

**Marcelo Augusto Madina (Argentina)\***

# **Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal**

## **1. Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto plantear la tensión existente entre los derechos de las víctimas y los imputados de un proceso penal por aplicación de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Su desarrollo a partir de resoluciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone compatibilizarlos a fin de evitar que se neutralicen unos con otros. Este análisis se efectuará a partir de tres supuestos de hecho: doble instancia, *ne bis in idem* y derecho de confrontar los testigos de cargo, en el convencimiento de que ello permitirá dimensionar realmente el efecto práctico dentro del proceso penal.

Mucho se ha escrito respecto al impacto que produjeran en el derecho interno la incorporación a la Constitución nacional (artículo 75, inciso 22) de los tratados internacionales de derechos humanos,<sup>1</sup> y es en el derecho penal y procesal penal donde ello mayor repercusión ha tenido. A su vez, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado una gran gama de fallos que interpretan los derechos contenidos en las normas convencionales, lo que amplió decididamente el marco teórico dogmático a tener en cuenta en materia de derechos y garantías.

En muchos supuestos aparecen regulados derechos para quienes soportan el enjuiciamiento penal (imputados en sentido amplio), así como para quienes resultan víctimas de él, con lo que el conflicto real se traslada al plano normativo. Tal como

---

\* Profesor adjunto regular de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Juez de garantías del departamento judicial Mar del Plata. <mpjgar1@yahoo.com.ar>

<sup>1</sup> En especial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

señala Julieta Di Corleto,<sup>2</sup> existe una diferencia de objetivos y métodos entre el derecho procesal penal tradicional y el derecho internacional de los derechos humanos. El primero se orienta *al acusado*, tiende a la investigación de los delitos atribuidos, a determinar su culpabilidad o inocencia, etc., y regula precisamente que no se desborde la injerencia estatal en la persecución penal de quien padece el enjuiciamiento. En él la víctima asume un papel secundario, si bien hoy recuperada de la neutralización inicial.<sup>3</sup> Por su parte, el derecho internacional se incardina hacia *la víctima* de las violaciones a los derechos humanos, buscando que el Estado la provea de una reparación monetaria o un reconocimiento público por la ofensa, y más recientemente ha reconocido el derecho a que los autores de tales violaciones sean castigados.

Sin embargo, esta diferenciación no se encuentra terminantemente fijada. Por el contrario, los tratados internacionales receptan derechos para los imputados y el derecho adjetivo interno introduce cada día con mayor intensidad normas de amparo para la víctima.

El panorama descrito demuestra la tensión existente en el seno del proceso penal cuando ambas partes —imputado y víctima— invocan, en la defensa de sus derechos, normas o principios reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y, en el caso concreto, el reconocimiento en cabeza de uno de ellos implica la afectación o restricción de los que le corresponden al restante.

## 2. El derecho a la doble instancia

La posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales ante una instancia revisora amplia no fue tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia nacional. Históricamente la Corte Suprema de Justicia Nacional entendió que “el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales, reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas”.

Ahora bien, la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos modificó esa situación jurídica, puesto que en los artículos 14 inciso 5 y 8.2.h, respectivamente, establecen:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme lo prescripto por la ley.

Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

---

<sup>2</sup> “El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos” SJP LL, del 23/12/2003, pp. 21 y ss.

<sup>3</sup> Véase Pedro Bertolino: *Código Procesal comentado*, Depalma, Buenos Aires, 7ª ed., p.116, y Esteban Righi: “Dogmática y política criminal de la víctima”, en *Teorías actuales en el derecho penal*, 75º aniversario del Código Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 325.

El alcance de estas normas fue precisado por la Suprema Corte de Justicia, que en el caso *Jorge Arce*<sup>4</sup> estableció que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio *del inculpado*, excluyendo al Ministerio Público Fiscal, por considerar que éste no quedaba alcanzado por el término *persona*, invocado en el derecho convencional, y que a su vez el Estado podía limitarse en su facultad de ejercer el *ius puniendi*.

Recientemente, en un voto en solitario, el juez Adolfo Vázquez, de la Suprema Corte de Justicia, efectuó el distingo entre los diversos párrafos del artículo 8.2 de la CADH, en el primero de los cuales asegura el principio de inocencia para *todo inculpado de delito*, mientras que el segundo párrafo, al que le son predicables los incisos *a-h*, está destinado a *toda persona*, sin distinción de rol procesal, por lo que el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior alcanzaría al querellante o particular damnificado.<sup>5</sup>

Ahora bien, dado que la sentencia en dicha causa no resolvió específicamente la situación de la víctima, sino el derecho del recurso del fiscal con relación al artículo 8.2.h de la CADH, la cuestión a dilucidar es si dicha garantía debe concedérsele a la víctima legitimada dentro del proceso como querellante o particular damnificado cuando no obtenga una sentencia que responda a sus intereses (v. gr., absolución del imputado) *por imperio de otras normas contenidas en los tratados de mención* y, en el caso de contestarse afirmativamente, si ello podría afectar derechos del imputado.

Debemos distinguir el análisis.

En los *delitos de acción pública*, debemos concluir que las legislaturas locales son soberanas para establecer un recurso a favor de la víctima contra la sentencia absolutoria del imputado y que su cercenamiento no afecta los derechos contenidos en los tratados internacionales de mención.<sup>6</sup> La cuestión no es sencilla, por cuanto el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece el principio de protección judicial por el cual “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención*”.

A su vez, las decisiones de los órganos de aplicación de la Convención Americana dejan entrever que *por recurso efectivo* se debe interpretar “*la capacidad de impulsar la acción penal como un acusador privado*. Esto es así por cuanto un modo de hacer efectiva la investigación, persecución y castigo de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y de dotar a las víctimas de capacidad para asegurarse este derecho

<sup>4</sup> CS, octubre 14-997, en SJP LL, del 26 de diciembre de 1997, pp. 22 y ss.

<sup>5</sup> CS, Julio Ledesma, 2003/09/23, en SJP, 31 de mayo de 2004, pp. 40-42

<sup>6</sup> En el mismo sentido lo desarrolla Julio B. J. Maier en su trabajo “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?”, en AA. VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004, pp. 407 y ss.

hasta las últimas consecuencias, es el permitirles que acudan a un órgano independiente, imparcial y diligente donde puedan aportar las pruebas que hagan a su pretensión, controlar los procedimientos, formular la acusación e interponer *los recursos que crean adecuados*". En este entendimiento, en un caso seguido contra Argentina, la Comisión declaró que la petición era admisible ante dicho órgano debido a que la víctima de violencia policial no había tenido derecho a un recurso de apelación contra el fallo absolutorio de un agente policial que había intervenido.<sup>7</sup>

En los *delitos de acción privada*, el argumento utilizado por la Corte Suprema de Justicia para otorgar al querellante privado el recurso contra la sentencia absolutoria del querellado fincó en las especiales características del procedimiento por dichos delitos, en el que el Estado renunció a participar del contradictorio y dejó a voluntad de las partes el dirimir la disputa según sus propias fuerzas, y, por lo tanto, aplicar las distinciones que fueron pensadas para los procesos en los cuales el Estado autolimita su poder punitivo restringiendo la acción del Ministerio Público, quiebra la armonía e introduce un elemento de grave *desigualdad* que la ley Fundamental reprueba en su artículo 16 (artículo 8.2 de la CADH).<sup>8</sup>

El conflicto en el plano normativo se traslada al caso concreto cuando advertimos que, de aceptar el recurso de la víctima (querellante o particular damnificado en los delitos de acción pública) contra la sentencia absolutoria, en caso de revocación y condena habría que asegurarle al imputado un nuevo recurso contra dicha decisión, a fin de resguardar el derecho a la doble instancia o doble conforme (artículo 8.2.h de la CADH),<sup>9</sup> teniendo en cuenta que éste sólo se satisface asegurando un recurso amplio y no la posibilidad de interponer un recurso extraordinario, lo que generaría un espiral recursivo sin solución.<sup>10</sup>

### 3. Garantía del *ne bis in idem*

En su formulación clásica, la garantía del *ne bis in idem* implica la imposibilidad de doble persecución penal conjunta o sucesiva por un mismo hecho luego de

---

<sup>7</sup> "Informe de admisibilidad 5/02, Petición 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack de Schiavini", del 27 de febrero de 2002, citado por Julieta Di Corletto, o. cit., p.27.

<sup>8</sup> CS, agosto 10-1999, Verbitsky, Horacio y otro, cit., en SJP LL del 27 de septiembre de 1999, pp. 2 y ss.

<sup>9</sup> Julio B. J. Maier: *Derecho procesal penal*, tomo I: *Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, p. 632.

<sup>10</sup> La Comisión Interamericana sostuvo en el informe 55/97 (caso 11.137, "Albella") que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema, y, como a través de su vía no se revisa el procedimiento, ni se advierte sobre incorrecciones de idoneidad o legalidad probatoria, y menos aún se posibilita con la medida del "recurso sencillo y breve", ese mecanismo extraordinario del sistema procesal no satisface la garantía del inculpaado a impugnar la sentencia.. Citado por Alfredo Osvaldo Gozáini: *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 478.

una sentencia dictada en el marco de un proceso válido. Constituye una garantía de seguridad individual, propia de un derecho penal liberal, de un estado de derecho. “La idea fundamental [...] es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad”.<sup>11</sup>

En nuestra Constitución nacional dicha garantía no se encuentra expresamente regulada, pero surge implícita del juego armónico de los artículos 33, 18 y cc. del mismo texto supremo.<sup>12</sup> En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se encuentra prevista específicamente en el artículo 25, en una formulación amplia en el sentido que “nadie será encausado dos veces por un mismo delito”.

Nuevamente, la incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos al bloque constitucional (1994, artículo 75 inciso 22) despejó toda duda acerca del carácter federal de la garantía enunciada, al resultar reconocida en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Del mismo modo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 n° 7 establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Queda así consagrada la garantía enunciada tanto en el ámbito interno como en el sistema americano de derechos humanos, orientada, como no es necesario aclarar, a proteger a quien soporta el enjuiciamiento penal como imputado.

Ahora bien, recientes pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos parecen relativizar la garantía como consecuencia del alcance otorgado al derecho de la víctima al “recurso efectivo” (artículo 25 CADH); así en los casos *Bulacio c. Argentina*<sup>13</sup> y *Barrios Altos, Chimbipuma Aguirre y otros c. Perú*.<sup>14</sup> La doctrina que emana de sendos fallos se puede sintetizar del siguiente modo: el Estado debe dar a las víctimas y a sus familiares la oportunidad de ejercer el derecho a la verdad y, más ampliamente, el derecho a la justicia. Ello implica la obligación del Estado no sólo de investigar los delitos, sino de castigar a los culpables por *graves violaciones a los derechos humanos*. En estos supuestos, frente a una petición de los afectados, si los procesos fueron conducidos en violación a las normas de la Convención, la Comisión o la Corte Interamericana podrían ordenar *la anulación de los efectos de los fallos judiciales dictados a favor de los imputados, aun cuando éstos gozaran de cosa juzgada*. En palabras de la Corte: “son inadmi-

---

<sup>11</sup> Maier: o. cit., pp. 595 y ss.

<sup>12</sup> Fallos CSN, t. 248, p. 232, entre otros.

<sup>13</sup> Corte IDH, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

<sup>14</sup> Corte IDH, Serie CN, sentencia del 14 de marzo de 2001.

bles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos”. En el mismo sentido descalifica “los procesos conducidos al fracaso desde su inicio” y la falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional encargado de juzgar.

En la confrontación demostrada no solamente debe verse la afectación de los derechos del imputado a la inmutabilidad de la sentencia firme, sino también el interés de todos por la seguridad jurídica, la paz social y la certeza de las decisiones judiciales. Frente a ello se denuncia que, en determinadas condiciones —esto es, *en casos de violaciones graves a los derechos humanos*—, “la validez de sentencias absolutorias basadas en procedimientos contrarios a las normas de la Convención conduciría a un estado de injusticia tan insoportable, que la pérdida de seguridad jurídica sería mínima.<sup>15</sup>

### ***Propuesta de solución para los casos 2 y 3***

Como quedó expuesto en los casos de las garantías de la doble instancia y el *ne bis in idem*, existe mucho más que una mera tensión entre los derechos del imputado y de la víctima en un proceso penal, ya que en realidad en algunos casos el reconocimiento de los derechos de uno lleva a la negación o disminución de los del restante sujeto procesal. Tal como señal Julieta Di Corleto: “El reto para estos dos sistemas de leyes [el derecho procesal penal y el derecho internacional de los derechos humanos] es el de interactuar armoniosamente cuando en un proceso penal se investigan violaciones graves a los derechos humanos [...] El derecho penal doméstico está pensado para la investigación de crímenes comunes y no para violaciones graves a los derechos humanos. Por su parte, en el derecho internacional, el afectado es siempre una víctima del Estado y no de una persona individual”.<sup>16</sup>

De este modo se impone esbozar una hipótesis de solución que transite por la utilización de criterios que respondan al derecho internacional de los derechos humanos, como, por ejemplo, el principio *pro homine* y el de priorizar determinados valores con sujeción al derecho convencional, sin que ello implique establecer una jerarquía abstracta de prelación.

En primer lugar debemos repasar lo dicho en la introducción, en el sentido de que el derecho internacional de los derechos humanos y el proceso penal no siempre coinciden en sus objetos de estudio, análisis y resolución. Podemos distinguir dentro del derecho internacional la protección y el reconocimiento de ciertos *derechos convencionales* (propiedad, derechos laborales, etc.) y otros que por su intensidad cons-

---

<sup>15</sup> Di Corleto: o. cit., pp. 34-35.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 22.

tituyen *graves violaciones a los derechos humanos*. Esto no implica crear categorías de derechos, por cuanto todos son reconocidos por igual en los tratados, sino admitir situaciones distintas. La afectación del derecho a la propiedad podría implicar una violación al derecho convencional, pero no constituye una grave violación a los derechos humanos, como lo son por ejemplo “la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”.<sup>17</sup> En el mismo sentido parece entenderlo Juan Méndez cuando señala: “[...] es admisible una amnistía que cubra las violaciones relativamente leves cometidas por las fuerzas del orden, como arrestos arbitrarios y malos tratos leves, pero la amnistía que ponga fin al conflicto no debe cubrir ni crímenes de guerra ni crímenes de lesa humanidad”.<sup>18</sup> Así el Estado signatario podrá eventualmente asumir responsabilidad frente a la víctima cuando no asegure su derecho a la propiedad por haberse realizado un procedimiento interno expropiatorio no respetuoso del debido proceso reconocido por el derecho internacional, pero ello no habilitaría en su caso para la anulación de los procedimientos luego de producida la cosa juzgada.

Llevándolo a la esfera penal, en la investigación de un robo cometido por un particular, la víctima no podría provocar un pronunciamiento de la Corte IDH por habersele negado el derecho a interponer un recurso de casación contra la sentencia absolutoria o a la condena del inculpado favorecido por los plazos de prescripción, habida cuenta de que el proceso no tenía por objeto una grave violación a los derechos humanos en la que se encontraran comprometidos funcionarios públicos (por ejemplo, policías, personal militar o del servicio penitenciario, etc.).

De manera tal, podemos concluir que las interpretaciones de la Convención y Corte IDH en materia de derechos de la víctima, en especial el desarrollo referido al derecho al “recurso efectivo”, sólo podrá enervar los derechos concedidos por los tratados a los imputados en causa penal si se hubieran incoado los procesos por *graves violaciones a los derechos humanos* y hubieran participado en ellos personas sobre las cuales los Estados tienen una responsabilidad especial por su calidad de funcionarios públicos.

En ambos pronunciamientos enunciados (*Bulacio* y *Barrios Altos*) se hace expresa referencia a la obligación de los Estados frente a *graves violaciones de los derechos humanos cometidas desde el Estado o con su aquiescencia*.

---

<sup>17</sup> Corte IDH, “Barrios Altos”, cit., párr. 48. A dicha enunciación podrían agregarse los crímenes de guerra y lesa humanidad. En el trabajo citado de Di Corleto se cita la opinión del relator especial de Naciones Unidas Theo van Boven, quien considera que “la noción de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales tendrían un sentido limitado si se intentara definirlo con precisión”. *Ibidem*, p. 26.

<sup>18</sup> “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en AA. VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004, p. 536.

De otro modo, dichos derechos no podrán oponerse frente a un particular imputado por un delito “común”, por cuando deben prevalecer aquéllos otorgados por el mismo sistema de protección americano, tales como el debido proceso, el principio de inocencia, el doble conforme y el *ne bis in idem* (artículos 8.2.h de la CADH y 14 del PIDCyP)

Si el derecho internacional de los derechos humanos le reconociera a la víctima solamente el derecho a la verdad, en el sentido de garantizarle su participación en un proceso que determine lo sucedido en el hecho que lo tuvo como damnificado, el conflicto *entre el Estado* como garante de dicho derecho y *el sometido a proceso* debe resolverse en función del principio *pro homine* a favor de la máxima protección del imputado. Sin embargo, ello no es tan claro, ya que el derecho convencional, como hemos visto, le reconoce a la víctima el derecho a la sanción penal como forma de reparación.

Según Mónica Pinto, “El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.<sup>19</sup> A su vez, en los casos de conflictos como los aquí estudiados es válido recurrir a él, ya que, como señala esta autora: “Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación traducen la existencia de un conflicto que debe resolverse a favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. Para ello, debe atenderse el principio de no discriminación y al reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, respetando el principio *pro homine*, se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía”.

#### 4. Derecho a confrontar los testigos de cargo

El artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.e, en una fórmula más amplia, establece que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

---

<sup>19</sup> “El principio *pro homine*...”, en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp.163 y ss.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia entienden que dichas formulaciones implican, en la práctica, que por lo menos una vez el imputado y su defensa puedan interrogar a los testigos de cargo, por lo que, si dicho testimonio fue producido durante la investigación penal preparatoria sin la notificación previa del defensor y luego en el debate el testigo no comparece, no podrá utilizarse aquél a través de su lectura, para fundar una sentencia de condena, puesto que ello impide su confrontación.<sup>20</sup>

Aunque la norma no parece presentar objeciones en los casos de los testigos que no comparecen al juicio oral, la cuestión se hace compleja en el caso de que el testimonio en cuestión sea el de un niño, ya que, en especial en los procesos en que resultan víctimas de abuso sexual infantil, se ha generalizado la inconveniencia de someter a los menores a una nueva victimización a través de su declaración en el debate oral, donde deben enfrentar a su denunciado y revivir las particularidades del delito que los tuvo como damnificados, ello al amparo del denominado “interés superior del niño” emergente de la Convención sobre los Derechos del Niño integrada a la Constitución a partir de 1994 (artículo 75 inciso 22).<sup>21</sup>

Aquí se plantea nuevamente el conflicto entre el derecho del imputado a confrontar los testigos de cargo y el del niño-víctima de abuso sexual de no ser sometido al *cross examination* que supone el juicio oral, ambos contemplados en el derecho convencional y amparados por el sistema americano de protección de los derechos humanos.

Si bien no existe pronunciamiento de la Corte ni de la Comisión IDH al respecto, resulta válido mencionar lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *P.S. c. Alemania*, del 29 de noviembre de 2001, puesto que a falta de jurisprudencia del sistema americano es posible recurrir a los precedentes de los órganos de aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como instrumento auxiliar de interpretación de la CADH, en la medida en que el derecho se encuentre reconocido de manera similar en ambos tratados.<sup>22</sup> En el caso de mención el imputado había sido condenado por abuso sexual a un menor, basándose en las declaraciones de la madre y de la agente de la policía ante la cual aquéllas se habían

---

<sup>20</sup> Véase Sabrina Namer: “Abasto vs. Novoa”, LL 2000-F,910; José Cafferata Nores: “La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibidas durante la instrucción”, en *SJP* LL del 23 de septiembre de 2003, p.1.

<sup>21</sup> Augusto Diez Ojeda realiza un exhaustivo análisis del principio dotándolo de contenido concreto en su comentario a fallo titulado “El interés superior del niño: necesidad de su reglación legal”, *Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley*, 28 de mayo de 1999, pp. 7 y ss. Resulta muy importante relevar el fallo comentado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por cuanto todos los jueces invocan el interés superior del niño, aunque arriban a tres conclusiones distintas e irreconcilables entre sí.

<sup>22</sup> Art. 8.2.f de la CADH y 6.3.d de la CEDH. Véase Luis M. García: “La nota del tribunal imparcial...”, LL 1999-F,223, y “El Derecho a interrogar a los testigos de cargo...”, en *SJP* LL del 23 de septiembre de 2002, p. 4.

formulado. Se rechazó el interrogatorio de la víctima porque se podía dañar al menor, confirmándose su credibilidad mediante dictamen pericial. Según reseña Kai Ambos: “El Tribunal Europeo confirmó, en consonancia con su jurisprudencia consolidada, que un derecho de defensa efectivo exige que en cualquier momento del proceso el acusado tenga la posibilidad de poner en duda la credibilidad de un testigo de cargo y formularle preguntas. En los casos de legítima protección a víctimas y testigos, *la valoración global necesaria* para determinar si el proceso ha sido un juicio justo exige una *ponderación* con los intereses de la defensa. Las dificultades que surgen con la limitación del derecho de defensa se deben compensar en el transcurso del proceso. En todo caso se produce una violación del artículo 6 (CEDH) cuando la condena *se basa solamente o en una gran medida* en la declaración de un testigo”.<sup>23</sup>

A diferencia de lo planteado en los casos I y II, aquí no existe un conflicto que implique una grave violación a los derechos humanos en la que se encuentre involuacrado el Estado, ya sea por la inacción de los órganos de persecución o por la participación directa de algún funcionario (vg. policía, servicio penitenciario, etc.), es decir, un particular (víctima) contra el Estado, sino de un encuentro de los intereses de las dos partes de un proceso penal, a las que les asisten por igual garantías previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es evidente, entonces, que no se puede considerar —a priori— un interés por encima del restante, por lo que resulta conveniente ponderarlos o balancearlos y establecer una solución concreta con la mínima lesión posible a alguno de ellos. Se deberá verificar entonces si el defensor no fue citado durante la declaración del menor en la instrucción, o si prescindió de reclamar tal derecho, o si es posible obtener un testimonio en el debate sin la presencia directa de la defensa, la que podría efectuar preguntas por escrito, etc. Luego de ello, determinar si, de un modo o de otro, la falta de confrontación del testigo es imputable al Estado por la organización propia de su sistema de justicia o a la actividad de la parte.

En el caso en concreto, Luis M. García destaca que “el interés superior del niño [...] no define un contenido normativo abstracto, sino una dirección axiológica en la interpretación de un eventual conflicto entre los intereses concretos del niño de los que en cada caso se trata, y esa supremacía frente a los intereses de otras personas, en el caso, los de la defensa del imputado. Por un lado debe rechazarse la existencia de un principio general que predique que siempre el interés del niño es superior a otros e impone prescindir de su interrogatorio en el juicio [...] Como he adelantado, el Estado puede tener buenas razones para proteger al niño y no someterlo a un interrogatorio judicial, pero en ese caso es la acusación la que debe cargar con el déficit de prueba y no el imputado”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> “Lineamientos europeos para el proceso penal (alemán). Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el período 2000-2003”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2004*, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, pp. 761 y ss.

<sup>24</sup> “El derecho a interrogar a los testigos de cargo...”, o. cit., pp.15,18.

Por último, cabe destacar que son de aplicación al caso en examen las apreciaciones efectuadas en relación con el principio *pro homine*, que impone en cada caso en particular evaluar si debe ceder el derecho del imputado o el del Estado en su rol de perseguidor penal, puesto que en este caso no existe la posibilidad de obligar al menor a declarar, lo que eventualmente podrá conducir a la absolución del inculpado.