

## **MODALIDADES ESPECIALES DE RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO: VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y DERECHO DE DEFENSA**

*César Fortete\**

**Resumen:** La participación de la víctima en el proceso penal, en particular los menores, puede provocar una nueva victimización si no se hace con los resguardos necesarios. El objetivo de este trabajo es analizar modalidades especiales de recepción testimonial de los menores (con acompañamiento de una persona de su confianza o utilizando una cámara Gesell) que procuran brindar una atmósfera más adecuada para el menor y determinar si se adecuan a sus necesidades y a la normativa internacional incorporada por nuestra constitución. Asimismo, se analizará si contemplan la garantía del derecho de defensa y la solución ante un conflicto de intereses.

**Palabras Claves:** Victimización secundaria – Testimonio – Menores – Derecho de defensa.

### **1. Introducción**

Las consecuencias del delito para la víctima pueden tener diversos grados y no dependen solamente de la gravedad del delito que padeció, sino también de su situación personal, de la reacción del entorno social y familiar y, sobre todo, del trato que reciba por parte de aquellas personas ante las que concurre a solicitar ayuda: la policía y los organismos de administración de justicia. Diversos estudios han puesto en evidencia que la participación de la víctima en los distintos

---

\* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Realizó estudios de Criminología en la Universidad Karl-Eberhard de Tubinga, Alemania y fue becario del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg, Alemania (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

actos procesales, o la repetición de algunos de ellos, incrementa muchas veces sus problemas (pérdida de tiempo, faltas laborales, erogaciones extras para traslados, frustraciones, etc.) y que con frecuencia esas intervenciones constituyen una verdadera segunda victimización por el trato al que es sometida y porque se ve enfrentada repetidas veces al recuerdo del hecho delictivo que le tocó vivir.<sup>1</sup> Esta preocupación generó propuestas legislativas que adhieren a movimientos de política criminal que tienden a brindarle a la víctima del delito una mayor protección y un rol más protagónico durante el proceso penal, ya que se reconoce que es una pieza fundamental en el proceso de persecución penal. En efecto, se ha demostrado que sin la cooperación de la víctima, que da a conocer el delito que sufrió a través de la denuncia y a través del aporte de pruebas que permitan identificar al agresor y acreditar el hecho delictivo, la mayor parte de los delitos permanecerían impunes.<sup>2</sup> Por ello, 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>3</sup> En este sentido, Naciones Unidas, en los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder”, insta a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para reducir la victimización y recomienda que dispongan los medios necesarios para facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas, prestándole asistencia apropiada durante todo el proceso judicial y adoptando medidas para minimizar las molestias, proteger su intimidad y garantizar su seguridad.<sup>4</sup> También en nuestros ordenamientos procesales, en reconocimiento de esta realidad, se han incorporado disposiciones que tienen por objetivo proteger a la víctima contra los efectos nocivos del propio procedimiento

---

<sup>1</sup> Cfr. HIGHTON, ELENA I., ÁLVAREZ, GLADYS S. Y GREGORIO, CARLOS G., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1998, pág. 45 y ss. Ver también LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *La moderna victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 49 y ss.

<sup>2</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. KAISER, GÜNTHER, *Kriminologie*, 9. Auflage, Heidelberg 1993, pág. 334. También HEINZ, WOLFGANG, “Anzeigeverhalten”, en KAISER, KERNER, SACK Y SCHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Auflage, Heidelberg 1993, pág. 27 y ss. y KETTELHÖHN, DIETER, “Anzeigeverhalten”, en KERNER, HANS-JÜRGEN (Hrsg.), *Kriminologie Lexikon*, 4. Auflage, Heidelberg 1990, pág. 24 y 25.

<sup>3</sup> Cfr. DAYENOFF, DAVID ELBIO, *De la querrela al sobreseimiento. Teoría y práctica del proceso penal (actuaciones en comisarías y juzgados)*, Ed. García Alonso, Buenos Aires 2001, pág. 69.

<sup>4</sup> Resolución 40/34, art. 6, apartado c) y d).

penal.<sup>5</sup> No obstante ello, pese a lo positivas que puedan parecer las disposiciones legales que tienden a mejorar la situación de la víctima, éstas no han quedado ajenas a las críticas. Por un lado, una corriente de opinión sostiene que los nuevos derechos de las víctimas, así como pueden significar un reconocimiento de sus intereses, también pueden implicar un perfeccionamiento de un modelo penal vigente que incorpora a la víctima para relegitimarse<sup>6</sup>, siendo la víctima tan funcional al sistema como el delincuente. De esta manera se cuestiona el rol del Estado como representante de la víctima en el proceso de persecución penal y se establece la necesidad de que sea considerada como un sujeto de derecho independiente y no sólo como un órgano u objeto de prueba. Por otro lado, existe otra corriente crítica de los derechos de las víctimas que destaca que la faz jurídico-penal relevante del procedimiento penal es la existencia de la pretensión punitiva del Estado y no los intereses particulares de las víctimas, señalando que el reconocimiento de estos derechos podría afectar seriamente las garantías procesales del imputado.<sup>7</sup>

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el objetivo del presente trabajo es analizar las modalidades especiales de recepción de testimonios incorporadas en las legislaciones procesales de la Provincia de Córdoba<sup>8</sup> y de la Nación<sup>9</sup>, que tienen por objetivo ofrecer condiciones de mayor protección a la víctima y a los testigos más vulnerables y establecer si estas modalidades de recepción del testimonio colisionan con el derecho de defensa del imputado y con el interés punitivo del Estado y, en su caso, si se prevén soluciones a estos conflictos.

## 2. Distintas modalidades de recepción del testimonio de la víctima del delito

En el actual sistema procesal y en la práctica judicial la participación de la víctima del delito en el proceso se reduce prácticamente

<sup>5</sup> Así se manifiesta en la exposición de motivos del proyecto del Código Procesal de la Provincia de Córdoba: “[...] 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 [...]” (*Proyecto...*, p. 25), citado en D’ALBORA, FRANCISCO J., *Código procesal penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*. Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 5° Edición, p. 200.

<sup>6</sup> Cfr. BOVINO, ALBERTO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1998, págs. 110 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. HIRSCH, HANS JOACHIM, “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*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 100.

<sup>8</sup> En adelante C.P.PCba.

<sup>9</sup> En adelante C.P.PNac.

al de su condición de testigo, dejándose de lado su verdadera condición: la de damnificado del delito que hace que tenga un interés especial en que se lo investigue, se castigue a su autor y se repare el daño que sufrió. Lejos de esto, en atención al rol o carácter procesal que tiene el testigo en el proceso, hace que la víctima sea considerada un extraño en el proceso. En efecto, la doctrina ha entendido siempre que el testigo tiene el carácter de un tercero respecto de los sujetos de la relación procesal, es decir, son personas ajenas a la relación procesal. Por otro lado, muchas investigaciones han puesto de relieve que la obligación de la víctima de comparecer a declarar en calidad de testigo le ocasiona una nueva victimización, sobre todo a aquellos grupos de víctimas más vulnerables, considerándose tales a los niños e incapaces.

Muchas investigaciones han demostrado que los niños o niñas víctimas de abuso sexual son revictimizados cuando deben someterse al procedimiento judicial tanto en la fase de instrucción como en la etapa de juicio oral. Se señala como principal factor de esa revictimización la reiteración de pericias y estudios sobre el menor y la falta de un ambiente y personal preparado para este tipo de problemática y de víctimas, por lo cual se recomienda la implementación de técnicas y procedimientos adecuados.<sup>10</sup> También se señala reiteradamente la falta de compatibilidad del sistema procesal con las necesidades de la víctima, ya que muchas veces éstas deben ceder en favor de los objetivos del proceso o de las garantías del imputado. Desde este punto de vista es necesario adecuar los procedimientos judiciales a las necesidades diferenciales de los niños, de modo tal que su participación a través del testimonio no sea una vivencia traumática y estresante que perjudique su salud psíquica y que, paralelamente, permita resguardar la calidad del testimonio.

Con motivo de ello, tanto en el ordenamiento procesal de la provincia de Córdoba como en el de la Nación, se incorporaron normas que prevén el derecho del menor o incapaz de ser acompañado a todos los actos procesales en los que deba participar por una persona de su confianza y también se han diseñado nuevos modos de recepción de testimonios para evitar la victimización secundaria, tales como la videograbación. Estas innovaciones generan cuestionamientos en torno a la posible violación de las garantías de defensa del imputado y de otros principios que gobiernan el proceso penal.

---

<sup>10</sup> "Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos", publicado en *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, año IV-Nº 7-2003, Ed. Mediterránea, p. 291 y ss.

### **2.1. El derecho de las víctimas a recibir acompañamiento o asistencia durante los actos procesales**

Con la finalidad de reducir el riesgo de una segunda victimización, el C.PPCba. (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, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 221 bis, del presente Código”*<sup>11</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>12</sup> y sobre aquellas resoluciones que se dicten relacionadas a la situación del imputado<sup>13</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 emocional de una persona de su confianza con el objetivo de disminuir el stress que provoca la participación en los distintos actos procesales, ya que, de lo contrario, estarían más expuestas a sufrir un proceso de revictimización.

Si bien estamos concentrando el trabajo en modalidades especiales de recepción del testimonio, debe señalarse que, además del testimonio, 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.

<sup>11</sup> Texto según ley 9.197.

<sup>12</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 (arts. 24 y ss. y 97 y ss. del C.PPCba.), y a la facultad de constituirse como querellante particular para intervenir en el proceso penal para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado (arts. 7 y 91 y ss. del C.PPCba.). Cfr. FORTETE, CÉSAR, “La víctima del delito y el acceso a la justicia”, en revista *Ley, Razón y Justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales*, Neuquén, año 6, N° 9, Ed. Alveroni, Neuquén 2005.

<sup>13</sup> Se trata de aquellas resoluciones que modifiquen la situación del imputado, tales como prisión preventiva, recupero de la libertad, sobreseimiento, condena, absolución, libertad condicional, etc.

Como ya señalamos antes, la declaración testimonial es uno de los actos más frecuentes a los que es sometida la víctima del delito y en este acto la víctima se ve nuevamente obligada a repetir o reproducir intelectualmente 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. Está probado que un niño víctima que recibe acompañamiento para asistir a los distintos actos procesales y se le explica el significado de ellos, está mucho más tranquilo y tiene una actitud más positiva y colaborativa.<sup>14</sup>

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>15</sup>, o, en el caso 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>16</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 revictimización.

Por otro lado, para fortalecer las políticas tendientes a evitar la revictimización de las víctimas menores contempladas en el art. 96 del C.PPCba., 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

---

<sup>14</sup> KACZYNSKI, OLIVER NICOLAS, *Zeugenbetreuung in der Justiz. Zu den Möglichkeiten und Auswirkungen justizieller Zeugenbetreuungsstellen*, Mainzer Schriften Band 23, Mainz 2000, pág. 41 y ss.

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

<sup>16</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 con más precisión más abajo.

Persona, su Libertad o su Integridad Sexual, denominado con la sigla P.A.N.<sup>17</sup> Este Programa tiene por objetivo 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, entre las que se incluye el testimonio, 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 (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. Finalmente, 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>18</sup>

Como puede apreciarse, este Programa podría complementar las disposiciones del art. 96 del C.PPCba., ya que se propone reducir el número de intervenciones sobre el niño-víctima con la finalidad de evitar nuevos sufrimientos. Además, con el mismo fin, y asimilable al derecho de acompañamiento que autoriza el art. 96 del C.PPCba., 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 revictimizantes que se producen en contacto con el sistema de justicia. No obstante ello, los beneficios que ofrece este programa no pudieron ser aprovechados en el procedimiento penal, ya que generalmente el menor ingresa primero a otro fuero (fuero de Menores o Familia) y generalmente las entrevistas no incorporan toda la información necesaria para poder determinar circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del delito y toda otra información útil para la investigación penal. Del mismo modo tampoco se prevé garantizar el derecho de defensa.

Por último, pese a lo poco claro de la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 221 bis, del presente Código” contenida al final del texto del artículo que comentamos, entendemos que ello significa que, en el caso de ser aplicable el artículo 221 bis, no se aplicará lo

<sup>17</sup> Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B, de fecha 24 de abril de 2001.

<sup>18</sup> Cfr. Reglamento aprobado por el Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba número cinco, serie B.

dispuesto en este artículo sobre el derecho de acompañamiento. En efecto, el derecho de los niños a recibir acompañamiento de una persona de su confianza cuando deba deponer como testigo queda excluido cuando estos niños sean víctimas de delitos contra la integridad sexual, ya que para estos casos existe un procedimiento especial para la recepción del testimonio.

Si analizamos la legislación procesal nacional, veremos que la situación es similar. En efecto, el C.PPNac. 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.PPCba. ya analizadas, puesto que, por un lado, se refiere a “los actos procesales”, incluyéndose, de esta manera, todos aquellos actos procesales en los que deba intervenir la víctima desde el inicio del proceso hasta su conclusión, dentro de los cuales se encuentran la obligación de declarar. Por otro lado, también limita la posibilidad de recibir acompañamiento a los distintos actos procesales únicamente a aquellas víctimas que sean menores o incapaces. Por último, en su parte final el texto de la norma nacional se diferencia de la provincial, ya que agrega que este derecho no podrá ser ejercido si con su ejercicio peligró el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, no haciendo ninguna alusión a la posible afectación del derecho de defensa del imputado.

## **2.2. Modalidades especiales de recepción del testimonio para niños víctimas o testigos de delitos sexuales**

El testimonio es, sin lugar a dudas, el acto procesal al que más frecuentemente es sometida la víctima de un delito y, como bien nos enseña Hilda Marchiori, declarar en el marco de una investigación penal no implica solamente relatar lo sucedido, sino también verbalizar el sufrimiento padecido en el hecho delictivo. Agrega que, en el caso de niños víctimas, romper el silencio de su victimización representa una nueva conmoción y estrés y por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatarle las circunstancias del delito a personas extrañas. Recomienda, en consecuencia, que la Policía y la Administración de Justicia implementen técnicas modernas de recepción de testimonios adecuadas a los niños.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> “Consideraciones sobre el relato de niños víctimas” en *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, año IV-Nº 6-2003, Ed. Mediterránea, p. 385.

En este mismo sentido las “Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos” recomienda la utilización de procedimientos adaptados a los niños que incluyan profesionales capacitados, salas de entrevistas especialmente diseñadas para ellos y que se limite el número de entrevistas, declaraciones, audiencias y específicamente el contacto innecesario con el proceso de justicia, evitar en lo posible el contacto con el presunto delincuente y su equipo de defensa, utilizando medios tales como videos pregrabados.<sup>20</sup>

Estas modalidades de recepción del testimonio de niños tiene antecedentes que se remontan a la Ley de Revisión de la Protección de la Evidencia en Niños de 1957 en Israel, que incluyó la figura legal del “interrogador juvenil”. Luego surgen otros métodos y técnicas para el testimonio de menores, tales como la grabación de audio y/o video con uso simultáneo de la Cámara Gesell. El uso de esta técnica permite la presencia observadora pasiva o activa, mediatizada en este último caso a través de la intervención del interrogador juvenil, tanto por parte del órgano judicial como de los defensores de las partes.

Con la videograbación se creó lo que se denomina la “prueba conservada”, ya que la posibilidad de reproducción permite que pueda ser usada como testimonio válido en cualquier momento del procedimiento penal sin necesidad de la repetición del testimonio. De esta manera se evita una situación estresante para la víctima, ya que la obligación de tener que concurrir una y otra vez a declarar implica revivir nuevamente la situación traumática, generando sufrimiento mental tanto en ella como en su familia.<sup>21</sup>

Siguiendo estos lineamientos, en Córdoba se agregó el artículo 221 bis<sup>22</sup> al ordenamiento procesal penal, que contempla un procedimiento especial para la recepción del testimonio a los niños víctimas o testigos de delitos de carácter sexual. En estos casos se prevé que los menores de 16 años que hubieran sido víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera. Los profesionales serán designados por el órgano judicial que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso y los menores en ningún caso podrán ser interrogados en forma directa

<sup>20</sup> “Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos”.

<sup>21</sup> CENTENO DE MADA, SILVIA MOLINA, “Cómo el testimonio del menor, víctima de delitos sexuales, puede transformarse en un acto reparatorio de su salud mental. Una experiencia piloto interdisciplinaria”, en *La Ley. Actualidad*, Año LXIII, n° 80, Buenos Aires, 27 de abril de 1999, pág. 1.

<sup>22</sup> Ley 9.197, B.O. 15/12/04.

por el órgano judicial interviniente o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. Por otro lado, el órgano judicial interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. Con relación a la modalidad del acto, éste se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309 del C.PPCba. y en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. Asimismo, el órgano judicial interviniente podrá requerir al profesional actuante la elaboración de un informe detallado, circunscrito a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o, en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. Previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieron durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo, en ningún caso, estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos fílmicos del acto.

El mismo artículo agrega, en un párrafo final, que cuando se trate de menores víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el órgano interviniente, previo al acto o la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor respecto de su comparendo ante los estrados y, en caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto para los menores que no hubieren cumplido 16 años de edad.

El ordenamiento procesal federal cuenta con una norma que prácticamente tiene igual contenido.<sup>23</sup> En efecto, el art. 250 bis, agrega-

---

<sup>23</sup> En realidad esta modalidad de recepción de testimonios en menores víctimas de delitos sexuales se introdujo primero en el ordenamiento procesal nacional y luego la provincia de Córdoba incorporó un texto prácticamente igual.

do por la ley 25.852, establece un procedimiento especial para la recepción del testimonio de los menores de dieciséis años que hayan sido víctimas de los delitos de lesiones o contra la integridad sexual. En estos supuestos el menor será entrevistado por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes en un gabinete acondicionado y luego elevará un informe al tribunal que haya dispuesto la medida. El Tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer que todas las alternativas de la entrevista se puedan seguir desde el exterior del recinto y, previo a la entrevista y, en su caso, durante su desarrollo, se hará saber al profesional los aspectos sobre los que deberá interrogar al menor. Por otro lado, en caso de actos de reconocimientos de lugares y/o cosas el menor será acompañado por el profesional. Del mismo modo, el art. 250 ter del C.P.Nac. dispone que los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho cuya salud psicofísica esté en riesgo en caso de comparecer a prestar testimonio ante los estrados, se procederá del mismo modo que en el caso del art. 250 bis.

Como puede observarse, en ambos ordenamientos procesales se incorporó una modalidad especial de recepción del testimonio a menores víctimas para evitar la revictimización que pueden provocar las condiciones o el ambiente en las cuales debe deponer como testigo o que se genera por la múltiple reiteración del acto de declarar. Prácticamente la única diferencia entre los textos legales es que en el ordenamiento procesal de la Nación este procedimiento de recepción del testimonio se contempla solamente para niños y jóvenes víctimas de delitos de carácter sexual o de lesiones, mientras que en el de Córdoba es para niños y jóvenes víctima y testigos, pero solamente de delitos de carácter sexual.<sup>24</sup>

Debe destacarse que esta modalidad de recepción del testimonio, a diferencia de lo que se regula para el resto los testigos, prohíbe que el Tribunal o las partes interroguen en forma directa al “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”, salvo en el caso de Córdoba, donde se admite que el Fiscal lo podrá autorizar, pero sólo en casos excepcionales y por razones debidamente fundamentadas. Por otro lado, debido a que lo que se persigue es eliminar la repetición del acto, en el caso de Córdoba el acto se debe realizar con previsiones legales reguladas en los artículos 308 y 309 del C.P.PCba. de modo que se garantice el derecho de defensa al adelantarse el contradictorio. En efecto, estos artículos regulan el procedimiento que debe seguirse para la recepción de elementos de prueba por medios que por su naturaleza

---

<sup>24</sup> Sin dejar de lado esta diferencia, en adelante cuando nos refiramos en general a ambos ordenamientos procesales para simplificar la redacción diremos “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”.

y características no pueden ser repetidos, es decir que deben ser considerados definitivos e irreproductibles. Se refiere a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias, inspecciones y también a la declaración de testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o porque existe el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. En estos casos se les debe dar participación a los defensores de las partes, de modo tal que puedan presenciar y participar de manera activa, formulando preguntas, proponiendo medidas, haciendo observaciones o solicitando se deje constancia de irregularidades.<sup>25</sup>

La implementación de esta modalidad de recepción del testimonio requiere de cierta infraestructura y ésta no está disponible en todas partes. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, tras reconocer que no cuenta con la infraestructura necesaria, para evitar la demora en la recepción de las declaraciones de las víctimas durante la investigación penal preparatoria, la suspensión de audiencias de debate en las Cámaras del Crimen y retrasos en las tareas periciales, reglamentó las normas prácticas que deberán seguirse.<sup>26</sup> En este sentido, dispone que los Fiscales de Instrucción y las Cámaras en lo Criminal de aquellos centros judiciales que cuenten con equipos técnicos de psicología o multidisciplinarios, receptorán el testimonio de los niños víctimas de delitos en contra de la integridad sexual utilizando la Cámara Gesell. Sin embargo, si esta metodología acarrea demoras que pueden afectar las garantías constitucionales imbricadas en el proceso penal o bien la consecución de sus fines, deberán recibir la declaración utilizando un Protocolo de Recomendaciones que se elaboró para estos casos y que se anexó a la acordada. Para los centros judiciales que no cuentan con equipos técnicos dispone que los Fiscales de Instrucción (omite a las Cámaras) deberán receptor la declaración de niños y jóvenes con ajuste al Protocolo de Recomendaciones. Por su parte, el Protocolo de Recomendaciones se trata de una suerte de guía de cómo se debe proceder para disminuir la victimización secundaria en la recepción de declaraciones de niños y jóvenes víctimas de delitos contra la integridad sexual durante la investigación penal preparatoria y durante el debate.

Llama la atención que tanto en la Acordada como en el Protocolo solamente se habla de víctima, cuando en la ley dicho procedimiento es obligatorio para las víctimas y para los testigos.

---

<sup>25</sup> Cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ Y TARDITTI, AIDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Editorial Mediterránea, Córdoba 2003, T. 2, pág. 17.

<sup>26</sup> Ver Acuerdo Reglamentario N° 751, Serie A, del 28 de febrero de 2005.

### 3. Garantías en juego

Las dos modalidades especiales de recepción testimonial analizadas son acordadas únicamente a niños o incapaces (en el caso del artículo 96 del C.PPCba. y el 80, inc. C, del C.PPNac. a ambos, y en el caso de los artículos 221 bis del C.PPCba. y 250 bis y 250 ter del C.PPNac. únicamente a niños). Esta circunstancia nos lleva a considerar algunas de las garantías que están en juego: 1) la obligación del Estado de garantizar la integridad personal a todas las personas sometidas a su jurisdicción, en este caso menores, 2) la obligación del Estado de atender el interés superior del niño y 3) el derecho de defensa del imputado. En efecto, tanto el acompañamiento del niño o incapaz como la recepción testimonial del niño por medio de técnicas especiales analizadas tienen por objetivo eliminar o disminuir los riesgos de una victimización secundaria, entendiéndose por ésta los sufrimientos a los que víctimas o testigos son sometidos por los organismos encargados de administrar justicia, tanto sea por la modalidad inadecuada en el trato, por la reiteración de actos o por ambos. Al respecto, se reconoce que el paso de las víctimas o testigos por el proceso penal tiene efectos negativos para su salud psicosocial y que éstos son más profundos en el caso de niños.<sup>27</sup>

La protección de la integridad personal está garantizada en nuestro sistema jurídico<sup>28</sup> por la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>29</sup> en los artículos 5.1. y 19 y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>30</sup> en el artículo 9.1. Además los artículos 1.1. de la CADH y el 2., apartados 1 y 2, del PIDCP obligan a los Estados partes a respetarlos y garantizarlos. Por otro lado, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, introduce el principio del “interés superior del niño” como principio fundamental de la convención. Se trata de un principio garantista que en el caso de existir conflictos entre los derechos del niño y otros derechos o garantías obliga a resolverlos haciendo privilegiar el bienestar y los derechos del niño. Se reconoce al niño como sujeto de derecho, pero en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad, este principio debe proteger y garantizar sus derechos y esto

<sup>27</sup> Cfr. ANKER, CHRISTIAN, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, en *Anales V Congreso Iberoamericano Psicología Jurídica*, Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica y Policía de Investigaciones de Chile, Santiago de Chile, 2003, pág. 177 y ss. Ver también KIEFL, WALTER Y LAMNEK, SIEGFRIED, *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, Fink-Verlag, München 1986, pág. 239.

<sup>28</sup> Las convenciones de Derechos Humanos que se citan a continuación fueron incorporadas a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22, y tienen carácter operativo, por lo cual no requieren de reglamentación alguna.

<sup>29</sup> En adelante CADH.

<sup>30</sup> En adelante PIDCP.

debe proyectarse en la regulación de los procedimientos administrativos o judiciales en los que deba participar.<sup>31</sup> Del mismo modo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, recepta el principio de interés superior del niño, definiéndolo como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley, aclarando también que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes con otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.<sup>32</sup> Luego, en su artículo 9, señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

Con relación al derecho de defensa, se entiende por éste 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>33</sup> Si bien el derecho de defensa ya encontraba regulación en la legislación interna argentina (arts. 18 de la Constitución Nacional y 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba), con la incorporación de la CADH y el PIDCP a nuestro ordenamiento constitucional, se consagra, dentro del derecho de defensa y como garantía procesal expresa, el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos (arts. 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP).

---

<sup>31</sup> Con relación al artículo 19 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, ha señalado que “[...]el niño tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, las cuales deben ser brindadas sin discriminación. De manera que para dar contenido a esta disposición, se debe tomar en cuenta lo establecido en otros instrumentos internacionales, de conformidad con el criterio interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana que consagra “el principio de aplicabilidad de la norma más favorable al individuo”, así como las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se manifiesta especialmente en el principio del “interés superior del niño”. Las medidas de protección especial que los niños deben recibir “superan el exclusivo control del Estado” y el artículo 19 de la Convención Americana exige a los Estados la existencia de “una política integral para la protección de los niños” y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derecho [...]”. Luego agrega que la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

<sup>32</sup> Artículos 1 y 3 de la ley 26.061.

<sup>33</sup> El derecho de defensa está receptado en distintos cuerpos legales: art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, así como en los tratados internacionales ya citados incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Cfr. también CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 102 y ss.

Como podemos apreciar, el Estado Argentino y, en consecuencia, las provincias que lo integran, está obligado por igual a proteger la integridad y seguridad de las personas sometidas a su jurisdicción y a garantizar el derecho de defensa de los imputados, constituyendo ambas garantías un límite al poder penal del Estado. La convivencia de estas garantías no es fácil de sostener y no siempre se contempla en su reglamentación una solución para resolver los casos de conflicto.

### **3.1. *El derecho de defensa frente al derecho de recibir acompañamiento***

Con relación al análisis propuesto, la reglamentación y posible conflicto entre garantías constitucionales, el texto del artículo 96 del C.PPCba., tras acordarle a la víctima el derecho a recibir acompañamiento en los distintos actos procesales con la intención de protegerla de una posible victimización secundaria, dispone que si el ejercicio de este derecho afectara al derecho de defensa del imputado o los resultados de la investigación, la víctima no podrá ejercerlo. De esta manera, el texto prevé la posible colisión de intereses entre este derecho de la víctima y el derecho de defensa del imputado o el interés punitivo del Estado, resolviendo sacrificar el derecho de protección de la víctima, ya que expresamente hace que éste ceda a favor de los demás.

Por su parte, el texto de la norma nacional se diferencia de la provincial, ya que luego de otorgarle a la víctima menor o incapaz el derecho a recibir acompañamiento, en su parte final agrega que este derecho no podrá ser ejercido si con su ejercicio peligra el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, no haciendo ninguna alusión a la posible afectación del derecho de defensa del imputado. De esta manera, en el orden procesal federal la norma, frente a un conflicto de este derecho con el derecho de defensa del imputado o la pretensión punitiva del Estado, sólo resuelve el conflicto con el último, ya que jerarquiza el descubrimiento de la verdad por sobre el derecho de la víctima a recibir acompañamiento.

Si tenemos en cuenta las garantías que están en juego y la jerarquía que la constitución les da a las mismas, es evidente que si el acompañamiento al menor víctima en un acto procesal es recomendable para preservar su integridad psicofísica, en virtud del interés superior del niño, debe hacérselo prevaler por sobre los demás. En este sentido creemos que la solución que da la norma en el caso de Córdoba no es la correcta, ya que, como acabamos de decir, va en contra del principio de interés superior del niño receptado por nuestra Constitución Nacional y por la ley 26.061 a la que la provincia adhirió recientemente por ley número 9.042. Tampoco es correcta la solución dada por el ordenamiento procesal penal de la Nación, ya que jerarquiza el interés punitivo del Estado por sobre la integridad psicofísica del niño.

Independientemente al análisis realizado, debe tenerse en cuenta que, con relación a las restricciones al derecho de acompañamiento que imponen los ordenamientos procesales referidos, si se toman los recaudos necesarios no creemos que el acompañamiento de la víctima por parte de una persona de su confianza pueda poner en riesgo el derecho de defensa del imputado o los resultados de la investigación. En efecto, consideramos que a los fines de garantizar que esto no suceda se puede indicar claramente al acompañante que no deberá influenciar la voluntad de la víctima (influnciar 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 estar relacionada 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>34</sup> No 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 de confianza de la víctima 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. Una posibilidad sería brindarle acompañamiento terapéutico.

### **3.2. *La declaración en cámara Gesell y el derecho de defensa del imputado***

En el caso de los artículos 221 bis del C.PPCba. y 250 bis y 250 ter del C.PPNac. presenta algunos inconvenientes que deben ser tenidos en cuenta. Por un lado, la recepción del testimonio se mediatiza, ya que no lo podrá receptor directamente el Fiscal o el Juez de Instrucción y tampoco las partes pueden participar de manera directa. Esta circunstancia ha generado alguna preocupación en el ámbito de los tribunales,

---

<sup>34</sup> Puede darse el caso 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, 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 involucrados o bien condicionar su propio testimonio cuando aún se espera que deponga en esa calidad.

ya que su implementación en la práctica judicial diaria exigiría contar con una infraestructura de ambientes especialmente acondicionados y de personal especializado para poder receptar las declaraciones testimoniales de los menores víctimas de delitos sexuales y, por otro lado, porque el Fiscal ya no dirige ni controla el acto en forma directa, por lo cual tampoco puede valorar libremente el momento o la oportunidad para recibir el testimonio.

Para resolver el problema de la infraestructura, como ya señalamos más arriba, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba adoptó un Protocolo<sup>35</sup> que establece cómo debe proceder el Fiscal de Instrucción para receptar el testimonio en aquellos casos en los que las demoras pueden afectar el normal desarrollo del proceso, o en aquellos lugares en los que no se cuenta con infraestructura de Cámara Gesell o de equipos técnicos. En este sentido, se dispone que en esos supuestos el Fiscal de Instrucción, contrariamente a lo que dispone el artículo 221 bis del C.PPCba., procederá a recibir declaración en forma directa al menor con ajuste al Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense. Con relación a este punto, si bien es cierto que la norma prohíbe que el Fiscal interrogue directamente al menor y que sólo excepcional y fundadamente podrá hacerlo, el Tribunal Superior de Justicia adoptó este Protocolo haciendo uso de las atribuciones de dictar las normas prácticas necesarias para la aplicación del Código Procesal Penal que le da el artículo 4 del mismo ordenamiento. Se trata de una atribución similar a la de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes que la Constitución Nacional y Provincial le otorgan al Poder Ejecutivo con la restricción de no alterar el espíritu de las leyes.<sup>36</sup> En este sentido, si analizamos el texto de la Acordada y del Protocolo, creemos que, si bien de manera transitoria hasta tanto se cuente con infraestructura y personal suficiente transforma en regla lo que debe ser una excepción<sup>37</sup>, no se modifica el espíritu de la ley. En efecto, el Protocolo es una guía que tiene por objetivo que quien recepte la declaración al menor lo haga con los cuidados necesarios para evitar una nueva victimización y la norma analizada persigue, precisamente, el mismo objetivo.

Independientemente a lo dicho en el párrafo anterior, con relación a la posibilidad de que el Fiscal interrogue directamente al menor ante la necesidad o la urgencia para salvaguardar el éxito de la investi-

<sup>35</sup> Acuerdo Reglamentario N° 751.

<sup>36</sup> Art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional y art. 144, inc. 2, de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

<sup>37</sup> Ya que, según la norma, sólo excepcionalmente el Fiscal de Instrucción podrá receptar declaración al menor en forma directa.

gación y, en consecuencia, el interés punitivo del Estado, el ordenamiento de Córdoba prevé la situación y autoriza excepcionalmente al Fiscal a que lo haga si lo fundamenta debidamente. Esta posibilidad, junto a la Acordada que le indica al Fiscal cómo debe proceder en estos casos, creemos que garantiza ambos intereses: la salud psicofísica del niño y el interés punitivo del Estado.

Con relación al derecho de defensa del imputado, lo que debe tenerse en cuenta es que las disposiciones que analizamos pretenden que el testimonio del menor se tome con los recaudos necesarios para que no deba repetirse y que, en todo caso, en la etapa del juicio se pueda reproducir a través de medios audiovisuales. Desde este punto de vista, puede plantearse como probable la vulneración del derecho de defensa, ya que éste implica poder debatir y controvertir la prueba en el juicio, que, en el caso en concreto, se garantiza sólo con el contradictorio a través del derecho de las partes a interrogar a los testigos.<sup>38</sup>

Para solucionar este inconveniente, tanto en el ordenamiento nacional como en el provincial, se impone un procedimiento que implica adelantar el contradictorio, ya que disponen que las partes podrán participar en el acto y transmitir las inquietudes que tengan al profesional a cargo de la entrevista a través del Fiscal o el Tribunal. Sin embargo, en el ordenamiento procesal nacional se deja condicionada esta posibilidad a que el Tribunal lo disponga de oficio o bien a que la parte lo solicite, con lo cual no siempre se garantiza la participación de las partes. En efecto, si por cualquier circunstancia las partes no solicitan la participación (por ejemplo, porque no se enteraron de su realización) y el Tribunal no lo dispone de oficio, se vería frustrado el pleno ejercicio del derecho de defensa.

En el caso del ordenamiento procesal de Córdoba, si bien también dispone que a pedido de las partes o por disposición de oficio del órgano interviniente las partes podrán participar en el acto, con lo cual estaríamos en la misma situación que el ordenamiento procesal nacional, al señalar en el párrafo anterior que el acto se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309, la situación cambia sustancialmente. En efecto, como ya lo mencionamos antes, estos artículos regulan aquellos actos que por su naturaleza y características no pueden ser repetidos, es decir que deben ser considerados definitivos e irreproducible. Es por ello que, para garantizar el contradictorio y el derecho de defensa de las partes, antes de iniciarse el acto y bajo pena de nulidad, se debe notificar a los defensores para que puedan participar del

---

<sup>38</sup> Artículos 18 de la Constitución Nacional, 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP.

mismo. Al disponer el artículo 221 bis que la entrevista al menor se hará de conformidad a ellos, el acto se haría garantizando la participación de la defensa y recreando condiciones similares al del debate. De esta manera, las garantías del menor a ser protegido en su integridad psicofísica y el derecho de defensa están debidamente protegidas, ya que la defensa participa del acto de recepción testimonial, la víctima es interrogada en un medio adecuado y por personal idóneo para evitar su revictimización y el testimonio puede ser reproducido tantas veces como sea necesario, ya que puede ser gravado para tal fin.

Debe señalarse que con relación a esto último, es decir, si la grabación y la posibilidad de reproducir la entrevista del menor garantiza el derecho de defensa, existen posturas en contra que señalan que el resguardo en video de la entrevista sólo sirve para mostrar versiones parciales o que distorsionan la realidad. Por este motivo se sugiere la repetición del testimonio durante el juicio propiamente dicho mediante la utilización de circuitos cerrados, de modo tal que el menor se encuentre en un ambiente protegido y acondicionado para que no sufra una victimización secundaria y los defensores y el tribunal, a su vez, puedan seguir directamente las alternativas del testimonio y plantear las preguntas e inquietudes que surjan. Esto también podría solucionar otro inconveniente que presenta el hecho de tomar una entrevista al menor al inicio de una investigación penal, ya que en el curso de la investigación o concluida ésta pueden surgir otros elementos o aspectos que serían útiles de ampliar con el menor.

#### 4. Conclusiones

Del análisis realizado podemos señalar que si bien las normas analizadas significan un paso importante para la protección de las víctimas, circunscriben su aplicación únicamente a los menores o incapaces, ya que no hacen ninguna referencia a las personas mayores. Aunque esto no necesariamente signifique la exclusión de su utilización en adultos, creemos que limitar este derecho a los menores o incapaces es una decisión que merece alguna discusión, ya que el riesgo de la victimización secundaria está latente para todas las personas, independientemente de su edad o capacidad. Sobre este aspecto, las recomendaciones de Naciones Unidas 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>39</sup> Es evidente que nuestras leyes procesales se proponen brindarle

---

<sup>39</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”, *op. cit.*, p. 50 y ss.

protección a las víctimas especialmente vulnerables, tomando para ello un concepto restrictivo basado en la fragilidad de las personas en virtud de la edad o la capacidad. Al respecto, teniendo en cuenta las recomendaciones elaboradas por expertos de Naciones Unidas, hubiera sido conveniente optar por un concepto más amplio de vulnerabilidad, ya que ésta por lo general está condicionada por situaciones particulares y no sólo por condiciones de madurez o capacidad. Existen victimizaciones que crean situaciones especiales de fragilidad, como por ejemplo la violencia familiar, por lo cual un concepto más amplio o abierto de vulnerabilidad que permita considerar cada caso en particular sería más apropiado.

Con relación a las distintas garantías que están en juego debe tenerse presente las disposiciones del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional, que establece el principio de inalterabilidad de las normas constitucionales al señalar que *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por leyes que reglamenten su ejercicio*. En consecuencia, los institutos procesales penales que reglamenten las distintas garantías y que pongan en práctica la persecución penal no deben alterar ni producir contradicciones en el sistema constitucional de garantías.

En el caso en particular del derecho de acompañamiento, tal como hemos analizado, tanto la norma procesal penal nacional como la provincial buscan dar solución a un posible conflicto entre los distintos intereses, sin embargo creemos que no lo hace satisfactoriamente, ya que la solución aportada por la misma ley va en perjuicio del interés superior del niño víctima. Lo cierto es que frente a estos conflictos el Estado debería buscar alternativas que no signifiquen forzar a la víctima a una nueva victimización para garantizar la defensa del imputado y el éxito de la investigación penal. El conjunto de garantías del imputado es el límite que tiene el Estado para realizar su interés punitivo, pero también hay que señalar que, 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. En efecto, pensamos que si el Estado, por priorizar su interés punitivo o el derecho de defensa, viola garantías fundamentales de las personas entraría en contradicción con su deber de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en su propia normativa.<sup>40</sup>

---

<sup>40</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

Con relación a la recepción del testimonio del “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones”, la metodología implementada contempla el equilibrio de las distintas garantías en juego. En efecto, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro ordenamiento jurídico con equiparación constitucional<sup>41</sup>, implica la obligación del Estado de adoptar los medios o procedimientos que aseguren que los niños sean escuchados en un marco de protección, de modo tal que no sean revictimizados. En este sentido, las referencias a que los niños deben recibir protección contra los malos tratos comprende también a los malos tratos institucionales.<sup>42</sup>

Por otro lado, la modalidad adoptada, pese a algunas críticas, garantiza de la mejor manera posible el derecho de defensa de las partes al autorizarlas a participar de la entrevista y al resguardar la misma a través de la videograbación. Esto permite que el testimonio pueda ser reproducido en las distintas etapas del proceso sin necesidad de que el menor deba concurrir nuevamente a los Tribunales.

Por último, creemos que limitar la aplicación de esta modalidad de recepción testimonial solamente en beneficio del “menor víctima o testigo de delitos sexuales o lesiones” no está en sintonía con el mandato constitucional. En efecto, la obligación de garantizar el interés superior del niño y proteger su integridad psicofísica es general y no sólo para determinada categoría de víctimas menores, por lo cual nada impide que menores víctimas o testigos de hechos de igual o mayor gravedad queden expuestos a sufrir una victimización secundaria, ya que pueden ser convocados a prestar declaración de acuerdo a los procedimientos tradicionales en todas las etapas del proceso.




---

*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 Constitución Nacional, ya que así lo disponen los tratados allí mencionados: art. 1, inc. 1, de la CADH; art. 2, inc. 1, del PIDCyP; art. 2, inc. 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>41</sup> Artículo 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

<sup>42</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, señaló que las medidas que debían adoptar los Estados partes debían asegurar la protección de los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.