que las nulidades se formulan ante la autoridad que este conociendo el asunto, por

lo cual a diferencia de lo que se ha señalado no se exige como en otras legislaciones que la decisión sea autorizada por un juez mediante resolución judicial.

Igualmente, en el Artículo 62 se alude a los diferentes remedios que se reconocen a nivel internacional para el saneamiento del acto procesal: la renovación, la rectificación del error o el cumplimiento de la omisión y a la par se alude a los casos de imposibilidad de repetición, donde la misma es declarada nula y sin efectos para el proceso penal.

Otro elemento a destacar, es la presencia de las nulidades durante la fase intermedia, donde le juez unipersonal que recibe el expediente de fase preparatoria con solicitud de apertura o sobreseimiento definitivo puede devolver el expediente señalando la presencia de una nulidad. Unido a ello, dentro de esta propia fase se podrá aludir a la nulidad de las actuaciones como causal de artículo de previo y especial pronunciamiento, donde las partes en los 3 primeros días concedidos para evacuar sus conclusiones provisionales podrán invocar una nulidad.

Dada la novedad de esta institución, se emitió por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la Instrucción 281 de 2022 en aras de uniformar la práctica judicial

relacionada con las nulidades. De manera que, con dicha instrucción se llegan a detallar varios pormenores como es el caso de los efectos extensivos de las nulidades donde en el caso de declararse nulo un acto procesal solo mantendrán sus efectos los que sean independientes de aquel.

Otra novedad, radica en el párrafo noveno de esta instrucción donde se señala que las nulidades invocadas como causal de artículo de previo y especial pronunciamiento tienen como requisito de procedibilidad que la parte, con abogado designado, la haya invocado con anterioridad en fase preparatoria y se le denegara, excepto en los casos de desconocimiento de este acto por reserva al examen de las actuaciones y donde se exceptúan de esta regla los casos en que la designación del defensor sea en la fase intermedia.

Dicho requisito de procedibilidad tiene como fin evitar la presencia de un proceso incidental como son los artículos de previo y especial pronunciamiento que suspenden el término para evacuar conclusiones provisionales, pero se ha destacar que dicho apartado no niega que se pueda presentar una nulidad genérica del Artículo 59, toda vez que las nulidades absolutas no son convalidables y según la propia

Yeney Valido Andrés

ley rituarial se podrán formular en cualquier estado del proceso.

La referida instrucción le brinda especial énfasis a las pruebas ilícitas, donde de darse el caso procederá una nulidad absoluta y se tendrá como consecuencia la extracción de las actuaciones y donde las mismas no podrán surtir efectos jurídicos, lo cual se encuentra a tono con lo preceptuado en el Artículo 94 inciso c de la Carta Magna.

Igual destino tendrán aquellos actos procesales cuya repetición comprometa la relevancia probatoria, lo cual impide que sean susceptibles a sanear como sería una presentación para el reconocimiento que fue realizada sin efectuarse las formalidades establecidas y en cuyo caso procederá una nulidad absoluta y no podrá orientarse su repetición; toda vez que por la víctima ya estará preconcebida como responsable la persona que inicialmente pudo identificar.

Dado que esta investigación no pretende centrarse en el análisis estricto de las nulidades procesales, sino valorar su aplicación en las exploraciones de las personas menores de edad y cómo incidiría en la revictimización del niño, niña y adolescente se hace necesario el análisis teórico de la victimización secundaria como una forma de victimización que en ocasiones llega a

ser más perjudicial que la victimización primaria.

3. El proceso de victimización en niñas, niños y adolescentes víctimas.

El proceso de victimización hace referencia los efectos de índole psíquica, física y económica que sufre una persona como consecuencia de un hecho traumático, que de acuerdo con el sujeto sobre el que recae y el factor que la genera se distinguen en: la primaria, secundaria y terciaria.

En tal sentido, con victimización primaria se alude a las consecuencias directas del delito (Sempere Faus, 2020) o lo que es lo mismo, el efecto que se produce por el victimario a la víctima por medio de la comisión del hecho delictivo (Carballo de León, 2020).

En cuanto a la victimización secundaria también denominada como: victimización criminal, desviación derivada, revictimización o doble victimización, que es propiamente la más relevante para esta investigación, siguiendo a Del Amo Váldez y Pérez Conchillo son:

Aquellas consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Supone, un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de

Yeney Valido Andrés

comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, dejándolas desoladas, inseguras y generando una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a sus legítimas necesidades (Del Amo Vázquez, 2020).

Otros autores como Montada y Abarrán (AA.VV, 2015) consideran que la victimización secundaria es una reacción social negativa generada como consecuencia de la victimización primaria, donde la víctima reexperimenta una nueva violación a sus derechos legítimos, cuando la policía, las instituciones sociales y gubernamentales intervienen con el fin de reparar la situación de la víctima, a nivel económico, social, físico y psicológico.

Por esta misma línea, al leer a Carballo León (Carballo de León, 2020) se saca a relucir que la victimización secundaria puede ser más dañina que la primaria, puesto que se trata de los sufrimientos de la víctima a lo largo del proceso penal como consecuencia del contacto de esta con lapolicía y la administración de justicia, que puede originar sentimientos de incomprensión, ignorancia y olvido.

Al respecto, Sempere Faus (Sempere Faus, 2020) refiere que esta tipología de victimización

se denota a lo largo del *iter* del proceso penal, puesto que cuando la víctima entra en contacto con el sistema penal, policial o judicial, experimenta la excesiva burocracia y dilación de los procedimientos, sufre la incomprensión de los operadores jurídicos y del propio sistema que incluso las ignora.

Según este mismo autor, en ocasiones las víctimas son tratadas como acusados en los interrogatorios, sufren la falta de tacto o la incredulidad ante su relato de determinados profesionales, se enfrentan a su agresor cara a cara en las declaraciones en el juicio oral, o no se sienten reparadas por la sentencia.

De lo anterior, se puede llegar a afirmar que se ha asociado que el proceso de revictimización está indisolublemente ligado al papel que desempeñan las instituciones y todo el personal que trabaja con la víctima del delito.

Por otro lado, la victimización terciaria se produce cuando existe una conversión del victimario a víctima al vulnerarse sus derechos y garantías fundamentales durante la sustanciación del proceso, en su fase de ejecución e incluso durante la reinserción social. A modo de cierre, el proceso de victimización que sufren todas las víctimas se complejiza cuando se trata de un niño, niña y adolescente toda vez que su desarrollo cognoscitivo no ha

Yeney Valido Andrés

finalizado, por lo que son más vulnerables y necesitan una atención especializada. En tal sentido, en ocasiones los niños se sienten incómodos con los reiterados interrogatorios, dictámenes periciales y declaraciones que son tomadas antes y durante del juicio oral.

3.1. Principales causas de victimización secundaria en caso de niños, niñas y adolescentes víctimas.

El momento procesal en el que se hace más evidente la victimización secundaria en los niños, niñas y adolescentes víctimas es precisamente durante las exploraciones realizadas a lo largo del proceso.

Es en este momento, donde se da el mayor contacto personal con la víctima y donde se hace determinante la pericia del entrevistador para la obtención del mayor número de información veraz posible, ya que, en muchos delitos contra la integridad sexual, es muy difícil encontrar pruebas materiales y donde en muchas ocasiones, solo se puede contar con la declaración del niño, como prueba inculminatoria.

Los niños, sobre todo en los menores de 6 años, son especialmente vulnerables a la sugerencia de información falsa y por lo tanto en ellos es más fácil generar falsas memorias sobre hechos que nunca ocurrieron;

cuestión que dependerá de las preguntas formuladas, puesto que las de índole sugestiva alteran las vivencias al introducir datos que no se encontraban en su dicho.

En tal sentido, generalmente las causas de victimización secundaria se asocian a las múltiples declaraciones que realizan los niños, niñas y adolescentes frente a diferentes personas durante un proceso penal, lo cual genera una reexperimentación continua de experiencias negativas y muchas veces traumáticas para el niño.

También, se ha señalado que otro factor trascendental que genera la revictimización del niño son las malas *praxis* durante la entrevista, pues durante la misma se hace necesario cumplir una serie de pasos que van desde el posicionamiento del entrevistador hasta la forma de preguntar o los gestos que este realiza.

Sobre este particular señaló Rochel (AA.VV, 2015) que existen una serie de factores que inciden en la victimización secundaria de la persona menor de edad víctima, como son: la frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena, la víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario, la lentitud procesal, la propia subjetividad de los profesionales y sus condiciones de trabajo, racionalización por parte

Yeney Valido Andrés

de algunos profesionales de la situación de la víctima y las intervenciones iatrogénicas, en las cuales el personal encargado de la atención a las víctimas con su intervención, producen más daño que el mismo hecho delictivo.

Por su parte, ALBERTÍN enumera otros factores que producen esta forma de victimización: dar prioridad a la búsqueda de la realidad del suceso delictivo

olvidando la atención a la víctima o despersonalizando su trato, la falta de información sobre la evolución del proceso, sobre la sentencia y sobre el destino del victimario, la falta de un entorno de intimidad y protección, excesivos tecnicismos jurídicos, desconocimiento de los roles profesionales por parte de la víctima y la declaración de la víctima en el juicio oral(AA.VV, 2015).

De esta forma, como bien señala el último autor citado un factor que incide en la doble victimización del niño es su declaración en el juicio oral, puesto que supone recordar hechos dolorosos que sucedieron hace tiempo. Asimismo, el niño tiene que declarar en un lugar donde conoce que está su agresor, pues si bien es cierto que se vela que no sea en el mismo espacio físico, esto no quita que el niño según su capacidad cognoscitiva muchas veces pueda deducir que su victimario está presente en el

mismo sitio. También, las preguntas se tienden a formular en un lenguaje que el niño no logra entender, pues el juez, el fiscal o los letrados que se encuentran presentes no necesariamente son especialistas en el trabajo con niños, niñas y adolescentes.

De aquí, que se pueda resumir que las principales problemáticas durante esta fase radican en las inadecuadas estrategias durante la exploración porque ni el personal implicado ni el lugar resultan idóneos.

En tal sentido, como ha resultado señalado la principal causa de revictimización se relaciona con la sobreexposición del niño a múltiples exploraciones, donde como será analizado se presenta con las nulidades una nueva causal para la repetición de este acto procesal, por lo cual este remedio procesal afectará los derechos de la víctima y el fin último de evitar su doble victimización. De esta manera, una vez analizado el fenómeno de la revictimización corresponde realizar un estudio pormenorizado de la exploración de las personas menores de edad en aras de dotar de contenido este trabajo.

4. La exploración de la persona menor de edad.

Las exploraciones de las personas menores de edad en Cuba se realizan en los Centros de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes que

Yeney Valido Andrés

surgen en 2005 producto de un programa de colaboración entre Cuba y Reino Unido como idea de un psicólogo británico Anthony Butler, directivo del *Child Protection* (Vázquez Seijido, 2017).

De esta forma, en la actualidad existen tres centros de este tipo en el país situados en La Habana, Santiago de Cuba y Villa Clara. En tal sentido, estos centros buscan obtener el testimonio del niño y velan por la grabación del mismo para que se incorpore a la investigación que se realiza en la fase preparatoria y se reproduzca en el acto de juicio oral como prueba documental.

Ahora bien, estos centros marcan un avance en cuanto a la protección de las víctimas menores de edad en territorio cubano, puesto que con anterioridad la exploración solo tenía lugar en las unidades policiales o en los Departamentos Territoriales de Investigación Criminal e Investigaciones¹, lo cual representaba que el niño debía declarar en presencia de un personal no calificado.

En este sentido, el resto de las provincias que no cuentan con un Centro de Protección, las exploraciones se realizan en Centros de Evaluación, Atención y Orientación a Menores,

en los cuales la entrevista no es grabada mediante el circuito cerrado.

Por otro lado, ya analizando propiamente la exploración de la persona menor de edad se debe destacar que según Vázquez Seijido y Otero Rodríguez, *“la exploración es el proceso mediante el cual se examina o entrevista al niño o adolescente, con el objetivo de poder conocer su testimonio* (Vázquez Seijido, 2017).”

A pesar de que con esta definición puede identificarse a la exploración con el momento de la entrevista, se considera que esta va más allá de la simple obtención del testimonio y se encuentra por ello compuesta por una serie de etapas que son tenidas en cuenta para obtener la declaración del niño, niña y adolescente.

En concordancia, Reyes Vega, Almodóvar y Morales Guirola aluden a las diferentes etapas en las que se desenvuelven las exploraciones cuando son efectuadas en los Centros de Protección, donde se distingue: recibimiento del caso, etapa de preparación, etapa de atención a la familia, etapa de planificación de la estrategia de exploración, etapa de exploración y la etapa de desculpabilización y de orientación a la familia (Reyes Vega, 2018).

Durante el recibimiento del caso el niño es recibido en el Centro, donde se le brindan informaciones generales del lugar donde se

¹Actualmente se denomina Unidad Territorial de Investigación Criminal, en sus siglas UTIC.

Yeney Valido Andrés

encuentra sin hacer alusión al hecho delictivo. Asimismo, todo el personal viste de civil en aras de mostrar un ambiente cálido, transparente y agradable que puede ser menoscabado si se viste en uniforme, ya que esto puede generar tensiones en el niño.

La etapa de preparación representa lo que en los protocolos de otros países se ha fijado como *rapport*; momento en el que se pretende obtener un clima de confianza y seguridad que motive al infante a narrar los hechos posteriormente.

La etapa de atención a la familia se realiza de forma simultánea con la etapa de preparación del niño y tiene como fin conocer aspectos relacionados con el entorno familiar del niño y los hechos que se investigan.

Por otro lado, en la etapa de planificación de la estrategia de exploración se reúne todo el personal que va a realizar la entrevista como el que investiga el hecho siendo estos: el fiscal, el oficial de prevención de menores, el instructor, el abogado y el instructor especializado.

En cuanto a la etapa de exploración es realizada propiamente por el instructor especializado para que el niño narre lo sucedido. Asimismo, la exploración es visualizada por los representantes del infante y el personal que realizó la estrategia de exploración, lo cual

permite tener una comunicación constante con el entrevistador.

En niños muy pequeños “dígase de 3 a 10 años” se puede hacer uso de test de apercepción infantil, por medio del cual se le muestran a este diferentes láminas con fotos y, en coherencia con lo que plantea observar se obtienen datos relevantes sobre la personalidad del niño y el grado de afectación que pueda presentar. Asimismo, se emplean otras técnicas como el dibujo libre para obtener determinadas aspectos que no puede deponer el niño por sí mismo, puesto que su lenguaje y desarrollo cognoscitivo no le permiten explicar de manera coherente el abuso, incluso en ocasiones desconocen que son víctimas de una agresión sexual.

Por último momento en el abordaje de los niños, niñas y adolescentes se encuentra la etapa de desculpabilización y de orientación a la familia, que consiste en volver a la etapa de *rapport* en aras de librar tensiones que puedan haber sido ocasionadas por revivir recuerdos negativos del niño.

Asimismo, se realiza un seguimiento a las víctimas que se establece por medio de la cooperación institucional de los Servicios de Psiquiatría Infanto- Juvenil de los hospitales pediátricos y los centros comunitarios de salud mental pertenecientes al Sistema Nacional de

Salud. Además, de la Consulta Especializada de Psicología en el Centro Nacional de Educación Sexual, todo lo cual debe ser acompañado de los comportamientos a seguir por los familiares del niño en el hogar.

A juicio de esta autora la fase propiamente de exploración no debería ser realizada por un instructor especializado, sino directamente por un psicólogo. Así, si bien este último encamina al instructor mediante las facilidades que se logran con el sistema de circuito cerrado, donde el psicólogo se encuentra monitoreando toda la entrevista, será el psicólogo como especialista en estos temas quien abordará de la menor manera al niño y con ello no solo se evitará la revictimización, sino que se obtendrá una exploración que logre detallar sobre los hechos.

4.1. Examen sobre las exploraciones a las personas menores de edad.

El estudio del estado de las exploraciones en fase preparatoria resulta sustancial en esta investigación, toda vez que son precisamente la presencia de deficiencias en este acto procesal las que traen aparejadas la declaración de una nulidad procesal.

Una de las mayores problemáticas durante este acto está relacionada con la falta de preparación por parte del personal que realiza esta entrevista que llega a formular preguntas capciosas,

sugestivas e incluso impertinentes, cuestión que lograría ser saldada si se logra que el interrogatorio sea efectuado directamente por el psicólogo.

De igual manera, las exploraciones de la persona menor de edad no siempre resultan claras, pues no aportan necesariamente todos los elementos constitutivos para la tipificación de un delito. Lo anterior, posibilita que se llegue a calificar un delito diferente al que tuvo lugar. Este mal direccionamiento del interrogatorio para la tipificación del delito y de las circunstancias concurrentes es lo que condiciona que se deba repetir la exploración.

Dentro de las problemáticas por resolver se encuentra además, el desfase temporal entre el momento que ocurre el delito y en el que se realiza la exploración. Además, se ha de tener en cuenta que el niño tarda en hablar con los padres por el miedo a las amenazas del agresor, de aquí que cuando se realiza la entrevista en el Centro de Protección en ocasiones transcurran años en relación al momento que comenzó la agresión.

Por otro lado, otra situación a resolver es el desequilibrio que existe entre las diferentes provincias del país, puesto que los Centros de Protección a los Niños, Niñas y Adolescentes como se ha señalado *a priori* encuentran su sede

en las provincias de La Habana, Villa Clara y Santiago de Cuba, por lo cual en el resto de las provincias cubanas las exploraciones son realizadas en los Centros de Evaluación, Atención y Orientación a Menores.

Así, en estos centros las entrevistas no son grabadas, por lo cual los instructores deben redactar un informe en el que se llega a utilizar un lenguaje que no se corresponde con lo expuesto por el niño durante la entrevista. Además, una dificultad de no utilizar el sistema de circuito cerrado es que se incrementan las posibilidades de que los niños sean abordados judicialmente.

Ahora bien, esta exploración según el Artículo 271 de la Ley del Proceso Penal está sujeta a determinados requisitos, toda vez que la autoridad actuante deberá comunicar al imputado y su defensor la fecha en la que se realizará la exploración para que aporten los aspectos que deben ser esclarecidos mediante la exploración, lo cual trae como interrogante: ¿Qué efectos produciría la realización de una exploración sin previa comunicación con el imputado y su defensor? Evidentemente la respuesta es clara, operaría la nulidad absoluta al vulnerarse un derecho fundamental como es el derecho a la defensa y esto traería como

consecuencia la repetición del acto procesal defectuoso.

Pese a la claridad de la respuesta a esta interrogante, se presenta una dificultad relacionada con las consecuencias que trae aparejada la repetición de la exploración producto a la sobreexposición del niño, niña o adolescente a un recuerdo traumático, lo cual derivaría en su revictimización.

Ante esta situación, se presenta el dilema entre anular el acto porque su defecto es evidente o hacer valer el mismo dado que con su renovación se incidiría en la doble victimización del niño, niña o adolescente. En tal sentido, la respuesta siguiendo la dinámica de la Ley del Proceso será decretar la nulidad absoluta porque efectivamente se está afectando un derecho o garantía fundamental del imputado.

Otra cuestión, está relacionada con el aludido problema de las preguntas sugestivas, las cuales en el caso de niños, niñas y adolescentes generan la producción de falsas memorias y por tanto pueden tener como una idea preconcebida determinadas características del agresor o de los hechos que fueron introducidas por el entrevistador y que no se acercan a los hechos.

En correspondencia con ello, se podría afectar la relevancia probatoria de este acto procesal y por lo que al ser declarado nulo no podrá ser

Yeney Valido Andrés

repetido, lo cual deriva en una problemática fundamental para casos de abuso sexual infantil, donde los hechos ocurren en ambientes de exclusiva intervención entre el agresor y la víctima, por lo cual no contar con la exploración como medio probatorio traería consigo la impunidad de un hecho que reviste características de delito.

En consecuencia, las nulidades procesales son una herramienta necesaria para un proceso penal que se ajuste a las reglas del debido proceso; sin embargo, se debe lograr por parte de los operadores del Derecho el cumplimiento estricto de lo estipulado en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de los cuales Cuba es parte signataria, toda vez que existen determinados actos procesales como es el caso de la exploración de las personas menores de edad que resultaron objeto de examen, donde al decretarse su repetición por la presencia de una nulidad absoluta se afectará el interés superior del niño y el fin último de todo proceso penal donde se tiene como víctima a un niño, niña y adolescente que es evitar su doble victimización. De aquí, que la mejor manera de sanear el proceso en ocasiones no sea rectificar, sino desde el principio actuar conforme a lo que está establecido.

CONCLUSIONES

Las nulidades procesales pretenden sanear el proceso penal en aras de lograr un adecuado equilibrio entre los derechos y garantías del debido proceso penal; sin embargo, existen determinados actos procesales que requieren por los sujetos que la realizan su correcta realización, toda vez que su repetición traería consigo efectos para las víctimas. Esta situación se agrava, en los casos que se tienen como víctimas a un niño, niña o adolescente, donde con la renovación del acto procesal se incidiría en su revictimización. Una vez dicho esto, con la realización de esta investigación se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: Las nulidades procesales se presentan como un medio de impugnación al ser una herramienta que poseen las partes para combatir una decisión ya sea judicial o extrajudicial. Las mismas se clasifican principalmente en nulidades absolutas, cuando se vulnera un derecho o garantía fundamental del debido proceso y relativas, cuando se trata de una formalidad exigida en un acto procesal y que resultó omitida.

Segunda: La Instrucción 281 de 2023 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular representa una de las instrucciones más completas emitidas por este órgano, al explicar de manera detallada la forma en que se

Yeney Valido Andrés

aplicarán las mismas, pero a pesar de lo progresiva de esta Instrucción resulta una tarea pendiente por los operadores del Derecho lograr su aplicación correcta.

Tercera: La exploración de la persona menor de edad puede ser declarada nula al omitirse algún particular como sería la comunicación con el imputado y su defensor para que interesen los extremos que consideran necesarios que se realicen en este acto procesal. En tal sentido, al darse esta situación corresponderá a la autoridad actuante en correspondencia con la fase que se interponga decretar la nulidad absoluta de este acto procesal y en consecuencia orientar la repetición de esta diligencia, con lo cual se afectaría no solo el interés superior del niño, niña o adolescente, sino la necesidad de evitar su revictimización a lo largo del proceso penal, por lo cual se presenta como una necesidad la correcta preparación por parte de los sujetos que realizan esta entrevista de cara a lograr implementar un modelo de entrevista única que será garante de los derechos de las personas menores de edad.

Cuarta: Otra de las problemáticas relacionadas con las exploraciones que recaerá en una nulidad será la presencia de una entrevista cuya subjetividad introduzca elementos sobre la ocurrencia de los hechos o las características del

agresor, lo cual tendría como consecuencia la generación de falsas memorias en el niño y por ello, la repetición de este acto procesal afectaría la relevancia probatoria, dado que ya están preconcebidos por el infante estos detalles como si fueran verídicos, de aquí que corresponda prescindir de este medio probatorio que como se conoce es sustancial en delitos de abuso sexual infantil.

Quinta: Se debe velar por la correcta capacitación de la persona que realiza la entrevista y que la misma sea un psicólogo especializado, toda vez que por mucho que un instructor reciba preparación para esta diligencia no tendrá en sus manos las mismas herramientas que una persona que se dedica exclusivamente al trabajo con niños y que cuanta con otras vías para lograr una entrevista más amena. Asimismo, el fiscal en su función de control de la legalidad deberá ser salvaguarda de que no existan omisiones de garantías ni derechos en este acto procesal, dado que una mirada preventiva será la solución idónea a la problemática abordada en estas líneas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. (2015). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *LIBERABIT*, P.45.

Yeney Valido Andrés

- CARBALLO DE LEÓN, M.** (2020). *La protección del menor como víctima en el proceso penal*. Facultad de Derecho, Universidad de San Cristóbal de La Laguna.
- DEL AMO VÁZQUEZ, M.** (2020). Delitos de violencia sexual a niños, niñas y adolescentes. *Revista de Sexología*, pp.87-101.
- GOITE PIERRE, M.** (2022). El desafío de la reforma procesal penal cubana: Entre el garantismo y la política criminal. *Revista Cubana de Derecho*.
- QUIRÓS PÍREZ, R.** (2015). *Manuel de Derecho Penal, Tomo IV*. La Habana: Félix Varela.
- REYES VEGA, S.** (2018). El tratamiento del abuso sexual infantil en el Centro de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes en La Habana. *Revista Sexología y Sociedad*, pp.52-55.
- SALAS VIVALDI, J.** (2004). La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de la nulidad procesal. *Revista Actualidad Jurídica*, pp.28-40.
- SEMPERE FAUS, S.** (2020). La protección a la víctima menor de edad y la victimización secundaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, p.71.
- TORRES ALAGIA, S. G.** (1993). *Nulidades en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2da Edición.
- VÁZQUEZ SEJIDO, M.** (2017). *Factores victimógenos en menores de edad abusados sexualmente. Bases victimológicas para las acciones de prevención victimal*. La Habana.: Editorial CENESEX.
- VIVANCO-RIOFRIO, A. M.-M.** (2022). Estudio dogmático y jurídico del recurso de nulidad en el proceso penal ecuatoriano. *Polo del Conocimiento, Volumen 7, Número 12*, pp.1334- 1380.

FUENTES LEGALES:

LEY 143 DE 2021 DEL PROCESO PENAL, Gaceta Oficial número 140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021.

INSTRUCCIÓN 281 DE 2023, publicada en Gaceta Oficial número 61 Ordinaria del 30 de junio de 2023.