

# La protección de la víctima y del testigo durante el proceso penal en Argentina

César Fortete\*

## RESUMEN

*La regulación legal de los derechos de las víctimas de actuaciones delictivas en los ordenamientos jurídicos federal argentino y de la provincia de Córdoba en el mismo país, parecen animadas por las propuestas internacionales sobre la materia; no obstante lo cual, en sentir del autor, las disposiciones legales en concreto se presentan insatisfactorias.*

## PALABRAS CLAVE

*Derechos de las víctimas- victimización- protección de testigos- derecho procesal penal argentino- derecho de defensa.*

## 1. Introducción

En los últimos años Latinoamérica sufrió un gran proceso de cambio en sus ordenamientos procesales. Muchos son los factores que influyeron o motivaron estos procesos de reformas, pero sin duda que el principal motivo fue un proceso sostenido de democratización institucional que se generalizó en la región con el regreso a la vida cultural democrática y la puesta en evidencia de que los ordenamientos procesales no se correspondían con este modelo de sociedad regida por un sistema político

participativo y respetuoso de los derechos humanos. Además, el pasado de dictaduras militares violatorias de los derechos más elementales de las personas imponía la necesidad de fortalecer y transformar los sistemas judiciales como forma de garantizar el pluralismo político y el respeto a los derechos humanos<sup>1</sup>. Argentina no fue ajena a este movimiento y, tanto en el orden federal como en las distintas provincias que la conforman, se pusieron en vigencia nuevos ordenamientos procesales penales con la intención de dejar atrás modelos inquisitoriales de juzgamiento que no ofrecían un cuadro de garantías adecuado a las partes involucradas en un proceso. En el caso particular de Argentina, puede observarse que en estas reformas también se incorporaron algunas demandas surgidas desde la victimología, que propugnan por medidas de política criminal que ofrezcan a la víctima del delito una mayor protección y un rol más protagónico durante el proceso penal<sup>2</sup>. Se tuvieron en cuenta, sin lugar a dudas, los resultados de muchos estudios en el orden internacional que han puesto en evidencia que la actuación de la víctima en el proceso penal es escasa, limitándose ésta al rol de testigo, y que las veces que debe comparecer se ve sometida a padecimientos de todo tipo que le provocan, invariablemente, una segunda victimización<sup>3</sup>. Esta situación llevó a cuestionar el rol del Estado como representante de la víctima en el proceso de persecución penal, estableciendo la necesidad de que la víctima sea considerada como un sujeto de derecho independiente y no sólo como un órgano u objeto de prueba. Se plantea, de esta manera, una reorientación de los sistemas

Cfr. JULIO B. MAIER, KAI AMBOS Y JAN WOISCHNIK (Coords.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 27 y ss.

<sup>2</sup> Así se manifiesta en la exposición de motivos del proyecto del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, Argentina, aprobado y sancionado como ley 8123: "[...] la víctima del delito debe tener un reconocimiento en la ley procesal por su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, incluso para que su participación no signifique una revictimización [...]". Ver *Proyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, elevado por el Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba a la Honorable Legislatura de esa Provincia, 1990, p. 25.

Se entiende por "segunda victimización", "victimización secundaria" o "revictimización" aquella que tiene lugar no como un resultado directo de la acción delictiva, sino como consecuencia de la respuesta y el trato dado por las instituciones, el entorno social y los medios de prensa, que provocan un nuevo daño a la víctima.

<sup>4</sup> Cfr. ALBERTO BOVINO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*,

\* Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

penales hacia la víctima, abandonando, en algunos casos, el retribucionismo clásico por modelos de justicia reparadora o restitutiva, o creando, en otros, nuevas propuestas procesales que, a través de la incorporación de la víctima, intentan consolidar el sistema punitivo vigente<sup>4</sup>. De esta manera, tanto en uno como en otro modelo, se reconoce que la víctima es una pieza fundamental en el proceso de persecución penal, ya que normalmente, sin su cooperación a través de la denuncia del delito y el aporte de pruebas que permitan identificar al agresor y acreditar el hecho delictivo, la mayor parte de los delitos permanecerían impunes<sup>5</sup>. Es por ello que se busca darle mayor protagonismo, ampararla y protegerla de manera que su intervención en esta tarea no suponga una alteración profunda en su vida, en su trabajo y en cualquier otro aspecto de su persona<sup>6</sup>. Sin embargo, desde una visión crítica al reconocimiento de derechos a la víctima y destacando que la faz jurídico-penal relevante del procedimiento penal es la existencia de la pretensión punitiva del Estado, se ha señalado que el reconocimiento de estos derechos podría afectar seriamente las garantías procesales del imputado<sup>7</sup>, por lo cual su reglamentación debe realizarse teniendo en cuenta una visión integral de los derechos y garantías de todas las personas.

Además del interés científico que ha puesto en evidencia esta situación, la Organización de Naciones Unidas ha trabajado intensamente en los últimos años en la elaboración de principios y planes de acciones que tienen por objetivo promover y garantizar los derechos de las víctimas, señalando que, con el apoyo y la protección de éstas, se lograrán medidas más

eficaces frente a la problemática del crecimiento de la delincuencia<sup>8</sup>. Entre estas acciones, encontramos aquellas que se preocupan por la seguridad de la víctima y de los testigos durante la investigación penal, tal como está manifiesto en los "Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder" que dispone que se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas, adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a ellas, proteger su intimidad y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, frente a todo acto de intimidación y represalia<sup>9</sup>. Del mismo modo, se incorporó la necesidad de implementar acciones en esta dirección en la Declaración de Viena, donde concretamente se adopta el compromiso, por parte de los Estados miembros, de formular y ejecutar políticas de protección de los testigos<sup>10</sup>. El Consejo de Europa tampoco fue ajeno a este movimiento y redactó la Recomendación (85) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, en cuyo artículo 16 dispone que cuando ello parezca necesario y, singularmente, en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberían ser eficazmente protegidas contra las amenazas y el riesgo de venganza por parte del delincuente. También en estos organismos la incorporación de estas medidas en beneficio de las víctimas ha generado preocupación y resistencia, ya que se advierte que ello podría implicar una disminución de los derechos de otros interesados, por lo cual se recomienda que su implementación se realice respetando el equilibrio entre los derechos de todos los interesados en un proceso penal<sup>11</sup>.

Argentina no ha sido ajena a este movimiento y, con la creación del primer Centro de Asistencia a la Víctima del Delito en la provincia de Córdoba<sup>12</sup>, se comenzó a trabajar sobre los efectos o las consecuencias

<sup>5</sup> Diversos estudios son coincidentes en establecer que entre un 90 a un 95% de los hechos delictivos tradicionales son conocidos por la denuncia de la víctima. Cfr. GÜNTHER KAISER, *Kriminologie*, 9. Heidelberg, Auflage, 1993, p. 334. También WOLFGANG HEINZ, "Anzeigeverhalten", en Kaiser, Kerner, Sack y Schellhoss (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Auflage, Heidelberg 1993, pp. 27 y ss., y DIETER KETTELHÖHN, "Anzeigeverhalten", en Hans-Jürgen Kerner (Hrsg.), *Kriminologie Lexikon*, 4. Auflage, Heidelberg, 1990, pp. 24 y 25.

<sup>6</sup> Cfr. DAVID ELBIO DAYENOFF, *De la querrela al sobreseimiento. Teoría y practica del proceso penal (actuaciones en comisarías y juzgados)*, Buenos Aires, García Alonso, 2001, p. 69.

<sup>7</sup> Cfr. HANS JOACHIM HIRSCH, "Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal", en AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 100.

<sup>8</sup> Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, Resolución 40/34.

<sup>9</sup> Ídem. Art. 6, apartado d).

<sup>10</sup> Declaración de Viena, párr. 27.

<sup>11</sup> "Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder", en *Colección de derechos humanos y justicia. Víctimas, derechos y justicia*, Tomo 3, Córdoba, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2001, pp. 21 y 22.

<sup>12</sup> Ley 7379, sancionada el 20/02/1986, promulgada el 28/02/1986 y publicada en el Boletín Oficial el 05/03/1986. Cabe destacar que luego de la experiencia realizada en Córdoba con esta modalidad de asistencia a las víctimas de delitos, otras provincias de Argentina crearon centros de atención similares.



estudios han puesto en evidencia que la participación de la víctima en los distintos actos procesales incrementa muchas veces sus problemas (pérdida de tiempo, faltas laborales, erogaciones extras para traslados, etc.) y que con frecuencia esas intervenciones constituyen una verdadera segunda victimización por el trato a que es sometida y porque se ve enfrentada varias veces al doloroso recuerdo del hecho delictivo que le tocó vivir<sup>20</sup>. El C.P.P.Cba. (ley 8123) en su art. 96 dispone que *"la víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán el derecho a ser informados acerca de las facultades que puedan ejercer en el proceso (7 y 24), de las resoluciones que se dicten sobre la situación del imputado y, cuando la víctima fuere menor o incapaz, se la autorizará a que durante los actos procesales sea acompañada por personas de su confianza, siempre que ello no perjudique la defensa del imputado o los resultados de la investigación"*<sup>21</sup>. Como puede apreciarse, la norma contiene, básicamente, dos aspectos: uno relacionado al derecho a la información sobre las facultades que la víctima o sus herederos forzosos tienen en el proceso<sup>22</sup> y sobre aquellas resoluciones que se dicten relacionadas con la situación del imputado<sup>23</sup> y, en su última parte, establece el derecho de la víctima menor o incapaz a ser acompañada por una persona de su confianza durante los actos procesales en los que deba intervenir. Nos detendremos en este último supuesto, que es el que reconoce la mayor situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima por su condición de menor edad o incapacidad. Es, en razón de ello, que la norma autoriza precisamente a estas víctimas a recibir la protección y apoyo

<sup>20</sup> Cfr. ELENA I. HIGHTON, GLADYS S. ÁLVAREZ Y CARLOS G. GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 45 y ss. GERARDO LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 49 y ss.

<sup>21</sup> C.P.P.Cba., art. 96: Víctima del delito (Texto según art. 9º, ley 8658).

<sup>22</sup> Concretamente la facultad de constituirse como actor civil para procurar la restitución del objeto materia del delito y la indemnización por el daño causado (Art. 24 y ss. y 97 y ss. del C.P.P.Cba.), y a la facultad de constituirse como querrelante particular para intervenir en el proceso penal para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (Art. 7 y 91 y ss. del C.P.P.Cba.).

<sup>23</sup> Se trata de aquellas resoluciones que modifiquen la situación del imputado, tales como prisión preventiva, recuperación de la libertad, sobreseimiento, condena, absolución, libertad condicional, etc.

emocional de una persona de su confianza con el objetivo de disminuir el *stress* que implica la participación en distintos actos procesales, ya que, de lo contrario, estarían más expuestas a sufrir una victimización secundaria.

Los actos procesales a los que la ley se refiere son aquellos necesarios para determinar la existencia del hecho delictivo, las circunstancias que lo rodearon, los que permitan cuantificar los daños producidos e individualizar a sus autores y víctimas como, por ejemplo: interrogatorios, exámenes médicos o psicológicos, reconocimiento de personas, etc. En la realización de estos actos procesales la víctima, por lo general, se ve nuevamente confrontada a los hechos traumáticos que vivió y se ve sometida, además, a todo tipo de mortificaciones y hasta humillaciones como consecuencia de las injerencias de este tipo de actos en la esfera de su intimidad y por las conductas o modos inapropiados que pueden tener las personas encargadas de llevarlos a cabo. Es por ello que se recomienda el acompañamiento de una persona de confianza que le brinde apoyo afectivo o psicológico para evitar o disminuir el impacto negativo que estas intervenciones puedan provocarle. La norma nada dice sobre la forma, criterios y personas facultadas para proponer o seleccionar a la persona que acompañe a la víctima, de modo que entendemos que estas serán aquellas que la víctima elija, familiares, amigos, el psicólogo que la asista, etc. También puede ser personal especializado del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito<sup>24</sup> o en el caso de que ya haya intervenido un psicólogo del Cuerpo Técnico de Asistencia Judicial o de la Dirección de la Policía Judicial, éste acompañará al niño víctima en toda otra cooperación técnica o acto procesal que deba ser celebrado sobre su persona o con su participación<sup>25</sup>. No obstante, según las circunstancias del hecho delictivo o la naturaleza del acto procesal que deba realizarse, si la víctima por propia iniciativa no hace uso de este derecho, también puede ser el funcionario judicial actuante quien recomiende o disponga que la víctima sea acompañada por una persona de su confianza para asegurar el éxito del acto procesal y para evitar una segunda victimización.

<sup>24</sup> Art. 15, inc. b) y c), del Reglamento Interno del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito de Córdoba.

<sup>25</sup> Programa de Abordaje Integrado del Niño Víctima de Maltrato Físico y/o Psíquico o de Delitos contra su Persona, su Libertad o su Integridad Sexual (P.A.N.), Reglamento, De la Integración Profesional, apartado b). Esta disposición será comentada luego con más precisión.

Desafortunadamente, la norma señala que tendrán este derecho únicamente los menores o incapaces, con lo cual queda descartado que las personas mayores cuenten con esta posibilidad. Sobre este punto, creemos que restringir este derecho a los menores o incapaces no es acertado, ya que el riesgo de la victimización secundaria está latente para todas las personas, independientemente de su edad o capacidad. En este sentido, el Reglamento Interno del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito de Córdoba es más acertado, ya que no hace discriminación de ningún tipo, señalando, entre las funciones de los abogados que integran su equipo, la de acompañar a la víctima y/o a sus familiares a las instituciones de administración de justicia o a la sede policial. Sin embargo, de acuerdo a la redacción actual de la norma procesal que analizamos, las previsiones del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito no dejan de ser más que una buena oferta que encuentra su límite en las puertas de las sedes policiales o judiciales, salvo mejor criterio de los respectivos funcionarios. De esta manera, podemos observar que las disposiciones del art. 96 del C.P.PCba., a diferencia de las reglas internas del Centro de Asistencia a la Víctima del Delito citadas, están en desacuerdo con las recomendaciones de Naciones Unidas, que señalan que a la víctima, sin hacer distinciones de edad, ni capacidad, se le debe brindar la posibilidad de contar con apoyo emocional y acompañamiento durante todos los actos procesales<sup>26</sup>.

Por otro lado, vinculado a los objetivos del acompañamiento que autoriza el art. 96 del C.P.PCba., en el ámbito de la Dirección de Servicios Judiciales del Poder Judicial de Córdoba se creó el Programa de Abordaje Integrado del Niño Víctima de Maltrato Físico y/o Psíquico o de Delitos contra su Persona, su Libertad o su Integridad Sexual, denominado con la sigla P.A.N.<sup>27</sup>. Este Programa se propone evitar la exposición de los niños a factores institucionales revictimizantes que multiplican el daño sufrido en oportunidad de producirse el material probatorio. El objetivo principal es la obtención de la prueba con la mínima intervención posible, evitándose la repetición innecesaria de las mismas a través de su videofilmación, fotografía y su documentación en una Base de Datos y Carpeta Única del Menor

<sup>26</sup> "Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder", *cit.*, pp. 50 y ss.

<sup>27</sup> Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B, de fecha 24 de abril de 2001.

(C.U.M.) con la correspondiente certificación de un fedatario habilitado para que pueda ser consultada siempre que resulte necesario, conservando pleno valor probatorio. La repetición de alguna de las evaluaciones sobre la persona del menor sólo será practicada si existe alguna causal válida de apartamiento, excusación, o urgencia ineludible. Por último, es importante destacar que el Programa prevé que en la evaluación de un niño víctima intervendrá siempre un equipo profesional integrado por un psicólogo, un médico y un trabajador social, y que el psicólogo intervendrá en primera instancia y lo acompañará personalmente a la evaluación médica y toda otra cooperación técnica o acto procesal que deba ser celebrado sobre su persona o con su participación<sup>28</sup>.

Como puede apreciarse, este Programa complementa las disposiciones del art. 96 del C.P.PCba., ya que se propone reducir el número de intervenciones sobre el niño-víctima con la finalidad de evitar nuevos padecimientos. Además, con el mismo fin, y asimilable al derecho de acompañamiento que autoriza el art. 96 del C.P.PCba., el Programa dispone que el niño-víctima sea acompañado durante todos los actos procesales en los que deba intervenir por un psicólogo que le brinde el apoyo necesario para reducir los efectos dolorosos y revictimizantes que tienen lugar cuando debe revivir el hecho delictivo.

Si analizamos la legislación procesal nacional, veremos que la situación es similar. En efecto, el C.P.PNac. en su art. 80, inc. c, dispone que, entre otros derechos, "*sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, la víctima del delito tendrá derecho: [...] c) cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga sea acompañado por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido*". Como puede apreciarse, las disposiciones de este ordenamiento son similares a las del art. 96 del C.P.PCba. ya analizadas, puesto que también limitan la posibilidad de recibir acompañamiento a los distintos actos procesales únicamente a aquellas víctimas que sean menores o incapaces. Es por ello que su estudio nos lleva a hacer el mismo análisis valorativo y la misma crítica que se hiciera a las disposiciones procesales de Córdoba.

Lo analizado hasta aquí permite ver que el legislador se ha preocupado por otorgar mayores facultades a la víctima dentro del proceso penal con

<sup>28</sup> Cfr. Reglamento aprobado por el Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B.

la intención de equilibrar las posiciones entre ella, el victimario y el interés estatal de persecución penal. No obstante ello, y con el fin de garantizar que este equilibrio no se recomponga a costa de la defensa del imputado o la pretensión punitiva del Estado, en su última parte el texto del art. 96 del C.PPCba., al igual que el art. 80, lit. C, del C.PPNac., agregan una restricción al derecho de recibir acompañamiento.

En efecto, en su parte final, el art. 96 del C.PPCba. dispone que si el acompañamiento de la víctima puede perjudicar la defensa del imputado o los resultados de la investigación, la víctima no podrá ejercer ese derecho. Como puede apreciarse, frente a un conflicto de intereses entre los derechos de la víctima y el derecho de defensa del imputado o el interés punitivo del Estado, la norma opta por sacrificar el derecho de protección de la víctima, haciendo que éste ceda a favor de los demás. En el supuesto del lit. C del art. 80 del C.PPNac. también se excluye la posibilidad de que el menor o incapaz reciba acompañamiento, pero aquí solo a los fines de proteger el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, sin mencionar el derecho de defensa del imputado. Al analizar el siguiente punto retomaremos el tratamiento del conflicto de intereses que puede suscitarse con la incorporación de nuevos derechos a la víctima. Ahora sólo agregaremos, como comentario a esta restricción, que no creemos que el acompañamiento que la víctima puede recibir de una persona de su confianza pueda poner en riesgo la defensa del imputado o los resultados de la investigación. Sin embargo, consideramos que a los fines de garantizar que esto no suceda, se indicará claramente al acompañante que no deberá influenciar la voluntad de la víctima (influenciar el testimonio por ejemplo), que se limitará a acompañarla y apoyarla emotivamente con su presencia y que bajo ningún punto de vista podrá intervenir activamente en el acto procesal. En todo caso, pensamos que la única restricción a este derecho de la víctima debe ser con relación a la elección de la persona que la acompaña. Es necesario que esta persona no tenga algún interés particular en la investigación de modo que su sola presencia determine a la víctima en su testimonio o que, en virtud de su acompañamiento, tenga acceso a información relevante cuando su publicidad aún es reservada<sup>29</sup>. No

<sup>29</sup> Puede darse el caso de que una víctima no pueda elegir libremente y concurra con una persona que previamente, y con el fin de favorecer al imputado o entorpecer el éxito de la investigación, la ha amenazado o coaccionado y con su presencia controla su voluntad. También puede suceder que el acompañante,

obstante, cuando el funcionario judicial actuante detecte el riesgo de que el derecho de defensa del imputado o el éxito de la investigación, en caso del C.PPCba., o la obtención de la verdad en el caso del C.PPNac., se vean afectados con la intervención de un acompañante y deba resolver aplicar esta restricción, también deberá hacer un análisis del costo personal que puede tener para la víctima una intervención en estas condiciones y tomará los recaudos necesarios para eliminarlos o disminuirlos.

Lo cierto es que frente a estos conflictos cabe preguntarse si debe el Estado forzar a la víctima a una nueva victimización para garantizar estos intereses, esto es, la defensa del imputado y el éxito de la investigación penal. Sabemos que el conjunto de garantías del imputado es el límite que tiene el Estado para realizar su interés punitivo, por lo cual, en cumplimiento de la permanente búsqueda de la equidad que le compete, tampoco puede pretender alcanzar ese interés a costa de la vulneración de los derechos y garantías de las víctimas: dignidad, seguridad, salud, etc... En efecto, pensamos que si el Estado, por priorizar su interés punitivo, violara garantías fundamentales de las personas, entraría en contradicción con su deber de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en su propia normativa<sup>30</sup>.

con el mismo interés, obtenga información de los resultados de los distintos actos procesales y con ello haga fracasar medidas futuras, ya que puede poner sobre aviso a los afectados o bien condicionar su propio testimonio cuando aún se espera que deponga en esa calidad.

<sup>30</sup> Así, el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, expresa que "[...] El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino, implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención [...]". Por otro lado, el Estado debe garantizar el respeto de los derechos y garantías incorporados a su legislación por el art. 75, inc. 22, de la C.N., ya que así lo disponen los tratados allí mencionados: art. 1, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2, inc. 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### 4. El derecho del testigo a recibir protección

En este punto analizaremos las disposiciones legales que tienen por objetivo brindarle protección a los testigos, rol al que muchas veces está limitada la participación de la víctima, contra las amenazas a las que puede estar expuesta su seguridad con motivo de su obligación de testificar. Una de las mayores preocupaciones para lograr que la investigación penal resulte exitosa es la de garantizar la recepción y preservación de la prueba. Debido a que la prueba testimonial es, dentro de la diversidad de los medios probatorios, una de las más comunes en los procesos penales, tanto en la provincia de Córdoba como en el orden nacional, se han implementado medidas que tienden a garantizarle al testigo seguridad frente a posibles amenazas contra su integridad personal que tengan por objetivo condicionar o anular su testimonio. Esta protección ofrecida por el Estado a aquellas personas que se encuentran en una situación procesal especial, ya que en calidad de testigos están obligados a comparecer frente a los órganos judiciales del Estado<sup>31</sup>, estaría encuadrada en la obligación del Estado -nacional y provincial- de garantizar la protección a todas las personas sometidas a sus respectivas jurisdicciones. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 5.1., como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9.1., reconocen el derecho de todas las personas a la seguridad e integridad personal y comprometen, a su vez, a los Estados partes a respetar y garantizar todos los derechos en ellas reconocidos (art. 1.1. y art. 2., apartados 1 y 2, respectivamente)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Arts. 219 y cc. del Código Procesal Penal de Cba., 240 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación y art. 243 del Código Penal.

<sup>32</sup> Así lo confirma el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, expresa que "[...] El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención [...]".

Existen innumerables antecedentes en el orden internacional de disposiciones legales de estas características. No obstante ello, los antecedentes más conocidos, en línea general, tienen por objetivo proteger a los testigos relacionados con procesos penales contra manifestaciones criminales graves (terrorismo, narcotráfico, delincuencia organizada y violenta, etc.)<sup>33</sup>. En este tipo de procesos, al igual que en todo proceso de persecución criminal, la colaboración de los testigos con la administración de justicia es fundamental y necesaria para evitar la impunidad de los delincuentes. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que los integrantes de este tipo de organizaciones, por su carácter asociado, por sus peculiaridades organizativas, la clandestinidad de sus actividades, las reglas internas de funcionamiento y la fidelidad de sus miembros, gozan de una enorme capacidad para obstaculizar y neutralizar la acción policial y judicial a través de la amenaza y eliminación de testigos fundamentales. Es por ello que con la sanción de leyes de protección a los testigos se busca

<sup>33</sup> En el ámbito de organismos supranacionales encontramos la Resolución 827/1993 del 25 de mayo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que dispone la protección de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional en los territorios de la antigua Yugoslavia; también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, art. 43, apartado 6, dispone la adopción de medidas de protección y dispositivos de seguridad para testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte y para otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado, y la Resolución del Consejo de la Unión Europea del 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, que promueve entre sus Estados miembros que se garantice la protección adecuada y efectiva del testigo, antes, durante y después del proceso. Del mismo modo, en los Estados Unidos el 12 de octubre de 1982 se promulgó la ley federal *Victim and Witness Protection Act*, que tiene por objeto la protección de víctimas y testigos de hechos criminales, en especial, aquellos perpetrados por la delincuencia organizada. Colombia, por su parte, organizó su Programa de Protección a Testigos, Víctimas y demás intervinientes en el proceso penal en el año 1992 (Decreto n° 1834 del 13 de noviembre de ese año) a raíz del estado de conmoción interior que vivía el país como consecuencia de la actividad terrorista de grupos guerrilleros y de la delincuencia organizada. También en España el 23 de diciembre de 1994 se sancionó la ley orgánica 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales, en la que no se hace ninguna distinción en cuanto a la manifestación delictiva sobre la que deban deponer sus destinatarios, ya que se refiere a testigos y peritos que intervengan en procesos penales en general (art. 1).

asegurar, no sólo su testimonio sino también que éste sea fiable y, de esta manera, garantizar la calidad del procedimiento de persecución criminal.

En el ámbito de la provincia de Córdoba, la ley 8835<sup>34</sup>, llamada "Carta del Ciudadano", consagró los derechos a la seguridad que tienen todas las personas en la provincia, entre los que se destacan, vinculados al tema de análisis, el derecho a obtener custodia o vigilancia adecuada –conforme a las circunstancias– cuando hubiere sido testigo de hechos delictivos o hubiese recibido amenazas por tal causa (art. 7, inc. e). Con este fin, y con el objeto de que se cumpla con lo dispuesto en el art. 219 del C.P.PCba.<sup>35</sup>, el decreto reglamentario creó la Oficina de Protección de Testigos en el ámbito del Ministerio de Gobierno<sup>36</sup>.

La función de la Oficina de Protección de Testigos<sup>37</sup> es la de coordinar una adecuada protección a las personas acreditadas como testigos potenciales en causas judiciales, aun antes del inicio de éstas, cuando, por su condición de testigo, su vida o su integridad física y psíquica, la de sus familiares, o sus bienes, corran un peligro cierto. De esta manera, cuando un testigo, sus familiares, personas convivientes, o sus bienes están expuestos a un riesgo cierto o potencial deberá informar personalmente, a través de terceros, o por cualquier otro medio al magistrado judicial interviniente y, a requerimiento de éste, la Oficina de Protección de Testigos deberá tomar intervención. Como primera medida, esta oficina debe elaborar un informe para determinar la modalidad de la protección que sea necesaria<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Sancionada el 25 de marzo de 2000, promulgada el 27 de marzo de 2000 y publicada el 28 del mismo mes y año.

<sup>35</sup> Este artículo dispone la obligación de toda persona de testificar sobre todo lo que sepa cuando es requerido por un órgano judicial.

<sup>36</sup> Decreto 1015 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba del 11 de julio de 2000. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, N° 148, del 2 de agosto de 2000.

<sup>37</sup> Atribuciones dispuestas por el art. 1 del Decreto 1015 y de acuerdo a la Resolución N° 278 del Ministerio de Gobierno, de fecha 28 de agosto de 2000, que organiza la Oficina de Protección de Testigos.

<sup>38</sup> El art. 2, del decreto 1015/00, dispone que la Oficina de Protección de Testigos, ante la solicitud de la autoridad judicial, procederá a tomar medidas de resguardo que serán todas las de inmediata vigilancia, tales como: a) disponer en el domicilio del testigo la presencia de personal policial de consigna; b) ordenar que tal personal ampare al testigo acompañándolo desde el lugar donde se encuentre hasta la sede de la autoridad judicial que lo haya citado; c) resolver la custodia de bienes del testigo; d) extender estas medidas a personas convivientes o parientes hasta cuarto grado de consanguinidad del testigo.

e informará al magistrado interviniente sobre las circunstancias que haya podido establecer con relación al testigo en riesgo. También aconsejará sobre la conveniencia o necesidad de reserva de los datos de identidad del mismo, para lo cual se podrán extraer todos los datos identificatorios del expediente y, en caso de ser necesario para la defensa contar con ellos, se procederá según el art. 308 del C.P.PCba.<sup>39</sup>. Del mismo modo, podrá aconsejar la recepción de la medida de prueba por medios gráficos, audiovisuales o electrónicos para preservar la identidad del testigo y asegurar la medida, procurando, en todos los casos, evitar la prolongación en el tiempo de la situación que afecte al testigo<sup>40</sup>. Por otro lado, si la situación de riesgo lo requiere, al testigo se le brindarán las condiciones de protección adecuadas hasta tanto se haya cumplido su intervención judicial y se haya asegurado la prueba testimonial.<sup>41</sup> Por último, cuando la situación de riesgo hace imprescindible que el testigo abandone su ocupación laboral, la oficina gestionará una nueva de similares características y, de ser necesario, se procederá a gestionar la sustitución de su identidad real y la provisión de una asistencia económica<sup>42</sup>.

El objetivo de estas disposiciones legales, tal como surge de su análisis descriptivo, es el de instrumentar una herramienta que permita garantizar la seguridad de los testigos frente a amenazas concretas y, con ello, asegurar la obtención de la prueba, ya que su reglamentación hace una específica remisión al art. 219 del C.P.PCba.. De esta manera, en el ordenamiento de la provincia de Córdoba se instrumentalizan garantías constitucionales que prevén el derecho de toda persona, en este caso la obligada a testificar, a

<sup>39</sup> El art. 3 del decreto 1015/00, dispone que en el caso de reserva de los datos identificatorios del testigo, éstos quedarán registrados en un libro especial de carácter secreto al que no tendrán acceso las partes y que estará al resguardo del Director de la Oficina de Protección de Testigos. En cuanto al art. 308 del C.P.PCba., éste, en su párrafo segundo, dispone que los defensores podrán asistir a la declaración de los testigos, entre otros motivos, cuando exista peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

<sup>40</sup> Arts. 6 y 9 de la Resolución N° 278.

<sup>41</sup> Arts. 4 del decreto 1015/00 y 10 y 11 de la Resolución N° 278. Esta protección, en ciertos casos puede incluir el traslado del testigo a un lugar distinto al de su residencia y se cubrirán los gastos necesarios, pero esta medida no podrá exceder los plazos estipulados en el art. 337 del C.P.PCba.

<sup>42</sup> Arts. 6 del decreto 1015/00 y 12, 13 y 14 de la Resolución N° 278.



la seguridad y a contar con los medios legales para garantizarla<sup>43</sup>. Estas medidas también adecuarían la legislación local a las recomendaciones de Naciones Unidas que promueven la adopción de medidas para garantizar la seguridad de la víctima, la de sus familiares y la de los testigos frente a actos de intimidación y de represalia<sup>44</sup>.

En el orden nacional se pueden destacar dos antecedentes: a) la Oficina de Protección de Testigos e Imputados y b) el art. 79, lit. C, del C.P.P.Nac.

a) La Oficina de Protección de Testigos e Imputados fue creada en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación<sup>45</sup> en reglamentación de lo dispuesto en el art. 33 bis<sup>46</sup> de la ley de Estupefacientes N° 23.737. La finalidad de esta oficina es brindar protección a los testigos e imputados cuya vida o integridad física estén seriamente amenazadas como consecuencia de su participación en causas relacionadas exclusivamente a los delitos vinculados al narcotráfico. La protección que se le ofrece al testigo o al imputado puede extenderse una vez finalizado el proceso penal con medidas que incluyen la sustitución de identidad y la provisión de medios económicos necesarios para cambiar de domicilio y ocupación<sup>47</sup>.

b) En cuanto al art. 79 del C.P.P.Nac., éste dispone que “desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización el Estado nacional garantizará

<sup>43</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3 y 8. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, 2 y 5, inc. 1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1. También, tal como lo dispone el Decreto 1015/00, para garantizar la seguridad de las víctimas y de los testigos en el “Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder”, *op. cit.*, pág. 86, 152 y 154, se recomienda limitar el acceso a sus direcciones, brindar transporte y protección tanto en su domicilio como en viajes desde y hacia los tribunales, permitir que las víctimas vulnerables sean acompañadas por una persona de su elección, autorizar el uso de exposiciones grabadas en videos, etc.

<sup>44</sup> Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, art. 6, inc. d).

<sup>45</sup> Decreto 262/98. Boletín Oficial 18/03/98.

<sup>46</sup> Este artículo fue incorporado a la ley de estupefacientes por la ley 24.424. Esta ley también introdujo en su texto la figura del *agente encubierto*, art. 31 bis, al cual también se le ofrece protección, sin embargo se trata de una situación especial que no será abordada en el presente trabajo.

<sup>47</sup> Art. 33 bis, ley 23.737 y art. 5 del Decreto 262/98.

a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: [...] c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia [...]”. En este caso, a diferencia del anterior, la protección está dirigida al testigo y a sus familiares, pero la limita al tiempo que dure el proceso penal.

Las disposiciones legales nacionales analizadas, aunque en sus textos no esté especificado, comparten un mismo objetivo con la Oficina de Protección de Testigos creada en el ámbito del Ministerio de Gobierno de la provincia de Córdoba: brindarle seguridad al testigo con la finalidad de garantizar la eficacia de la prueba, ya que de ninguna manera lo libera de esa obligación ante situaciones de riesgo. Sin embargo, tienen algunas diferencias que vale la pena destacar. Por un lado, la Oficina de Protección de Testigos de Córdoba y la protección del art. 79, lit. c, del C.P.P.Nac., se diferencian de la protección a los testigos e imputados que ofrece la ley 23.737, ya que las dos primeras están destinadas a proteger a los testigos de cualquier tipo de delitos, provengan o no sus autores de organizaciones criminales. De esta manera se reconoce la inquietante realidad que padecen víctimas y testigos de delitos comunes cuando deben comparecer a prestar declaración o a realizar reconocimientos en rueda de personas: con la finalidad de determinar o anular su participación sufren amenazas, coacciones y presiones de todo tipo en sus domicilios particulares, en la calle y hasta en sede de Tribunales<sup>48</sup>.

Por otro lado, a diferencia de la protección que se otorga al testigo en la ley de Estupefacientes y en el art. 79 del C.P.P.Nac., que comprende únicamente a éste y a sus familiares<sup>49</sup>, la Oficina de Protección de Testigos de Córdoba incorporó a sus mecanismos de protección al testigo, a sus familiares y, además, a sus bienes<sup>50</sup>, reconociendo que la voluntad del testigo no sólo puede ser manipulada por el riesgo personal y por la amenaza a personas de su entorno familiar, sino también por amenazas a las pérdidas o menoscabo de sus bienes.

<sup>48</sup> Basta señalar algunos informes periodísticos que relatan las distintas modalidades de intimidación que padecen los testigos. Cfr. JOSÉ ANGEL VILLALBA, “Córdoba todavía carece de normas de protección a testigos” en diario *La voz del interior*, 17/04/2000, p. 15A.

<sup>49</sup> En el decreto 262/98 está prevista la protección del testigo y de sus familiares en el art. 5.

<sup>50</sup> Arts. 1 y 2 del Decreto 1015/2000 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba.

Como ya fue señalado más arriba, debe destacarse también que la protección brindada a los testigos por la ley de Estupefacientes y por la Oficina de Protección de Testigos de Córdoba se puede extender más allá del tiempo que dure el procedimiento penal, ya que prevén acciones, como la sustitución de identidad, el cambio de domicilio, etc., que tienen efectos definitivos o que se pueden prolongar en el tiempo. Por el contrario, las disposiciones del art. 79 del C.P.P.Nac. limitan expresamente la protección al tiempo que dure el proceso penal. Creemos que son más adecuadas aquellas disposiciones legales que prevén medidas de protección que puedan extenderse más allá de la duración del proceso penal, ya que la situación de riesgo de las personas que deben participar en él pueden presentarse antes, durante y después del mismo.

Por último, cabe destacar que ninguna de las tres formas de protección analizadas contempla o propone formas de regular los efectos de la publicidad del proceso penal y la actividad de los medios de comunicación con relación a la protección de la identidad de las personas. En efecto, algunas de las formas de protección apuntan a que la identidad de las personas que deban deponer como testigos no sea develada durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, esta situación no exime al testigo de comparecer a la sala de audiencia<sup>51</sup>, ni pareciera que en estos supuestos se pueda excluir o limitar la publicidad del juicio.

En la provincia de Córdoba, la publicidad del juicio se encuentra regulada por los arts. 41 de la Constitución provincial, que dispone la publicidad de la prueba, y 372 del C.P.P.Cba., que establece que el debate será oral y público, bajo pena de nulidad. Las excepciones a la publicidad contempladas en ambos preceptos corresponden únicamente a los casos en que ésta afecte la moral pública o la seguridad pública, agregando el código procesal una restricción más para el caso que el imputado sea un menor de 18 años. Una interpretación que reconozca la seguridad de un testigo como una causal de exclusión de la publicidad sería controvertida, ya que el texto se refiere a la seguridad pública y por ésta se entiende el orden general o el de la audiencia<sup>52</sup>. Del mismo modo, el ordenamiento

<sup>51</sup> Los arts. 219 del C.P.P.Cba. y 240 del C.P.P.Nac. disponen la obligación de toda persona a testificar sobre todo lo que sepa cuando le sea requerido por un órgano judicial, considerándose esta obligación una carga pública excusable sólo para los casos previstos legalmente.

<sup>52</sup> Cfr. *Código procesal penal de la provincia de Córdoba*, anotado por Ricardo C. Núñez, Ed. Lerner, Córdoba, 1978, p. 331.

nacional, en su art. 363, dispone también la publicidad del debate bajo pena de nulidad, autorizando al tribunal a limitarla o excluirla cuando ella afecta la moral, el orden público o la seguridad. La redacción de este artículo tampoco es clara, ya que "seguridad" es un concepto abstracto y como tal se entiende la seguridad general, la seguridad pública, sosteniendo algunos autores que estos supuestos no se observan en la especie y que, por ello, no puede impedirse el acceso a la sala de audiencia de persona alguna fuera de los casos previstos en el art. 364 del C.P.P.Nac.<sup>53</sup>. En tanto, otros autores sostienen que se trata de la seguridad y el orden en la sala de audiencia, haciendo remisión al art. 120 del C.P.P.Nac., que faculta al tribunal a tomar las medidas que sean necesarias para asegurar el regular cumplimiento de los actos que ordene<sup>54</sup>. No obstante, y a diferencia del ordenamiento procesal de Córdoba, una remisión al art. 79, lit. c, del C.P.P.Nac. nos permite afirmar que la publicidad podrá ser limitada parcial o totalmente si existe un riesgo para la seguridad de la víctima, de los testigos o familiares de éstos<sup>55</sup>.

Situación aún menos clara es la regulación de la actividad de los medios de prensa y la posibilidad de imponer limitaciones al contenido de sus informes, ya que una restricción de este tipo puede colisionar con el derecho de informar que está protegido constitucionalmente. No existe mención alguna a la actividad de los medios, por lo cual ha de suponerse que le comprenden las mismas restricciones que se han observado en el párrafo anterior.

Lo cierto es que las medidas de protección de testigos deberían contar con una mención más clara y precisa sobre su incidencia en el principio de publicidad del juicio, ya que, por un lado, la sola presencia de personas ligadas al imputado en la sala de audiencia puede intimidar al testigo y con ello hacer fracasar el objetivo propuesto con las medidas adoptadas, puesto que afectarían la confiabilidad de la prueba testimonial. Por otro

<sup>53</sup> SERGIO L. AMADEO Y PABLO A. PALAZZI, *Código procesal penal de la Nación. Anotado con jurisprudencia*, Buenos Aires, Desalma, 1999, pp. 563 y ss.

<sup>54</sup> FRANCISCO J. D'ALBORA, *Código procesal penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*, 5ª Edición, Buenos Aires, Lexis Nexos-Abeledo Perrot, 2002, pp. 794 y ss.

<sup>55</sup> Así lo entiende RAÚL WASHINGTON ABALOS, ya que expresa que podrá restringirse o excluirse la publicidad cuando con ella se puedan afectar o dañar intereses de terceros, *Código procesal penal de la Nación*, 2ª Edición, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, p. 800.

lado, la acción de los medios de prensa a través de la difusión de imágenes e información puede contribuir a develar la identidad de los testigos y, de esta manera, hacer caer la protección brindada y exponerlos a los peligros potenciales que motivaron la medida<sup>56</sup>. Es por ello que en estos casos deberían complementarse las medidas adoptadas con otras que permitan excluir la publicidad del juicio durante la declaración del testigo para evitar, con ello, que su seguridad sea puesta en riesgo por la presencia de personas que estén ligadas al imputado o por los informes y las imágenes difundidas (tomadas en la sala de audiencias o fuera de ella) por los medios periodísticos que contribuyan a develar la identidad protegida<sup>57</sup>.

##### 5. La protección de la víctima y del testigo frente al derecho de defensa del imputado

Como ya adelantáramos al analizar las disposiciones del art. 96 del C.P.P.Cba. y del art. 80, lit. c, del C.P.Nac., siempre que se reconozcan nuevos derechos a las víctimas dentro del proceso penal puede existir un conflicto con los intereses de la defensa del imputado y la pretensión punitiva del Estado. Esta situación obligará a reequilibrar las relaciones entre los derechos de la víctima, del imputado y del Estado y éste es un desafío que impone imaginación y debates honestos, ya que no todo reconocimiento de nuevos derechos a las víctimas (y testigos) implican, aunque parezca, una violación de las garantías procesales del imputado, ni necesariamente entorpecen el éxito de la investigación penal o limitan la pretensión punitiva del Estado.

<sup>56</sup> Basta señalar el reclamo de funcionarios judiciales en torno a la actividad de la prensa que reveló la identidad de testigos protegidos y aspectos de sus declaraciones, poniendo en riesgo, con ello, el éxito de la investigación judicial del asesinato de un ex senador de la provincia de Córdoba. Cfr. EL MATUTINO CORDOBÉS "La Voz del Interior" de fecha 13 de marzo de 2003, p. 16 A.

<sup>57</sup> En este sentido, el art. 3 de la Ley Orgánica 19/1994 de España, dispone que "los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados".

Originariamente el sistema de garantías penales fue construido con la finalidad de poner límites al Estado en el ejercicio de su potestad punitiva. Con ese objetivo se dotó al imputado de una serie de armas legales que le permitieran estar en un plano de igualdad frente al poder acusador del Estado, pero luego se advirtió que en este reconocimiento de derechos y garantías no se consideró la situación de la víctima, la cual quedó fuera del conflicto y sin derechos<sup>58</sup>. Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 la situación cambió sustancialmente, ya que con la incorporación de distintos tratados y convenciones de derechos humanos<sup>59</sup> se le reconoce a las garantías procesales una suerte de bilateralidad que se proyecta en el área de procuración y administración de justicia penal también a favor de la víctima<sup>60</sup>. Esta situación obliga al Estado a replantear su sistema de garantías penales, debiendo considerar conjuntamente en ellas al imputado y a la víctima del delito sobre la base de un profundo e ilimitado respeto por la dignidad de la persona humana, con lo cual el ejercicio de un derecho por parte de algunos de los intervinientes (Estado, imputado o víctima del delito) deberá estar limitado por el derecho de los otros<sup>61</sup>.

Lo cierto es que, como hemos venido analizando, el Estado en ejercicio de su pretensión punitiva expone muchas veces a la víctima de un delito a nuevas victimizaciones al someterla a los distintos actos procesales y también otros testigos o sus familiares pueden ver arriesgada su integridad física al prestar testimonio. No hay duda de que el reconocimiento de algunos derechos de las víctimas y de los testigos que tienen por objetivo reducir la frecuencia de estas situaciones, como es el caso de los analizados *supra*, pueden significar una limitación a la actividad probatoria y, sobre todo, una restricción en el control de la prueba para la defensa del imputado. Es por ello que deben analizarse en cada caso las limitaciones que autoriza la ley,

<sup>58</sup> Cfr. ALBERTO BOVINO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, cit., p. 87 y ss. EUGENIO ZAFFARONI, *Tratado Derecho Penal*, Tomo V, p. 171. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 110 y ss. y JULIO B. MAJER, "La víctima y el sistema penal", en AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*, cit., pp. 185 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. art. 75, Inc. 22, de la C.N..

<sup>60</sup> Cfr. JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., 2000, pp. 15 y ss., y 23 y ss.

<sup>61</sup> Sobre el tema puede consultarse la obra de JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., *passim*.

teniendo en cuenta siempre que “[...] la restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo [...]”<sup>62</sup>.

De todas maneras, con relación al derecho de la víctima menor o incapaz de ser acompañado en determinados actos procesales por una persona de su confianza o por un psicólogo, como ya señalamos oportunamente, no creemos que afecten al derecho de defensa del imputado ni pongan en riesgo el resultado de la investigación o la pretensión punitiva del Estado. En todo caso, deberán observarse las situaciones particulares señaladas arriba<sup>63</sup>.

Una situación diferente se presenta cuando se brinda protección al testigo, ya que en algunos casos se limita la posibilidad de control de la prueba. Sin embargo, la mayor parte de las medidas de protección que prevén las normas comentadas *supra* no afectan para nada el derecho de defensa ni la actividad del Estado en la investigación criminal. En efecto, las formas más comunes de protección sólo implican custodia policial para el testigo en su domicilio o durante su traslado hacia y desde tribunales, la colocación de una alarma en su domicilio conectada con la policía, la provisión de chalecos antibalas, la provisión de otro domicilio y todas aquellas medidas de seguridad que la imaginación permita elaborar y se adecuen al caso concreto. Lo cierto es que hasta puede afirmarse que estas medidas favorecen al derecho de defensa y la obtención de la prueba, ya que aseguran la comparecencia del testigo y le brindan las condiciones necesarias para que su testimonio no se vea determinado por ninguna circunstancia<sup>64</sup>.

Distinto es el caso cuando la protección al testigo abarca la protección de su identidad. En este supuesto hay que poner en la balanza la seguridad de la vida del testigo, el valor “eficacia” en la persecución penal y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Ya mencionamos antes que el Estado por imperativo constitucional debe garantizar la seguridad de las personas y también que, en el caso que esa persona deba concurrir a tribunales a prestar testimonio, debe arbitrar los medios adecuados para que lo

<sup>63</sup> Ver apartado 3.

<sup>64</sup> Las situaciones de violencia que pueden determinar el testimonio de un testigo pueden tener por finalidad favorecer, pero también perjudicar al imputado. Es por ello que la imposición de estas medidas de seguridad también deben ser entendidas en beneficio del imputado.

pueda hacer sin que su integridad física esté en peligro para garantizar, de esta manera, la obtención de la prueba. Pero el Estado también debe garantizarle al imputado su derecho de defensa. Este derecho implica la posibilidad del imputado de intervenir en el proceso, de contar con una defensa técnica, de conocer y contradecir la imputación, de controlar la legalidad del ingreso de las pruebas, de ofrecer pruebas de descargo y controlar las de cargo, alegar sobre el mérito de todas éstas para demostrar la carencia total o parcial de fundamentos en la pretensión acusatoria y de interponer recursos<sup>65</sup>.

Antes de entrar en detalle sobre las distintas modalidades de protección y los distintos grados de limitación al derecho de defensa que ellas implican, hay que destacar que el Estado, antes de exponer a una situación de serio riesgo para su vida o integridad física al testigo o a la víctima, deberá hacer la siguiente evaluación: si el testimonio del testigo o la víctima es prescindible a los fines de probar el hecho y la participación del imputado, se mantendrá la reserva de su identidad y no se lo hará comparecer, ya que sería una prueba que se puede obviar. En caso contrario, si se trata de un testimonio imprescindible, se hará comparecer al testigo, pero previamente se le ofrecerá ingresar a un programa de protección para él, su familia y sus bienes, ya que ninguna prueba de valor convictivo en un proceso penal puede estar por sobre la seguridad de las personas.

Cuando el testigo ha ingresado en un programa con protección de identidad, cualquiera sea el grado, el imputado verá limitada la posibilidad de controlar la prueba. Esta limitación puede tener distintos grados según sea la modalidad de la protección y de la recepción del testimonio. En el caso que el testigo concorra a la sala de audiencia y declare con reserva de sus datos identificatorios, el imputado aún conserva la posibilidad de interrogarlo sobre lo que sabe y de apreciar sus reacciones durante el testimonio como para poder hacer una correcta valoración del mismo<sup>66</sup>. Sin embargo, vería limitada la posibilidad de contar con información

<sup>65</sup> El derecho de defensa está receptado en distintos cuerpos legales: art. 18 de la C.N., art. 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, así como en los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22, de la C.N. Cfr. también JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., pp. 102 y ss.

<sup>66</sup> De esta manera se cumple medianamente con el principio de la inmediatez del proceso penal.

sobre las condiciones personales del testigo que también son importantes para valorar la calidad del testimonio, ya que toda pregunta que se le haga al testigo cuya respuesta permita conocer su identidad, deberá ser prohibida por el funcionario judicial interviniente. En el caso de recepción del testimonio a través de videoconferencia y con reserva de los datos identificatorios, se daría una situación similar a la anterior, con la diferencia de que las reacciones del testigo al contestar las preguntas pueden estar más controladas al no haber cercanía física con el imputado y el resto de los presentes en la sala de audiencia, con lo cual la defensa vería limitada esta observación; sin embargo, las características del medio le brindan la posibilidad de interrogar al testigo con inmediatez. Si el testimonio se recibe a través de audioconferencia, sería la misma situación descrita en el punto anterior, pero se vería imposibilitada la defensa de ver las reacciones del testigo, conservando únicamente el derecho de interrogar. Por último, si la declaración fuera receptada por acta, video o audio anterior al debate, la defensa perdería toda posibilidad de controlar la prueba, ya que en este caso ni siquiera puede interrogar al testigo con el fin de aclarar sus dichos o ampliar sobre nuevos aspectos o circunstancias que surjan del debate.

No hay dudas, entonces, de que cuando el Estado para garantizar la recepción de la prueba testimonial opta por proteger la identidad de un testigo según las distintas modalidades descritas, la defensa del imputado se ve vulnerada. La solución a esta situación podría consistir en asignarle distinto valor probatorio al testimonio en relación inversamente proporcional al grado de limitación al control de la prueba por parte del imputado: a más limitación menor valor. Sin embargo, se hace necesario establecer criterios legales claros que garanticen que la pretensión punitiva del Estado no avance sobre el derecho de defensa del imputado so pretexto de garantizar la seguridad de un testigo. El Estado está obligado a garantizar la seguridad de todas las personas, pero también debe garantizarle, a todas ellas, un juicio justo, en el que el ejercicio de su derecho de defensa esté plenamente asegurado.

Algo de claridad sobre los límites de la pretensión punitiva del Estado frente al derecho de defensa del imputado, relacionada a la imposibilidad de éste de interrogar al testigo o de acceder a su identidad, se está brindando a través de la actividad jurisprudencial. Una rápida mirada a la jurisprudencia local e internacional nos muestra que en general se considera violatoria del derecho de defensa la incorporación de prueba testimonial que no puede

ser controlada por el imputado, sea que se incorpore por su lectura u otro medio de reproducción, o porque se produzca con reserva de identidad del testigo. En general, aunque existe jurisprudencia en contrario<sup>67</sup>, se afirma que la prueba incorporada o producida de esta manera es violatoria del derecho de defensa del imputado y que el instituto del "testigo protegido" es de dudosa constitucionalidad. Por otro lado, frente a la promesa asumida por el Estado de garantizar la seguridad a determinados testigos, la misma jurisprudencia obliga al Estado a mantener este compromiso y se exime al testigo de concurrir a la etapa del juicio oral cuando en la fase instructoria declaró con reserva de su identidad, prescindiéndose, de esta manera, de su testimonio<sup>68</sup>.

## 6. Conclusiones

Si bien las disposiciones legales analizadas no son el conjunto total de las normas que regulan la situación de la víctima del delito en el sistema penal, cuyo análisis demandaría el abordaje de otros aspectos no ligados al propuesto en el presente trabajo, las disposiciones analizadas muestran

<sup>67</sup> Algunos fallos no consideran que se viole el derecho de defensa cuando el testimonio se recibe con reserva de identidad de los testigos en la etapa instructoria, dejando a salvo lo que corresponda en la etapa del juicio, que es eminentemente contradictoria. Cfr. fallo de la Sala 1 de la Cámara Nac. de Apelac. en lo Crim. Correc. Federal, causa 30.650. Otros consideran que la obtención del testimonio en esas condiciones en nada afecta al derecho de defensa, ya que no se ocultan los dichos del testigo, que es lo que se ponderará en directa vinculación con el plexo probatorio. Cfr. fallo de la Sala 2 de la Cámara Nac. de Apelac. en lo Crim. Correc. Federal, causa 12.263.

<sup>68</sup> En el ámbito local, entre otros, pueden consultarse el Fallo 15.636, CNCrim. y Correc., Sala V, 1999/12/17 con nota de Julio C. Báez y Jessica Cohen, publicado en DJ 2002-2, pág. 585 y ss.; el Fallo 17.724, Toral Crim. Nro. 13, 2001/11/08, con nota de Juan Luciano Ortiz Almonacid y Laura S. Pérez De Mateis, publicado en DJ 2002-1, pág. 288 y ss.; el Fallo de la CNCas.Pen., sala I, 11/2/99, "Abasto, Héctor Juan s/Rec. de casación", en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 10 de junio de 2002, pág. 1 y ss. En Córdoba se cuenta con el auto interlocutorio de fecha 19 de febrero de 2003 dictado por la Cámara de 10º Nominación en lo Criminal de la ciudad de Córdoba en los autos "Sánchez, José Amado p.s.a. Homicidio en ocasión de robo-Apelación". En el ámbito internacional se cita recurrentemente el Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kostovski que lleva el número 10/1988/154/208.

que existe un esfuerzo en la legislación local y nacional por adecuar el sistema penal a las necesidades de la víctima del delito y de los testigos, pero cuidando, en todo momento, no avanzar sobre el derecho de defensa del imputado ni el interés punitivo del Estado. En aquellas medidas que tienen por finalidad autorizar el acompañamiento de las víctimas en los distintos actos procesales es donde más claramente está reglado este debate. El análisis de la regulación del derecho de acompañamiento de la víctima muestra que el interés de estas disposiciones está centrado en la protección de la víctima frente a los efectos nocivos que tienen los distintos actos procesales en los que deba intervenir. Sin embargo, no significan una transformación sustancial de los derechos de la víctima, ya que no es un derecho que ésta pueda ejercer autónomamente y en su propio interés. Su ejercicio tiene por finalidad mejorar las condiciones para el comparendo de la víctima, pero cede frente a otros intereses, ya que la legislación establece una jerarquización a través de las excepciones y siempre que el derecho de defensa del imputado, el éxito de la investigación o el descubrimiento de la verdad estén en riesgo, el Estado los prioriza, dejando en un segundo plano el derecho de protección de la víctima frente a los riesgos de una victimización secundaria.

Con relación a las disposiciones legales que regulan la protección al testigo la situación es distinta, ya que la cuestión del conflicto de intereses no está planteada ni solucionada expresamente en su regulación. Del análisis hecho de las distintas normas queda claro que el objetivo de la protección del testigo es garantizar la pretensión punitiva del Estado, ya que con ella se propone preservar la obtención y la calidad del testimonio frente a posibles manipulaciones. Sin embargo, no se han previsto medidas que tiendan a regular los efectos de la publicidad del proceso penal y la acción de los medios de prensa para garantizar su efectividad. Del mismo modo, y pese al deber que tiene el Estado de respetar y garantizar el derecho de defensa del imputado, el tratamiento aislado de la protección del testigo del resto del conjunto de garantías constitucionales no permitió contemplar una posible lesión del derecho de defensa del imputado ni previó una solución a este conflicto. Al respecto, hemos observado que siempre que se active un mecanismo de protección que contemple la protección de la identidad del testigo en sus distintas modalidades, el derecho de defensa del imputado puede verse afectado, ya que la prueba producida en esas condiciones no puede ser sometida íntegramente al contradictorio. En este

caso, puede apreciarse claramente que la protección del testigo (rol que le toca por lo general a la víctima) se convierte en un instrumento del Estado para asegurar la prueba y, con ello, su pretensión punitiva, aún a riesgo de violar la garantía de defensa en juicio del imputado. No obstante ello, este problema ha encontrado una respuesta jurisprudencial aceptable, aunque no siempre uniforme.

Cabe preguntarse, entonces, si las normas analizadas tienen que ver con un verdadero interés por mejorar la situación de las víctimas o si sólo se trata de revalorizar su carácter simbólico y de su reapropiación para legitimar un sistema penal seriamente cuestionado. Podemos concluir que las disposiciones analizadas se proponen resolver legalmente la problemática situación de la víctima en el sistema penal y en la práctica judicial. Sin embargo, su regulación no aporta la solución más adecuada, ya que se hizo sin tener en cuenta una visión integral de todos los derechos que por imperio constitucional se deben garantizar, tornando, en consecuencia, insegura la plena vigencia de alguno de ellos. Por ello, puede afirmarse también que no son los derechos de la víctima los que avanzan sobre los derechos del imputado, sino el propio Estado, quien, sin renunciar ni poner en riesgo su potestad punitiva, se vale de la víctima para enfrentar su crisis de legitimidad y, a través de una inadecuada regulación, pone en riesgo la salud o la integridad personal de la víctima o avanza sobre el derecho de defensa del imputado. Esto significa, en los hechos, una nueva modalidad de expansión del poder penal del Estado a través de la relativización de los principios político-criminales de garantías que lo deben guiar. Esta situación es, en definitiva, un claro ejemplo en el que se advierte que el legislador no sólo debe tener en cuenta al sistema de garantías en su conjunto a la hora de regular algún derecho, sino que también debe observar su impacto en el sistema jurídico general para hacer correcciones a las disfunciones que produzca su implementación.